

SUPLEMENTO ESPECIAL

**Cámaras Federales de Casación
Ley 26.853**



**Medidas cautelares
y el Estado como parte
Ley 26.854**

**MAYO
2013**

LA LEY

sumario

CÁMARAS FEDERALES DE CASACIÓN LEY 26.853

DOCTRINA

La casación previsional de la ley 26.853 Por Walter F. Carnota	3
Ley creación de las nuevas tres Cámaras de Casación y la duración de los procesos Por Eduardo Oteiza	9
El recurso de revisión Por Gabriel Hernán Quadri	13
Algunos alcances de la casación según la ley 26.853 Por Toribio E. Sosa	21

LEGISLACIÓN

LEY 26.853. Poder Judicial Nacional. Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal. Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social. Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial. Creación. Competencia. Integración. Sustitución de los arts. 288 al 301 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Derogación de los arts. 302 y 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sustitución de los arts. 21 y 32 del dec.- ley 1285/58.	31
---	----

MEDIDAS CAUTELARES Y EL ESTADO COMO PARTE LEY 26.854

DOCTRINA

Justicia y Poder Por Eduardo S. Barcesat	41
Las medidas cautelares contra el Estado. Primeras observaciones para la práctica abogadil Por Alberto Biglieri	47
El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la ley 26.854 Por Ezequiel Cassagne	55

El proceso cautelar y la tutela judicial efectiva como bases fundamentales del estado de derecho Por Jorge Djivaris	65
La inconstitucionalidad e inconventionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (ley 26.854) Por Andrés Gil Domínguez	69
Las medidas cautelares ante la ley 26.854 Por Oswaldo Alfredo Gozaíni	73
Medidas cautelares requeridas contra el Estado nacional. Botiquín de inocuos placebos Por Marcelo S. Midón	91
El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854 Por Eduardo Oteiza	95
La suspensión de los efectos del acto administrativo en la ley 26.854 Por Héctor M. Pozo Gowland y Ramón Zubiaurre	103
El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado Por Jorge A. Rojas	125
El concepto de interés público en la ley 26.854 Por Estela B. Sacristán	145
El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos Por Francisco Verbic	155

LEGISLACIÓN

LEY 26.854. Medidas Cautelares. Causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional. Ambito de Aplicación. Competencia. Idoneidad del objeto. Informe previo. Vigencia. Caducidad. Contracautela. Medida positiva. Medida de no innovar. Solicitud por el Estado. Aplicación subsidiaria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Procesos excluidos. Norma complementaria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.	169
--	-----

Cámaras Federales de Casación

Ley 26.853

■ Doctrina

LA CASACIÓN PREVISIONAL DE LA LEY 26.853

POR WALTER F. CARNOTA

Sumario: I. El Contexto. — 2. El comienzo de esta historia: 1953. — 3. La casación de la nueva ley 26.853. — 4. Se respeta el control amplio de la ley 23.473. — 5. Los recursos de inconstitucionalidad. — 6. La revisión. — 7. Un Tribunal Bifronte. — 8. Valoración de conjunto.

I. El Contexto

Como parte del paquete de leyes de reforma judicial, el Congreso de la Nación ha sancionado la ley 26.853, mediante la cual se dispone la creación de tres Cámaras de Casación como escalón intermedio entre algunas de las actuales Cámaras Nacionales y Federales (1), y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, único Tribunal explícitamente creado por la Constitución Nacional (2). No nos vamos a detener aquí en la variedad de propuestas contenidas en el marco regulatorio de la “democratización de la justicia”, discusión que hemos estimado conveniente y necesaria (3), lejos de visiones apocalípticas y dramáticas. Cada propuesta debe ser analizada, y sopesadas sus virtudes y defectos, lejos de apasionamientos y de lecturas puramente emocionales, que nada tienen

que ver con las ciencias del *derecho procesal* y del *derecho procesal constitucional* (4).

El presente trabajo ciñe su objeto de estudio aún más: concretamente, a la matriz de la casación en el ámbito de la Seguridad Social. Es que la revisión judicial de los actos administrativos de los entes gestores de la previsión han tenido, entre nosotros, diversas vicisitudes, y vemos cómo ahora se integran todas estas visiones: revisibilidad plena, revisión casacional, etapa final ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante el empleo o utilización del recurso extraordinario federal.

Dentro de este orden de ideas y de experiencias, la historia demuestra pues diversos modelos de contralor, que aquí ahora aparecen de algún modo integrados o fusionados. Es útil recordar ello para advertir que la casación, en esta materia, no es un invento del momento, sino que incluso tiene cierto linaje en nuestro medio.

Somos conscientes de que la inserción de una fase judicial más podría prolongar juicios que de suyo deberían ser de rápida tramitación, al ventilarse créditos de naturaleza alimentaria que portan pretensiones urgentes. Pero convengamos que el sistema

(1) No se observa la creación de una instancia casacional en el caso de la Cámara Nacional Electoral, probablemente por ser un Tribunal compuesto por una Sala y no dar así lugar a la divergencia jurisprudencial, base de todo sistema casatorio.

(2) El artículo 108 de la Constitución Nacional, siguiendo las aguas del artículo III de la Constitución norteamericana de 1787, prevé la existencia de una Corte Suprema de Justicia, mientras que los demás tribunales son determinados por leyes del Congreso.

(3) V. CARNOTA, Walter F., “Democratización de la justicia: una discusión necesaria”, en www.eldial.com, Suplemento de Derecho Público bajo nuestra dirección, 15 de abril de 2013.

(4) Encargada ésta del estudio de la jurisdicción constitucional, integrada con dos elementos principales: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales. V. SAGÚÉS, Néstor, “Compendio de Derecho Procesal Constitucional”, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 8.

existente hasta el presente, dista mucho de ser ideal, con tribunales atestados de expedientes que, tarde o temprano, terminan congestionando al más Alto Tribunal de la Nación con causas previsionales, como ocurrió en la década de los noventa, y ahora vuelve a acontecer en segunda instancia. Existe, por lo demás, una falta de fijeza o certeza en el derecho sentencial de los tribunales no cupulares (es decir, por debajo de la Corte Suprema) en muchas cuestiones de la Seguridad Social, por lo que la praxis abonaría los remedios ahora instaurados por el legislador de la ley 26.853.

2. El comienzo de esta historia: 1953

Acudir a la historia no viene nunca mal, ya que permite al observador pensar que no está frente a una hora estelar o singular, sino que estamos frente a procesos que vienen de antaño y que proyectan sus consecuencias en el futuro. La historia nos muestra muchas veces que, pese a nuestras pretensiones, *no somos enteramente originales*.

Y tan es así en el tema que nos ocupa y preocupa, que la revisión judicial del acto administrativo previsional comenzó siendo *casacional*. En efecto, rezaba el viejo artículo 14 de la ley 14.236: “Las resoluciones del Instituto (5) serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones de la Justicia del Trabajo dentro de los mismos términos a que se refiere el artículo anterior. El recurso deberá ser fundado y sólo podrá interponerse aduciéndole *inaplicabilidad de la ley o doctrina legal*. Interpuesto el recurso, las actuaciones se remitirán de inmediato a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la que resolverá sin más trámite, *como tribunal de derecho*, decidiendo en primer término acerca de la procedencia del recurso, y en su caso *sobre la aplicabilidad de la ley o de la doctrina*. La interposición del recurso no enervará el derecho de la Caja de iniciar las acciones legales para el cobro de las sumas que por cualquier concepto se le adeuden” (bastardilla agregada).

Como puede cotejarse de la simple lectura del precepto transcrito, y en particular de los tramos resaltados, quedaba claro que la revisión era acotada al marco normativo y que ninguna hipótesis fáctica podría llegar a ese umbral casatorio. La regla no podía ser más clara: menciona a la Cámara laboral como “tribunal de derecho”.

Para Gómez Orbaneja, citado por Goñi Moreno (6), “violación de ley” significa negación o torcida

interpretación de la ley, y ‘falsa aplicación’ es una forma de violación de ley, cuando aun entendiendo debidamente una norma en sí misma, se la aplica a un hecho que no esté regulado por ella, o de manera que se llega a consecuencias jurídicas contrarias a las perseguidas por la ley”.

Esa reducción en el margen cognoscitivo del juzgador fue impugnado en su constitucionalidad “in re” “López de Reyes” (sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 25 de septiembre de 1959, Fallos: 244: 548). Allí el Tribunal cimero desestimó -por mayoría- este planteo, por considerar que se satisfacía el recaudo del control judicial suficiente en cuanto a la ponderación de la razonabilidad de las soluciones a las que se pudiesen arribar. (7). Por su voto, el juez Boffi Boggero cuestionó en soledad el aislamiento de los hechos y del derecho, postulando la invalidez constitucional de la norma impugnada, aunque concordando en la definición que la pluralidad daba al pleito en examen.

Fue el derecho judicial de la Cámara del Trabajo el que mitigó en la práctica el rigorismo de esta matriz, como eco de lo afirmado por la mayoría en “López de Reyes”, al admitir a la arbitrariedad como un supuesto de habilitación de su conocimiento de estas causas, tal como ya lo había diseñado la Corte Suprema al resolver al despuntar el siglo XX el mencionado fallo “Rey v. Rocha” en cuanto a la admisibilidad del recurso extraordinario federal. Ahora, en el inciso 4 del nuevo artículo 288 del Código de rito (texto según artículo 11 de la ley 26.853), expresamente se prevé la arbitrariedad, con lo cual resulta abstracta toda esta vieja discusión, en favor -y no en contra- de los derechos fundamentales alegados.

3. La casación de la nueva ley 26.853

Es que el esquema casatorio que diseña la ley 26.853 es parcialmente distinto al de la ley 14.236, mejorándolo al admitir explícitamente la hipótesis de la arbitrariedad, recogiendo de ese modo tanto las aludidas jurisprudencias de la Corte Suprema como de la Cámara laboral. Aquí no se puede indilgar invalidez constitucional, sino todo lo contrario.

Pero el dato dirimente a nuestro juicio, que hace que la normativa bajo examen sortee cualquier objeción constitucional, es que hay dos etapas más abajo plenas de revisión: la creada por la ley 23.473 (Cámara de Seguridad Social), y la que surge de las leyes 24.463 y 24.655 (Juzgados Federales de Primera

(5) Allí se está haciendo referencia al Instituto Nacional de Previsión Social.

(6) V. GOÑI MORENO, José María, “Derecho de la Previsión Social”, vol. II, Buenos Aires, Ediar, 1956, página 670.

(7) Habría que estar a la doctrina de la arbitrariedad, ya pergeñada por la Corte en “Rey, Celestino c. Rocha, Alfredo y otro” (sentencia del 2 de diciembre de 1909, Fallos: 112: 184).

Instancia de la Seguridad Social en el ámbito capitalino, y Juzgados Federales de Primera Instancia del “interior del país”).

Claro que alguien podría objetar que cada década agrega una instancia más a este contencioso: un tribunal especializado sin primera instancia (en 1987, y que empieza a funcionar en 1989); juzgados de primera instancia (1995-1996); la vía optativa de la Comisión Administrativa Revisora de la Seguridad Social (1999 en adelante), y ahora la Casación. Pero también por ley 26.105 se suprimió el recurso ordinario ante la Corte que contemplaba el art.19 de la ley 24.463, recogiendo así lo que había sostenido el Alto Tribunal en “Itzcovich”(8).

Aquí hay involucrada una cuestión de política judicial, privativa del Presidente y del Congreso. ¿Se quiere congestionar la Corte, con las dificultades de acceso a la justicia que ella misma plantea? (9) ¿O, por el contrario, se desea lograr un nivel de especialización inmediato anterior a la Corte? ¿No quería ser la Corte Suprema, al menos en su actual integración, un *Tribunal Constitucional sine lege*?

Desde el campo definicional, se ha observado, siguiendo a Satta, que *“puede buscarse la razón de su establecimiento por el legislador en la aspiración de uniformar la jurisprudencia para asegurar la unidad del derecho objetivo. Pero ello no altera la naturaleza esencialmente procesal de ella. La imagen, entonces, debe ser invertida. La casación es un recurso, regulado por la ley procesal, juzgado por un órgano jurisdiccional. Este es el aspecto principal. En plano secundario, como aguardando la posibilidad de mostrarse, está la finalidad política de unificación contemplada por el legislador, que aparece como una derivación del empleo del remedio procesal, pero no como el factor de regulación de éste”*(10).

Resulta interesante memorar el establecimiento de la Casación francesa en 1790 con la finalidad de uniformar la interpretación de la norma jurídica y evitar disparidades interpretativas, como “juez de las decisiones.” Aquí, por lo demás, hay un elemento adicional a computar: la propia exposición de motivos

(8) Sentencia del 29 de marzo de 2005, Fallos: 328:566.

(9) Por ejemplo, hemos sido muy renuentes a aplicar a rajatablas la Acordada 4/07 a estas causas, máxime cuando la propia Corte Suprema -que fue su creadora- insiste con que sólo cabe desestimar derechos previsionales con extrema cautela, en atención a su naturaleza alimentaria. V. CARNOTA, Walter F., “La Acordada 4/07 de la Corte no debe aplicarse ante créditos alimentarios”, La Ley, 2008-F-1881.

(10) V. DE LA RUA, Fernando, “Proceso y Justicia (Temas Procesales)”, Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, 1980, p. 111.

del Ejecutivo hace hincapié en el derecho al recurso, hoy con raigambre en el derecho internacional de los derechos humanos (v.gr., artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y en el constitucional en los términos del artículo 75.22.

En la casación, se encuentra entonces involucrado el valor constitucional de la seguridad y certeza en las decisiones jurisdiccionales, unido al valor igualdad ante la jurisdicción, en la canasta axiológica del plexo de base.

4. Se respeta el control amplio de la ley 23.473

Una de las pocas virtudes de la ley 23.473, que siempre hemos destacado, fue erigir con su artículo 11 un control judicial amplio, es decir una revisibilidad que recayese tanto sobre los hechos como sobre el derecho aplicable en el caso (11). Eso fue respetado en parte por la ley 24.463, dado que, si bien no derogó esta norma, intentó rodearla de otras que insinuaban una suerte de dudosa “macrojudicialidad”(12).

La propia ley 23.473, que como fue dicho por primera vez admite que el juez previsional especializado que crea lo sea respecto de los hechos y del derecho, se preocupó, si bien tangencialmente, del flagelo de la divergencia jurisprudencial (13). En efecto, al listar en el artículo 7 las atribuciones del Ministerio Público Fiscal, consigna la de “velar por la unificación de la jurisprudencia”.

Como sea, en la nueva ley, tampoco detectamos los aires de “macrojudicialidad” que veíamos en la preceptiva de la ley 23.473, según referimos.

(11) V. CARNOTA, Walter F., “Procedimiento de la Seguridad Social”, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 44.

(12) V. CARNOTA, Walter F., “Ley de Solidaridad Previsional 24.463 Comentada. Su problemática constitucional, sustantiva y procesal”, Buenos Aires, 1995, Ad-Hoc, p. 53.

(13) Enseña BIDART CAMPOS que “nuestra constitución consagra la igualdad ante la ley, pero la ley igual para todos es una norma general, cuyo destino intrínseco es individualizarse a través de normas más concretas en casos singulares; o sea, recaer sobre situaciones particulares. Y si en esa aplicación individualizada se la interpreta de modo contradictorio en situaciones análogas ‘simultáneas’ la igualdad padece porque, para cada individuo en cada caso sentenciado, la ley es lo que el tribunal que la aplica dice que es. De donde la igualdad ante la ley -mantenida en la igual norma general para todos- requiere completarse con la igualdad jurídica, que es más amplia, porque incluye también la igual aplicación de esa ley en casos semejantes simultáneos, a través de las normas individuales.” V. BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tomo II-B, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 552.

5. Los recursos de inconstitucionalidad

La ley 26.853 disciplina en su artículo 11 una serie de modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contemplando -además de los casatorios- los remedios de inconstitucionalidad. Es interesante que lo haga explícitamente, ya que ellos dimanarían de la capacidad implícita que tienen los juzgadores, en un sistema difuso o descentralizado de control de constitucionalidad, de declarar la invalidez constitucional de las leyes, a la luz de los artículos 31 y 116 del texto supremo. “*Marbury v. Madison*” fue en 1803 una creación pretoriana, receptada entre nosotros en “*Sojo*” (sentencia del 22 de septiembre de 1887, Fallos: 32:120).

Para nosotros, resulta redundante decirle a un tribunal de derecho en un código de rito que puede controlar la constitucionalidad. Va de suyo. Pero no lastima a nadie, ni daña ni perjudica ningún principio basal: reitera lo que ya se sabe, y debería dejar tranquilos a muchos.

La regulación encara las dos hipótesis clásicas de cuestión constitucional: la que versa sobre la consistencia constitucional de una norma de desarrollo (ley, reglamento) con el plexo de base -cuestión federal “compleja” directa; y la que se refiere a la interpretación de algún precepto constitucional -cuestión federal “simple”-, en la célebre terminología propuesta por Imaz y Rey, que es la que cuenta con mayor seguimiento doctrinario (14).

6. La revisión

Finalmente, el legislador admite la revisión de pronunciamientos obtenidos ilícitamente, cuando existiese fallo que así lo haya declarado. Tales como los dictados a través de prevaricato, cohecho, violencia, fraude o cualquier otra maquinación delictiva. Debe interponerse a los 30 (treinta) días de conocido el vicio, y nunca podrá afectar a una sentencia pasada un lapso de tres años desde su dictado.

7. Un tribunal bifronte

De modo sugestivo, el nuevo Tribunal es denominado “Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y de la Seguridad Social” (artículo 1 y cc., ley 26.853). La flamante Cámara deberá deslindar “sus funciones según la materia concierna al derecho del trabajo o al de la seguridad social”, con arreglo a lo que estatuye su artículo 5, “in fine”.

Nunca nos quedó en claro que se entiende por “justicia nacional”, más allá de saber que es finan-

ciada por el presupuesto de gastos de todos los argentinos.

Con lo cual, desde lo organizativo (15), el Tribunal mostraría dos caras: una nacional y una federal. Se prosigue con la veta de federalización de la Seguridad Social inaugurada por la ley 24.463 (artículos 10.1 y 18) (16) y se ancla más firmemente a la justicia del trabajo en el ámbito nacional, luego de muchas discusiones que pretendían alejarla de ese terreno atento su verdadera naturaleza de fuero ordinario. Es verdad que la materia federal es de excepción, y es un fuero reservado para cuando litiga la Nación. En Seguridad Social, se cumple cabalmente con ese recaudo (17).

Siempre hemos creído en la “híbrides” de la llamada “justicia nacional”, creyendo -junto a Bidart Campos- que existen tribunales federales, provinciales y a partir de 1994, los de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La categoría de “tribunales nacionales” es difícil de escindir de la de federales. La cuestión se complica cuando los mismos enmascaran jurisdicción ordinaria.

No creemos, empero, que esta mixtura llegue a ser inconstitucional, en cuanto hay un deslinde en donde interesa: en la actividad jurisdiccional de sus dos Salas. Por lo demás, la propia Corte Suprema ha reconocido la actuación de la Junta de Presidentes de Cámaras Federales y Nacionales, con lo cual ha avallado esta suerte de mezcla, y se reconoce a sí misma como cabeza de ambos tipos de tribunales.

8. Valoración de conjunto

No advertimos, en suma, de este somero repaso de conjunto, los groseros errores jurídicos que veíamos en la ley 24.463, destinados a blindar al Estado en el proceso de ajuste estructural y desplazar el eje de protección del acreedor social (jubilado o jubilable) hacia el deudor (el organismo previsional). No hay excepción de falta de recursos, ni auditoría congresional de la misma, ni recurso ordinario, ni casos análogos, ni retrogradación procedimental.

(15) La disparidad de la denominación en los cargos de empleados previsto en el Anexo de la ley 26.853 deberá ser resuelto por la Superintendencia que conserva la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(16) Su crónica en CARNOTA, Walter F., “La competencia federal del fuero de la Seguridad Social”, en PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “Competencia Federal”, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 571.

(17) Es que “la jurisdicción federal en causas en que el estado es parte se discierne ‘ratione personae’ (por razón de parte) y, por lo tanto, no interesa ‘la materia’ de la causa (o el derecho que la rige)”. V. BIDART CAMPOS, “Tratado...” Ob. y Tomo Cits., p. 665.

(14) V. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Compendio...”, ob. cit., p. 195.

Estos vicios eran graves, y uno tras otro fueron desmontados, tanto por la Cámara de Seguridad Social, como por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Hussar”, “Barry”, “Itzcovich”, “Patiño”, *inter alios*).

Sin caer en relativismos antropológicos, el instrumento legal que aquí se disciplina no es *malum in se*, como lo han pintado algunos. Prevé la casación u dentro de ella, sorprendentemente, la arbitrariedad. No retacea ni un ápice el control de constitucionalidad. Procura fijeza y certeza en los decisorios.

Dependerá, entonces, de la conformación humana del nuevo Tribunal, de su sensibilidad social y económica, de su compenetración con los vericuetos del expedienteo previsional, para poder sí calibrar su funcionamiento y dar una respuesta sociológico-judicial en orden a su eficacia sistémica. Pero desde la perspectiva del derecho procesal y del procesal constitucional, más allá de su conveniencia u oportunidad que es un resorte exclusivo del Congreso (“*in dubio pro legislatore*”), no puede decirse que la ley 26.853 no sorteada adecuadamente el “test” de constitucionalidad. ◆

LEY CREACIÓN DE LAS NUEVAS TRES CÁMARAS DE CASACIÓN Y LA DURACIÓN DE LOS PROCESOS

POR EDUARDO OTEIZA

Sumario: I. Una iniciativa que difícilmente haga más democrática a la justicia. II. Violación del derecho constitucional a la defensa en juicio y al debido proceso legal. Incorporación de un recurso que generará una desproporcionada duración de los procesos. III. El reemplazo de la uniformidad de la jurisprudencia de las Cámaras por la doctrina de las Salas de Casación. IV. Las amplísimas causales de impugnación en Casación. V. La contradicción de proponer una integración con jueces subrogantes y mantener inactiva una Cámara de Casación ya creada. VI. El contraste entre crear las nuevas Cámaras y la demora en activar el funcionamiento de Cámara de Casación en lo Criminal de la Ciudad de Buenos Aires. VII. La Corte Suprema aún más lejos.

I. Una iniciativa que difícilmente haga más democrática a la justicia

Durante el discurso de inauguración del 131 periodo de sesiones ordinarias del Congreso la Presidenta de la Nación sostuvo que una de las iniciativas legislativas que tenía previsto someter a la discusión parlamentaria consistía en la creación de tres Cámaras de Casación. Allí consideró que la nueva Casación permitiría disminuir la carga de trabajo que pesaba sobre la Corte Suprema, dejando explícitamente planteada la relación entre la labor de la Corte Suprema y la de la ahora creada Casación. Además agregó que las Cámaras de Casación que propondría crear, permitiría contar con una tercera instancia que *aligere* (a la Corte Suprema) *de esta manera y pueda darle mayor transparencia a todo el sistema judicial*.

El 8 de abril el Poder Ejecutivo envió al Senado el proyecto PE-006-13, que citaba como fundamento

el derecho al recurso como parte fundamental de la garantía a la tutela efectiva. El 24 de abril la norma era sancionada por el Congreso y el 9 de mayo promulgada por el Poder Ejecutivo.

La deliberación tanto parlamentaria como pública sobre la iniciativa fue muy escasa. Frente al conjunto de proyectos que integraron el paquete de medidas presentados como una *democratización de la justicia* las voces se polarizaron. En un debate en el cual era sólo posible plantear adhesiones o rechazos las razones fueron dejando paso al simple juego de las mayorías, ante la posición oficial de propiciar en el Congreso que los proyectos presentados debían ser aprobados sin modificaciones. En ese camino faltaron explicaciones y el tratamiento parlamentario quedó reducido a la fuerza del número de representantes en cada Cámara del Congreso, criterio que poco respeta a la sociedad civil y menos ayuda a encontrar fundamentos a una ley que pareciera que

solamente pospondrá la decisión de los procesos y dejará reservada la respuesta final de la Corte Suprema para el final de un irrazonablemente largo camino.

II. Violación del derecho constitucional a la defensa en juicio y al debido proceso legal. Incorporación de un recurso que generará una desproporcionada duración de los procesos

Las decisiones de las Cámaras de Apelaciones de los fueros nacionales y federales no penales producidas por un conjunto de 172 jueces serán sometidas a la revisión de los nuevos 21 jueces que integrarán la nueva Casación.

La concesión del recurso de casación por las causas identificadas en el propuesto art. 288 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación suspende la ejecución de la sentencia recurrida.

Se agrega así una tercera instancia de revisión sin proponer ninguna mejora a los procesos judiciales que tramitan de acuerdo con una legislación que con modificaciones cosméticas rige desde el año 1968 y representa en buena medida los valores del Gobierno Militar del General Onganía.

Argentina fue recientemente condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Furlan* (1) por violar la garantía al debido proceso legal y específicamente por llevar adelante procesos judiciales de una duración desmesurada. La irrazonable duración del proceso que Sebastián Furlan y su familia sostuvieron contra el Estado Nacional tuvo una tramitación de 13 años.

Ese proceso es un claro testimonio sobre la situación que padecen los litigantes en primera y segunda instancia producto de la falta de cumplimiento del deber de dotar a la justicia de una normativa con intermediación entre el juez y las partes, correctamente implementada y con recursos adecuados.

La norma propuesta en lugar de mejorar el estado de la prestación del servicio de justicia ante las instancias ordinarias contribuye a empeorarlo al agregar una nueva revisión. La nueva Casación carece de atributos que le permitan dictar una sentencia más justa que la producida por la instancia anterior, ni que mejore los tiempos que demanda la solución de los casos judiciales. La ley muestra como carencia evidente la ausencia de un sistema que posibilite uniformar la jurisprudencia, al punto que no contiene ningún dispositivo que posibilite compatibilizar las interpretaciones de las salas de la nueva Casación. Salas que se conforman con igual número de jueces

que el de las Cámaras de Apelación. Además, no contiene la propuesta ningún elemento que permita concluir que las decisiones de los jueces de Casación serán más justas y mejor fundadas que las de los actuales jueces de las Cámaras de Apelación. Tampoco hay elementos que permitan sostener que los nuevos jueces de Casación contarán con mejores calificaciones y estarán mejor preparados que los actuales jueces de las Cámaras de Apelación.

Menos aún la iniciativa convertida en ley a partido de un análisis sobre la carga de trabajo que pesará sobre las nuevas Cámaras de Casación. ¿Cómo harán 21 jueces de casación para revisar el trabajo de los 171 jueces de las Cámaras de Apelación? Es fácil adelantar que al menos no lo podrán hacer en tiempos razonables. De allí que el propósito, expuesto por el PEN al remitir el proyecto, de mejorar el retraso de las causas judiciales tiene nulas probabilidades de cumplirse.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido en *Losicer* (2) que existe cuestión federal y constitucional cuando se encuentra en discusión el alcance que cabe asignar a la garantía de obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, derivada del arto 18 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales referidos a ella, en especial, el art. 8, 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello debido a que el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reconoce con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos y obliga a tener en cuenta que el art. 8 inc. 1º de la Pacto de San José de Costa Rica (Adla, LIII-D, 4125), referente a las garantías judiciales, prescribe no sólo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; y a su vez, el art. 25 consagra la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier actos que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención Americana.

La Corte Interamericana consideró que cuando la Convención Americana se refiere al derecho de toda persona ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas. Lo cual determina que “*que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de*

(2) Sentencia del 26.6.2012. *Losicer*, Jorge Alberto y otros el BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 70BI), L. 216. XLV.

(1) Sentencia del 31.8.2012.

adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la Convención Americana (caso “Tribunal Constitucional vs. Perú., sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 71).

En el caso *Baena* (3) la Corte Interamericana entendió que si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales., su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente y en un tiempo razonable: “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”, pues “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.

La incorporación de una nueva instancia supone para la parte que logró el reconocimiento de un derecho quede sujeta a la decisión de su contraria de interponer un recurso de casación. Si ella deduce el recurso de casación por alguno de los motivos previstos por el propuesto art. 290 y la Cámara de Apelaciones lo concede queda suspendida la ejecución de la sentencia hasta el pronunciamiento de la Cámara de Casación. Frente a las decisiones de la Cámara de Casación puede deducirse el recurso extraordinario federal para que la Corte Suprema revise la sentencia, manteniéndose suspendida la decisión hasta que se pronuncie el Máximo Tribunal, circunstancia que llevará a los futuros procesos a tramitar en un plazo irrazonable.

Nada hace prever que así se reducirá el tiempo que demandan los procesos ni que se mejore la actual irrazonable duración de los procesos judiciales.

III. El reemplazo de la uniformidad de la jurisprudencia de las Cámaras por la doctrina de las Salas de Casación

La ley 26.853 (La Ley Online) sin dar ninguna explicación deroga el sistema de los fallos plenarios que cuenta con una centenaria tradición en el derecho argentino. La ley 7055, de 1910 (Alda, 1889-1919, 791), estableció que cuando la Cámara de Apelaciones en lo Civil estimara conveniente fijar la interpretación

de la ley estaba autorizada a reunirse en plenario. Las leyes 11.924 y 12.327 (Adla, 1920-1940, 535; 1920-1940, 701) establecieron la posibilidad de reunir en plenario a la Cámara de Paz Letrada y a la Cámara del Crimen, respectivamente. En 1943 el decreto-ley 4555 se estableció la fuerza obligatoria de los plenarios para los jueces inferiores. La ley 13.998, el decreto-ley 1285/58 y la ley 24.050 (Adla, X-A, 221; XVIII-A, 587; LII-A, 44) generalizan la fuerza obligatoria de los plenarios. Ni una palabra contiene el proyecto que justifique el cambio de sistema. Resulta irrazonable un cambio que no exponga cuáles son las razones para sustituir un régimen por otro.

Además la Corte Suprema en el caso *Casal* (4) formuló algunas observaciones sobre las ventajas e inconvenientes de la Casación en materia penal que deberían haber sido debatidas antes de inopinadamente proponer ampliar el mecanismo de uniformidad de la jurisprudencia que es imposible de lograr en materia federal y constitucional, ya que en esa materia la última palabra la tiene la CSJN.

IV. Las amplísimas causales de impugnación en Casación

El propuesto recurso de casación permite que las Cámaras de Casación examinen tanto la solución estrictamente normativa como la totalidad del proceso. A las clásicas causales de interpretación normativa por inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva se suma la de inobservancia de las formas procesales esenciales y la arbitrariedad. Esas dos nuevas causales permiten que la Casación se pronuncie sobre la totalidad de lo ocurrido en el proceso. La nueva instancia podrá fallar tanto sobre la interpretación normativa como con respecto al desarrollo del proceso.

A ello hay que agregar que la norma contempla la sustanciación de un llamado recurso de revisión que puede ser planteado dentro del plazo de tres años de dictada la sentencia cuestionada.

Claramente la instancia de Casación posee amplísimas funciones de controlar todo lo sucedido en las dos instancias anteriores, lo cual no necesariamente supone que brindará una mejor justicia.

Salvo que se considere que la gran mayoría de las sentencias de las Cámaras de Apelación son erradas y reconocen derechos a partes que no son titulares de ellos, la suspensión de los efectos de sus decisiones generan sobre la parte que ha logrado una sentencia favorable un claro agravio que el Estado debería compensar de ser confirmada por la Casación la sentencia de la anterior instancia.

(3) Sentencia del 2.2.2001, Baena Ricardo y otros vs. Panamá, párrafos 124 y 127.

(4) Sentencia del 20.9.2005.

V. La contradicción de proponer una integración con jueces subrogantes y mantener inactiva una Cámara de Casación ya creada

El art. 7° de la ley se limita a decir que los miembros de las tres nuevas Cámaras de Casación serán designados de conformidad a lo prescripto en la normativa vigente en la materia. Para luego agregar que *en los casos en que resulte necesario, se podrán establecer procedimientos abreviados para la designación de los jueces a los efectos de otorgar mayor celeridad al trámite de las causas.*

Hasta tanto las Cámaras de Casación creadas por el artículo 1° de la presente ley sean compuestas conforme el presente artículo, se integrarán por jueces subrogantes o conjueces para iniciar su funcionamiento.

La ley 26.636 que regula los procedimientos para la designación de jueces subrogantes establece que *en caso de recusación, excusación, licencia, vacancia u otro impedimento de los Jueces de Primera Instancia, Nacionales o Federales, la respectiva Cámara de la jurisdicción procederá a la designación de un subrogante de acuerdo con el orden que allí establece.*

Hasta tanto se integre cada una de las Cámaras de Casación es evidente que no es legalmente posible nombrar jueces subrogantes.

Por otra parte, la propuesta no contiene una regulación específica sobre los procedimientos abreviados que requerirán una nueva ley para que los nombramientos sean legítimos.

VI. El contraste entre crear las nuevas Cámaras y la demora en activar el funcionamiento de Cámara de Casación en lo Criminal de la Ciudad de Buenos Aires.

Cabe agregar que la ley 26.371 se creó la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Adla, LXVII-C, 2228). La competencia que le asigna la Ley referida le permite

juzgar de los recursos de inconstitucionalidad, casación y revisión interpuestos contra las sentencias y resoluciones dictadas por los tribunales orales en lo criminal, los tribunales orales de menores, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, los jueces nacionales correccionales y los jueces nacionales de ejecución penal con asiento en la Capital Federal. Hasta la puesta en funcionamiento de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, se estableció que el Tribunal de Casación ya existente conservaría la competencia que le asignara el artículo 23 del Código Procesal Penal de la Nación.

A cinco años de la publicación de aquella ley en una materia tan sensible como la referida a la justicia criminal y correccional llama la atención su falta de implementación.

Esa demora sorprende todavía más cuando se impone un procedimiento sin debate y de una rapidez inusitada para la creación de estos tres nuevos tribunales de casación.

VII. La Corte Suprema aún más lejos

Por último, llama la atención sobre como impacta la ley 28.653 sobre la misión de la Corte Suprema. Al presentarse la iniciativa en el comentado discurso de inauguración del período ordinario de sesiones se aludió a la Corte Suprema. No hay duda que las nuevas Salas tienen el efecto de retardar la respuesta de la Corte Suprema, que intervendrá después de pasar los casos por una Casación que entendemos no tardará en funcionar como un cuello de botella, lo cual repercute en su capacidad para hacer sentir su opinión en materias relevantes.

Posiciones como las asumidas por la Corte Suprema en materia previsional tardarán ahora mucho más tiempo en llegar. Difícilmente esa postergación puede ser presentada como un logro a favor del no aclarado concepto oficial: *justicia democrática.* ♦

EL RECURSO DE REVISIÓN

POR GABRIEL HERNÁN QUADRI

Sumario: I. El esquema de trabajo. — II. El llamado “recurso de revisión”, aproximación conceptual. — III. Un vacío legal que necesitaba cubrirse. — IV. Objeto del recurso: resoluciones recurribles. — V. Causales. — VI. Cuestiones procedimentales. — VII. Efectos del recurso. — VIII. La decisión de la Cámara de Casación. — IX. A modo de conclusión.

I. El esquema de trabajo

Estas breves líneas tienen por objeto brindar al lector un panorama inicial del llamado *recurso de revisión*, que ha sido incorporado en los arts. 297 a 301 del CPCCN, por la ley 26.853.

Con todo debemos presentar nuestras excusas.

Es que, probablemente, las consideraciones que siguen —elaboradas luego de una aproximación preliminar y exegética de los noveles preceptos, sin haber dado tiempo para evaluar su funcionamiento en la práctica— traigan a quien nos siga más de una incertidumbre; así nos ha pasado a nosotros después del primer contacto con la reforma.

No obstante lo cual, pensamos que vale la pena intentar siquiera reflexionar, tempranamente si se quiere, a su respecto; la trascendencia de la innovación genera una tentación difícil de resistir.

Advertimos, desde ya, que estas sintéticas consideraciones hacen exclusivamente a lo procedimental, en el contexto de la nueva incorporación normativa al CPCCN.

Es que la temática que gira en torno a la posibilidad de modificar los fallos judiciales luego de que han adquirido firmeza, se ha convertido —tal como lo indica Hitters— en una de las cuestiones más intrincadas en el plano del derecho (1) cuyo abordaje en profundidad excedería, con creces, el marco de este

trabajo, como así también desbordaría el propósito de estas líneas la profundización acerca de la recepción normativa y funcionamiento del recurso de revisión en los antecedentes históricos locales, como así también en el derecho comparado (2).

II. El llamado “recurso de revisión”, aproximación conceptual

El recurso de revisión ha sido definido por la doctrina como la vía impugnativa establecida por el legislador procesal, que se interpone por ante el órgano jurisdiccional supremo en jerarquía, fundado en un motivo normativamente determinado y que persigue la revocación de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando se la ha obtenido por medios ilícitos o irregulares, prescindiendo o incorporando nuevos elementos probatorios, los que de haberse conocido con anterioridad al dictado habrían cambiado fundamentalmente la decisión (3).

(2) Para ello puede verse, con provecho, HITTERS, Juan C., *Revisión de la cosa juzgada*, 2da. Ed., Librería Editora Platenense, La Plata, 2001, p. 221 y, más recientemente, LANDONI SOSA, Angel, *La revisión de la cosa juzgada*, SJA 27/5/2009; en cuanto a la regulación a nivel provincial, podemos citar los arts. 395 a 401 del CPCC Córdoba; arts. 295 a 303 del CPCC de la Provincia de Corrientes; arts. 156 a 159 del rito mendocino; arts. 265 bis a 265 quintus CPCC San Juan; arts. 301 a 312 del ritual fueguino; 265 a 268 del CPC riojano, en todos los casos con estructuras —en mayor o menor medida— discímiles a la de la reforma en comentario.

(3) MEGLIOLI, María F., *La revisión de la cosa juzgada. Algunas notas sobre “recurso de revisión” o “acción autónoma de nulidad”*, DJ 2001-2, 75.

(1) HITTERS, Juan C., *El recurso de revisión*, JA 1986-II-816.

Según dice Palacio denomínase revisión al remedio tendiente a obtener el reexamen de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada pero pronunciadas a raíz de conductas ilícitas, con prescindencia de documentos no incorporados oportunamente al proceso por razones inimputables al vencido, o sobre la base de medios probatorios afectados de falsedad (4).

Tiene en miras, como lo expone Hitters con toda claridad, derribar la cosa juzgada írrita o fraudulenta (5).

Quede en claro que nos estamos refiriendo al recurso de revisión y no a la acción autónoma de nulidad (6), carril procesal igualmente apto para destruir la cosa juzgada írrita o fraudulenta, que —como bien nos lo recuerda la doctrina especializada (7)— se ha sabido abrir paso, desde sus primeras recepciones jurisprudenciales, en el marco de nuestro sistema jurídico (8) aun sin la existencia de previsiones legales expresas.

Volvamos al instituto en tratamiento y empecemos por su naturaleza.

Hay quienes le desconocen esencia recursiva a este tipo de mecanismos (9).

Así, se ha indicado que la calificación como recurso no es correcta ya que por principio general una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no es susceptible de ser atacada por ningún recurso (10); con vehemencia, se dice que su calificación como recurso no resiste un mayor análisis técnico, que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por definición, es aquella cuyos efectos han adquirido una inmutabilidad tal que son insusceptibles de ser alterados por recurso alguno y que, en consecuencia, si la res judicata es inmodificable por vía recursiva, difícilmente podríamos calificar a su revisión como

(4) PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, 2005, ed. online, Base de datos ABELEDO PERROT N° 2508/002553.

(5) HITTERS, Juan C., El recurso de revisión, cit.

(6) Un abarcativo, y para nada engorroso, estudio del tema lo encontramos en MAURINO, Alberto L, Revisión de la cosa juzgada. Acción autónoma de nulidad, LL 2001-B, 1131.

(7) HITTERS, Juan C., Revisión de la cosa juzgada — Su estado actual, LL 1999-F, 996.

(8) Corte Sup., Fallos 253:320; 279:36; 279:54; 283:66; entre otros.

(9) VALCARCE, Arodín, Revisión de la cosa juzgada, JA 2000-II-780.

(10) HERNANDEZ, Manuel O., Revisión de la cosa juzgada, LL 2006-D, 1394.

un recurso; agregando además que la consideración, por parte del legislador, como recurso no impone al estudioso del derecho procesal variar las conclusiones respecto de la ontología de la acción impugnativa de sentencia firme (11).

Hitters, mientras tanto y luego de expresar alguna crítica al respecto, ha señalado que la respuesta acerca de si se trata de un recurso dependerá de la legislación positiva (12), lo propio acotaba Vescovi (13), ideas con la que —por cierto— coincidimos.

Es que, para nosotros, los recursos implican un medio de impugnación de decisiones emanadas de órganos jurisdiccionales (o equivalentes) en cuanto se las ataque por motivos (sustanciales o formales) inherentes a ellas mismas y siempre que tenga lugar en el seno del proceso en el que se las emitió (14), pudiendo insertarse —sin mayores esfuerzos— a la revisión —tal como se la ha legislado— dentro de dicho espacio (15) sin perjuicio de reconocer su uy singular fisonomía.

Volviendo a la nueva normativa, es claro que se ha contemplado legalmente a la revisión *como recurso* (art. 297 CPCCN) y así entonces hemos de considerarla.

III. Un vacío legal que necesitaba cubrirse

Hace ya varios años se venía resaltando la necesidad de que se regule expresamente el tema, considerándose inexplicable el silencio de las leyes adjetivas en este sentido (16).

Por cierto, este problema supo ser zanjado por la doctrina jurisprudencial y así fue desarrollándose la llamada acción autónoma de nulidad, que ya hemos mencionado.

Pero ocurre que, en el sector recursivo, impera el principio de legalidad en virtud del cual, para predicar la vigencia y existencia de un recurso, es

(11) GIANNINI, Leandro J., La revisión de la cosa juzgada. Cuestiones actuales, LL 2001-E, 1259.

(12) HITTERS, Juan C., El recurso de revisión, JA 1986-II-816.

(13) VESCOVI, Enrique, Los remedios judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 340.

(14) QUADRI, Gabriel H., Los recursos ordinarios en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 6.

(15) No así, como lo marcábamos en la obra citada (p. 6), a la acción autónoma, desde que implica la apertura de otro proceso.

(16) HITTERS, Juan C., El recurso de revisión, cit.

imprescindible que exista una norma que lo contemple (17).

Así lo ha dicho la doctrina: el recurso, a diferencia de la acción autónoma, requiere regulación expresa (18).

En este contexto, la novedosa incorporación legal es plausible en tanto implica dotar al mecanismo de estructuración normativa, aunque —por cierto— su consagración no implica, de ninguna manera, retacear la posibilidad de transitar el sendero de la acción autónoma de nulidad, que podrá pervivir para operar en aquellos espacios que quedan fuera del ámbito del recurso en análisis.

IV. Objeto del recurso: resoluciones recurribles

Dice el nuevo artículo 297 del CPCCN, base de la cuestión en estudio, que *“el recurso de revisión procederá contra las sentencias y resoluciones a las que hace referencia el artículo 288, cuando las mismas hubiesen quedado firmes, si la sentencia hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta cuya existencia se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable”*.

Vamos a la primera parte del artículo.

Según lo establece la ley, el recurso procederá contra las sentencias definitivas, o equiparables, dictadas por las Cámaras de Apelación (art. 288) mencionadas en los artículos 2 a 4 de la ley de creación (26.853), en materia contencioso administrativo (art. 2), laboral y de seguridad social (art. 3) y civil y comercial (art. 4) (19) además serían susceptibles de este recurso *“las resoluciones que decidan la suspensión de los efectos de actos estatales u otra medida cautelar frente a alguna autoridad pública y contra las decisiones que declaren formalmente inadmisibles a la pretensión contenciosoadministrativa”* (art. 288 cit.); en todos los casos deben haber adquirido firmeza (art. 297).

Estudiemos primero su objeto: el recurso debe enfocarse a un tipo específico de resolución, la revisión que se opera en su seno es la de la sentencia misma (20) o decisión asimilable y la vía procedería,

en la exégesis del nuevo texto legal, *solo respecto de las sentencias de las Cámaras de Apelación aludidas* (21).

Con todo, los vicios podrían presentarse tanto respecto de la sentencia de primera instancia, como con relación a la de Alzada (la ley solo habla de *“la sentencia”*), lo que —como lo veremos— tendrá incidencia en cuanto a la forma en que la Cámara de Casación operará el *judicium rescissorium*.

Podría objetarse que si el vicio estuviera inserto en la sentencia de primera instancia no tendría sentido la interposición de un recurso contra la decisión de Cámara y alguna razón tendría el argumento (pues se estaría atacando un fallo, apoyándose en vicios subyacentes en otro); de hecho, así lo pensamos nosotros mismos, en una versión embrionaria de este trabajo.

Pero lo que ocurre, si meditamos más detenidamente, es que la fisonomía del recurso de revisión es harto singular y dado que —como lo veremos— opera en base a circunstancias novedosas y externas al proceso en sí, puede permitirse este tipo de concesiones dogmáticamente observables, pero pragmáticamente certeras; y aquí, si la sentencia de primera instancia apareciera contaminada por alguno de estos graves vicios extraprocesales, ello tendría indudable aptitud para viciar también la de Alzada, de la que es antecedente necesario.

Destacamos, ya cerrando el punto, la apertura del espectro de la norma a resoluciones diversas de la sentencia definitiva (o aquellas decisiones que se le asimilen), que —por lo general— son las únicas sometidas a este tipo de mecanismos impugnatorios (22).

Puntualmente nos estamos refiriendo al problema de las medidas cautelares, que —según entendemos— quedarían dentro del ámbito del recurso atento la remisión, sin reparos ni excepciones, efectuada por el art. 297 a lo establecido por el art. 288 (la idea se reafirma cuando el primero de ellos habla de *sentencias y resoluciones*).

En este sentido, es innegable que las medidas cautelares pueden dictarse con la convergencia de alguno de los vicios contemplados como causales para

(17) QUADRI, Gabriel H., Los recursos, cit., p. 30.

(18) MENENDEZ CAGGIANO, Patricia en AA.VV. Peyrano, Jorge W (Dir.) - CARBONE, Carlos (Coord), La impugnación de sentencia firme, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, T I, p. 179.

(19) Cabe destacar que, en materia penal, el CPPN disciplina al recurso de revisión en sus arts. 479 a 489.

(20) CARBONE, Carlos en AA.VV. Peyrano, Jorge W (Dir.) - CARBONE, Carlos (Coord), La impugnación de sentencia firme, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, T I, p. 47.

(21) La previsión es similar a los arts. 395 y 396 del ritual cordobés, pero en este último cuerpo legal no se establecen los efectos del progreso del recurso como se lo hace en el nuevo art. 300 del CPCCN.

(22) PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, 2005, ed. online, Base de datos ABELEDO PERROT N° 2508/002553; VESCOVI, Enrique, Los remedios, cit., p. 346.

la revisión (en la conducta del juez o de las partes); pero no menos cierto es que las medidas precautorias son, en esencia, provisionales y supeditadas a lo que llegara a decidirse sobre el fondo, amén de mutables si llegaran a variar las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarlas.

Justamente se dice que las mismas no hacen cosa juzgada y, por ello, nos llama la atención la importación, a este terreno, de un mecanismo clásicamente concebido para la revisión de sentencias sobre el fondo del asunto y que hubieran adquirido aquel status.

Si a ello sumamos que sería necesario, además, que se tramite y sentencie otro proceso para acreditar —en su seno— la causal de revisión, con lo cual es probable que el juicio principal llegue antes al estado de sentencia (y entonces la cautelar agote su virtualidad), parecería que el mecanismo no se perfila demasiado razonable ni útil para el contralor en este sentido.

Esta opinión, enténdasenos, solo implica cuestionar —desde lo procedimental— la idoneidad del medio, pues es indiscutible que una cautelar dictada mediando alguna de las causales referidas por la norma, si llegaran a comprobarse adecuadamente, merecería la inmediata revocación, pero lo importante aquí hubiera sido diseñar un mecanismo más eficiente al efecto y no valerse de uno concebido con otros propósitos.

V. Causales

Para poner en marcha el recurso de revisión debe invocarse una causal o motivo que lo habilite (23), por lo que se trataría de una vía recursiva no ordinaria (24) (recordemos que el distingo viene dado por el hecho de que los recursos ordinarios no están legalmente subordinados a un catálogo específico de motivos canalizables en su seno, mientras que los extraordinarios sí lo están (25).

La doctrina ha venido remarcando que los motivos de revisión siempre son ajenos y trascendentes al proceso donde se dictó la resolución impugnada, son vicios sustanciales heterónomos (26) pues si

(23) CARBONE, Carlos en AA.VV. Peyrano, Jorge W (Dir.) - CARBONE, Carlos (Coord), cit., T I, p. 54; HITTERS, Juan C., Revisión de la cosa juzgada - Su estado actual, cit.

(24) HITTERS, Juan C., Revisión de la cosa juzgada — Su estado actual, cit.

(25) QUADRI, Gabriel H., Los recursos, cit., p. 8.

(26) GIANNINI, Leandro J., La revisión de la cosa juzgada. Cuestiones actuales, LL 2001-E, 1259; MEGLIOLI, María F., La revisión de la cosa juzgada. Algunas notas sobre

se tratara de vicios inherentes al proceso debería remediárselos durante el curso del mismo y por las otras vías diseñadas a tales efectos.

Así se dice que estos vicios, externos al proceso, constituyen un *novum* (27), que puede ser de conocimiento (porque no se sabía de la presencia del vicio) o de existencia (porque nace después de la firmeza) (28) y que las causales de revisión deben considerarse taxativas (29), no pudiendo ampliárselas ni por vía interpretativa ni por vía analógica (30).

Las causales de revisión en los diversos ordenamientos son variadas y el legislador nacional ha capitalizado algunas (no todas) en la reforma.

Viene al caso destacar, en sintonía con la normativa que estamos analizando, que la revisión puede ser causada por una actividad anómala del juez ya que al ser uno de los sujetos procesales puede desarrollar una conducta antifuncional o dolosa que conlleve a una sentencia írrita, quedando comprendidos los casos de fraude, cohecho o prevaricato o cualquier maquinación fraudulenta de quien dictó el pronunciamiento y que la conducta anómala de las partes es igualmente motivo de revisión, que se configura tanto por el dolo de una parte en perjuicio de la otra, como el de ambas en detrimento de terceros, entrando aquí la maquinación fraudulenta y el engaño (31).

El art. 297 del CPCCN prevé que para que el recurso proceda, la sentencia debe haber sido dictada a consecuencia de alguna de las siguientes causales: *prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta* (32).

Las dos primeras nociones (*prevaricato y cohecho*) son harto claras y se refieren a los delitos previstos por los arts. 269 y 257 del Código Penal; ello se justifica plenamente siendo inviable el mantenimiento de una sentencia dictada como consecuencia de una ilicitud.

“recurso de revisión” o “acción autónoma de nulidad”, DJ 2001-2, 75.

(27) GIANNINI, Leandro J., La revisión, cit.; HITTERS, Juan C., El recurso de revisión, cit.

(28) HITTERS, Juan C., Revisión de la cosa juzgada — Su estado actual, cit.

(29) GIANNINI, Leandro J., La revisión, cit.; HITTERS, Juan C., Revisión de la cosa juzgada — Su estado actual, cit.; VESCOVI, Enrique, Los remedios, cit., p. 342.

(30) MEGLIOLI, María F., La revisión de la cosa juzgada, cit.

(31) HITTERS, Juan C., Revisión de la cosa juzgada, cit., p. 255/6.

(32) En sentido análogo ver CPCC Córdoba, art. 395 inc. 4°; 144 inc. 9 Const. Pcia. de Mendoza; 265 bis inc. 4 CPCC San Juan.

Los otros dos motivos no son ya tan acotados.

Es que la sentencia puede haber sido dictada “a consecuencia” (valiéndonos de los términos de la ley) de *violencia*, no solo ejercida sobre el juez, sino también sobre las partes.

La violencia es vicio genérico de todos los actos jurídicos (art. 954 C. Civil) y, por cierto, la sentencia no es ajeno a ello.

También se mencionan las *maquinaciones fraudulentas*, que podríamos identificar con el dolo (arts. 931 a 935 y 954 C. Civil) es decir aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, toda conducta maliciosa, dirigida a influir sobre el juicio del sentenciante y obtener un resultado contrario a la ley, tendiente a perjudicar a la otra parte o a un tercero (33).

El Tribunal Supremo español, con cita de precedentes anteriores, señaló que hay maquinación fraudulenta cuando el litigante vencedor lleva a cabo una actuación maliciosa que comporta el aprovechamiento deliberado de determinada situación y que merece ser calificada como grave irregularidad procesal, al originar en la otra parte indefensión; que se considera maquinación fraudulenta el proceder doloso que demuestre un ánimo de provocar indefensión, mediante astucia, artificio o ardid (34).

Según ha dicho Palacio esta causal comprende la diversa gama de conductas configurativas del dolo procesal (v.gr., modificación de cosas o lugares a fin de inducir en engaño al juez o a los peritos; colusión con un tercero para frustrar el diligenciamiento de medidas probatorias, etc.) (35) con lo cual esta causal revela una amplitud significativa.

Ahora bien, para el progreso del novel recurso de revisión, la existencia de las causales antes enunciadas debe haberse “*declarado en fallo posterior irrevocable*” (análogamente a algunas previsiones del art. 479 del CPPN para el progreso de la revisión en esa sede), consagrándose un supuesto de perjudicialidad (la convergencia de las causales no se comprueba en el seno del recurso, que opera en base a lo ya decidido en otras actuaciones).

Tanto el prevaricato como el cohecho deberían haberse declarado en sede penal; a su turno, la violencia y la maquinación fraudulenta (dolo), si bien

serían investigables en sede penal, también podrían buscar reconocimiento en sede civil.

En ambos casos, la ley nos habla de fallo posterior irrevocable, erigiendo *dos condiciones*: una que el fallo sea *posterior* (solo se exige que el fallo lo sea, no el proceso en el que se verifique la causal, que podría ser contemporáneo), la otra que sea *irrevocable*; esto último nos coloca ante un supuesto bastante interesante, por ejemplo, si hubiera mediado declaración penal de la existencia de prevaricato o cohecho, en tanto el fallo así pronunciado siempre sería revocable en sede penal, paradójicamente, si allí se interpusiera el recurso de revisión contemplado por el CPPN.

Pensamos, por nuestra parte, que siendo las hipótesis de revisión más bien excepcionales, mejor que a *fallo irrevocable*, debió haberse referido el legislador a *sentencia firme* y eso hubiera, por regla, bastado (salvo el supuesto antes descripto, casi de laboratorio).

Con todo, advertimos también que si la violencia o la maquinación fraudulenta se plantearan para su determinación en sede civil, en una acción autónoma de nulidad, no quedaría ya espacio para que jugara el recurso, desde que el progreso de la acción, haría caer de por sí lo decidido.

VI. Cuestiones procedimentales

Según lo establece el art. 298 del CPCCN el recurso debe interponerse por escrito y en forma fundada; ha de alegarse alguna de las causales del art. 297 anteriormente enunciadas (con eso ya se cubrirían las exigencias de fundamentación) y ha de intentárselo ante la Cámara de Casación correspondiente, según de quien emane el fallo atacado (lo que determinará la competencia revisora).

No se comprende qué es lo que ha querido significarse al decir que “*en los casos previstos en el artículo 297*” deberá acompañarse copia de la sentencia pertinente; la mención efectuada ente comillas es de imposible intelección desde que —según aparece concebido legalmente el mecanismo— en todos los casos sería necesaria la existencia de un pronunciamiento previo, con lo cual *siempre* sería el caso del art. 297.

Creemos que, además de la copia de la sentencia (que —si bien la ley no lo indica— debería estar certificada o autenticada), deberían arrimarse las constancias que acrediten su firmeza (o inmodificabilidad, en los términos del art. 297).

Todo ello es carga del ponente y hace a la fundabilidad del recurso, aunque en déficit de algún elemento la Cámara de Casación bien podría requerírsele al ponente como recaudo previo y también recabarlo oficiosamente (arts. 34 y 36 CPCCN).

(33) ANDRADE, Antonio, Debates procesales sobre la revisión de la cosa juzgada, LLPatagonia 2009 (abril), 715.

(34) Trib. Sup., sala Civil, 15/11/2010, Recurso nro. 14/2010, Res. 761/2010.

(35) PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, 2005, ed. online, Base de datos ABELEDO PERROT N° 2508/002553.

La ley no dice nada en cuanto a la legitimación para interponer el recurso; pensamos que, aunque la ley no lo diga, al tratarse de un mecanismo recursivo deben ser de aplicación los principios generales de esta teoría (36) y converger un recaudo esencial: *el agravio como condición ineludible de admisibilidad* (37), sea que el interponente haya sido parte en el proceso o un tercero que acredite que, de alguna manera, la sentencia impugnada lo afecta personalmente (por ejemplo, si hubiera mediado colusión o maniobra fraudulenta de ambas partes en su perjuicio).

¿Podría interponerlo el fiscal, en defensa del interés público, si estuviera comprometido?

A diferencia de lo que acontece en algunas provincias (38), aquí la ley guarda silencio.

Dejando atrás la cuestión de la legitimación, vemos que el art. 298 también se refiere a los plazos: el recurso debe interponerse dentro de los treinta días (hábiles, pensamos —art. 156 CPCCN—) contados —dice la ley— desde el momento en que se tuvo conocimiento del hecho o desde que se conoció el fallo posterior irrevocable.

Otra cavilación ¿de qué hecho nos está hablando esta norma?

Realmente no se comprende.

Es que si el requisito de fundabilidad del recurso es la existencia de una sentencia posterior que declare el prevaricato, cohecho, violencia o maquinación fraudulenta, *mal podría entrar a contarse el plazo para interponerlo desde que el hecho ilícito aconteció o se conoció*, pues aunque se sepa del mismo, siempre será necesaria (cuestión prejudicial) la decisión jurisdiccional para luego poder articular el recurso.

Creemos entonces —y siendo que obviamente siempre el fallo será posterior al hecho— que el plazo en cuestión debería determinarse solamente computando el conocimiento del fallo, con abstracción de la otra parte de la norma.

El término del que venimos hablando es un plazo relativo (depende de circunstancias vinculadas con el ponente) y al lado de él existe uno absoluto: *en ningún caso se admitirá el recurso pasados tres años desde la fecha de la sentencia definitiva*.

Esto implicaría que si el damnificado tiene conocimiento de la existencia de un vicio, luego de fenecido

el plazo final o absoluto no tiene posibilidad de atacar la resolución viciada (39).

Aquí, lo resaltamos, lo que la ley pretende que se compute es la fecha de la sentencia y no aquella desde la cual adquirió firmeza (vgr. bien podría ser que contra alguna sentencia se interpusiera el recurso de casación o que se hubiera recurrido por ante la Corte Suprema).

Al margen de lo cual, transcurrido este plazo, creemos que quedaría siempre la posibilidad de articular una acción autónoma de nulidad de cosa juzgada írrita, en la medida en que no hubiera operado a su respecto el plazo de prescripción.

El artículo 301 remite, en cuanto al trámite, a las reglas de los artículos 290, 291 y 293 en tanto no se contrapongan con lo normado por los arts. 298 a 300, todos del CPCCN.

Sería, así, aplicable el traslado previsto en el segundo párrafo del art. 290 (principio de contradicción) y también el juicio de admisibilidad en él contemplado (que incluso haría jugar la regla del art. 299, que luego pasamos a analizar); igualmente la constitución de domicilio prevista en el anteúltimo párrafo del art. 290, los trámites previos del art. 291 y los plazos para resolver del art. 293.

VII. Efectos del recurso

Los llamados efectos de los recursos vienen a relacionarse con la virtualidad de su interposición respecto del pronunciamiento impugnado y su posible ejecución o cumplimiento (40).

Básicamente los efectos son dos: suspensivo y devolutivo (o no suspensivo), según sea que su interposición obste —o no— que el fallo en crisis pueda cumplirse o ejecutarse.

La regla que ahora establece el art. 299 del CPCCN es que la admisión (juicio de admisibilidad, no de fundabilidad) del recurso de revisión *no tiene efecto suspensivo*; la excepción viene dada en aquellos casos en los que, a petición del recurrente y en consideración a las circunstancias del caso, la Cámara ordene la suspensión de la ejecución previa caución (ofrecimiento del que debe darse vista a la contraria).

Discrepamos de nuevo; no se comprende el retaceo del efecto suspensivo cuando el quejoso, para

(36) VESCOVI, Enrique, Los remedios, cit., p. 344.

(37) QUADRI, Gabriel H., Los recursos, cit., p. 91.

(38) Art. 304.2 del ritual fuegino.

(39) HERNANDEZ, Manuel O., Revisión de la cosa juzgada, LL 2006-D, 1394; nuevamente preferimos la formulación del ritual fuegino (art. 305.2) que prevé la suspensión del término absoluto desde el momento en que se promueve el proceso para acreditar el motivo de revisión.

(40) QUADRI, Gabriel H., Los recursos, cit., p. 285.

interponer su recurso, debe haber aportado copia de una sentencia judicial, firme, que acredite la convergencia de algún vicio de la trascendencia y gravedad de los ya enunciados.

Creemos que, en tal contexto, el criterio debió haber sido el inverso (y sabemos que con esta opinión vamos a contramano de mucha doctrina).

Repárese que no nos hallamos aquí ante una acción autónoma, donde sí podría aparecer justificado, por regla, el efecto no suspensivo porque para concluir la existencia del vicio sería necesario transitar todo el proceso; aquí, al contrario, *ya existe una sentencia firme*, que el recurrente debió haber aportado al momento de interponer su recurso y, en tal contexto, permitir que —por regla— siga ejecutándose un fallo sobrevalorado por semejante vicio no parece demasiado razonable, déficit que —por cierto— podría subsanarse hermenéuticamente al momento de tener que juzgarse la petición del recurrente prevista por la norma, mediante la utilización de un criterio mas bien proclive a la suspensión.

VIII. La decisión de la Cámara de Casación

Aparece regulada en el nuevo art. 300 del CPCCN: “Al pronunciarse sobre el recurso, la Cámara de Casación interviniente podrá anular la sentencia recurrida, remitiendo a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o pronunciando directamente la sentencia definitiva”.

En realidad, la faena cognoscitiva de la Cámara de Casación competente, en el ámbito de este recurso, no es demasiado compleja: comprobada la existencia de cohecho, prevaricato, violencia o maquinación fraudulenta declarados en pronunciamiento firme y vinculados estos vicios causalmente con la sentencia dictada (aquí es donde debe afinarse el análisis de la relación causa-efecto), se debería —sin más— anular la decisión de Cámara recurrida (*ius rescindens*), lo que incluso podría conllevar la anulación de alguna otra que hubiera sido su consecuencia.

Volvamos a la anulación: ¿qué hacer después?

Allí viene el *rescissorium*.

El progreso del recurso de revisión solo posibilitaría la anulación de la sentencia recurrida (art. 300 CPCCN), es decir la de Cámara.

Luego la Cámara de Casación tendría, en el marco del artículo, dos posibilidades: ejercer competencia positiva y dictar directamente la sentencia definitiva (esto implica, como habría anulado la de Cámara, pronunciarse sobre el recurso interpuesto contra la decisión de primera instancia) o remitir a nuevo juicio.

En realidad pensamos que ello (remitir a nuevo juicio) implicaría mandar a sustanciar y tramitar nuevamente la apelación contra la sentencia de primera instancia, si así correspondiera; es lo único que, a nuestro juicio, podría hacerse por cuanto la norma solo prevé la anulación de la sentencia recurrida y no de su eventual antecesora (la de primera instancia).

La remisión a nuevo juicio procedería, por ejemplo, en el caso en que los vicios enunciados por el art. 297 se dieran respecto de lo actuado en la instancia originaria; aquí, la aparición de las nuevas circunstancias (que hubieran hecho prosperar el recurso de revisión) ameritaría, por cierto, también nuevas fundamentaciones recursivas que las contemplen, para posibilitar una correcta actuación de la segunda instancia respecto del fallo dictado en la instancia primigenia que ahora deberá ser revisado —otra vez— por la Cámara (debidamente integrada, por cierto —cfe. art. 17 inc. 7 CPCCN—), pero teniendo en cuenta las circunstancias novedosas.

O también si hubiera mediado violencia o maquinación fraudulenta inserta en el marco de la tramitación del primigenio recurso de apelación (aquí, viciados tales actos, se justifica renovar el trámite).

Cerramos advirtiendo que no encontramos dentro de la regulación legal en comentario disposición alguna relativa a la imposición de costas si este recurso llegare a progresar (41), por lo que deberían aplicarse las reglas genéricas tocantes a cada tipo de proceso, aunque ajustándolas a esta singular modalidad recursiva.

IX. A modo de conclusión

Hemos intentado una aproximación preliminar a la reforma operada por la ley 26.853, en lo que hace al recurso de revisión.

Su incorporación al ordenamiento procesal nacional es, indudablemente, trascendente y encomiable, mas allá de algunas imperfecciones que creímos detectar.

Habrà —luego— que analizar su funcionamiento una vez que se lo ponga en práctica, especialmente el modo en que se lo utilice y aguardar que la recta interpretación jurisdiccional, nuevos estudios mas profundos o —por qué no— algún retoque legislativo, acomoden y despejen los interrogantes procedimentales que, quizás aventuradamente y con menor meditación a la necesaria para sentar postura, nos hemos atrevido a plantear. ♦

(41) Puede verse, al respecto, el art. 312 del ritual fueguino, con una regulación detallada y precisa del problema.

ALGUNOS ALCANCES DE LA CASACIÓN SEGÚN LA LEY 26.853

POR TORIBIO E. SOSA

Sumario: 1. La ley 26.853. — 2. Una casación de derecho común restringida a la Capital Federal. — 3. Causales del recurso de casación: no sólo cuestiones de derecho común. — 4. Resoluciones recurribles, trámite y efectos del recurso de casación. — 5. Los restantes recursos, además del de casación. — 6. Las sentencias de las cámaras de casación, ¿son recurribles ante la Corte Suprema de la Nación?. — 7. El salto de instancia. — 8. Las Cámaras Federales de Apelación del interior del país: en materia de derecho común, sin casación ni plenarios.

1. La ley 26.853

La ley 26.853 contempla expresamente tres aspectos fundamentales:

a) la creación de tres cámaras de casación con distinta competencia (en lo contencioso administrativo federal, en materia de trabajo y seguridad social, y en lo civil y comercial), con asiento en la Capital Federal;

b) la regulación de los recursos de casación, de inconstitucionalidad y de revisión, contra ciertas resoluciones de algunas cámaras de apelación federales y nacionales con asiento —casi todas ellas (1)— en la Capital Federal;

c) la supresión de los fallos plenarios en las cámaras federales y nacionales de apelación.

Los cuadros siguientes señalan las decisiones de qué cámaras de apelación permiten acceder a qué cámara de casación a través de los recursos referidos en b-:

(1) También contra ciertas resoluciones de las cámaras federales de apelación del interior del país, pero sólo en causas contencioso-administrativas federales (art. 2, ley 26.853).

Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial	Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial
--	---

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social	Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social
--	---

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Cámaras Federales de Apelación del país, en causas contencioso-administrativas federales	Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal
---	---

2. Una casación de derecho común restringida a la Capital Federal

Si bien se miran las columnas de la izquierda en los cuadros de más arriba, en materia de derecho común todos los tribunales son nacionales de la Capital Federal, según el 32 del d-ley 1285/58 texto según art. 14 de la ley 26.853 (2).

Entonces, los cuadros precedentes, vistos a la luz del art. 32 del d-ley 1285/58, permiten concluir que la ley 26.853, en materia de derecho común (art. 75.12 Const. Nacional), sólo organiza una casación restringida a las decisiones de las cámaras de apelación federales y nacionales de la Capital Federal, es decir, en materia de derecho común quedan fuera las decisiones de las cámaras federales de apelación con asiento en el interior del país y las de los superiores tribunales de provincia.

Dicho de otro modo, en materia de derecho común, las cámaras de casación creadas por la ley 26.853 no son competentes para resolver sobre el recurso de casación del art. 289 CPCC Nación (texto según art. 11 de la ley 26.853), cuando se trata de resoluciones de cámaras federales de apelación con asiento en el interior del país y de superiores tribunales de provincia: contra las decisiones de estos tribunales, ese recurso no es admisible.

Así que, en materia de derecho común, la casación de la ley 26.853 no es una casación de alcance nacional, sino ceñida a la Capital Federal: aunque está a cargo de órganos nacionales (las nuevas cámaras de casación), está restringida en su esfera territorial sólo a la Capital Federal.

Ese alcance marca una diferencia notoria con el anterior intento de casación nacional en materia de derecho común: la reforma de la Constitución Nacional del año 1949. En efecto, ella estableció en su art. 95: *a) párrafo 2°: "La Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inc. 11 del artículo 68"; b) último párrafo: "Una ley determinará el procedimiento para los recursos extraordinario y de casación".* La ley reglamentaria no se dictó y nunca funcionó esa casación común.

(2) Hay que tener presente que en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires actualmente coexisten tres tipos de órgano judiciales: a) los nacionales con competencia federal (art. 32 cit.); b) los nacionales con competencia en derecho común (art. 32 cit.). c) los de la Ciudad Autónoma, que tienen competencia limitada, pudiendo intervenir en materia contencioso administrativa y tributaria, contravencional (Ley 1472), de faltas (Ley 451), y en los delitos que han sido transferidos a la órbita de la ciudad. Ver http://www.buenosaires.gov.ar/areas/seguridad_justicia/justicia_trabajo/fiscalias.php

Así, la ley 26.853 vino a instaurar una casación de derecho común allí donde no la había (en el ámbito de la Capital Federal), pero la dejó como estaba en el resto del país: totalmente desperdigada donde la hubiere (v.gr. en la provincia de Buenos Aires es competencia de la Suprema Corte, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, arts. 161.3.a Const. Pcia. Bs.As. y arts. 278 a 295 CPCC; o en la de La Pampa, está a cargo del Superior Tribunal, a través del recurso extraordinario, arts. 97.3 Constitución Pcia. La Pampa, art. 38.c.1 ley 2574 y arts. 261 a 276 CPCC).

Si el objetivo de una casación nacional en materia de derecho común es uniformar su recta interpretación, para que los jueces de todo el país ante iguales circunstancias entiendan su significado de modo semejante en honor al principio de igualdad ante la ley (3), la ley 26.853 dista de acercarse a ese objetivo, pues se ciñe al espacio territorial de la Capital Federal: en materia de derecho común las cámaras de casación creadas por la ley 26.853 no tienen competencia para sanear y uniformar la interpretación realizada por las cámaras federales de apelación con asiento en el interior del país y por los superiores tribunales de provincia.

3. Causales del recurso de casación: no sólo cuestiones de derecho común

Según el art. 289 CPCC Nación (texto según art. 11 de la ley 26.853), el recurso de casación podrá ser fundado en alguna de las siguientes causales:

1. *Inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva.*

2. *Inobservancia de las formas procesales esenciales.*

(3) Hay una dificultad para consagrar una casación verdaderamente nacional en materia de derecho común: el propio art. 75.12 de la Constitución Nacional. El derecho común es único para todo el país, pero su aplicación corresponde a los jueces federales o locales según que las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones. Así, puede haber tantos "derechos comunes" como diversas interpretaciones se hagan del derecho común en diferentes jurisdicciones. Para superar ese escollo, en 1936, en la 4ª Conferencia Nacional de Abogados realizada en Tucumán, Lafaille y Alsina sostuvieron que ese precepto constitucional —por entonces era el 67.11— se limita a la aplicación, sin incluir la interpretación, de modo que ésta podía ser atribuida a un órgano nacional encumbrado —v.gr. la Corte Suprema— sin infringir ese precepto constitucional y, desde luego, sin necesidad de reformarlo (ver IBÁÑEZ FROCHAN, Manuel "Tratado de los recursos en el proceso civil", Ed. Bibliográfica Argentina, Bs.As., 1957, pág. 377 y sgtes.).

3. *Unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes.*

4. Arbitrariedad.

Pueden ser reagrupadas en tres segmentos:

a) *causales relativas a la interpretación y aplicación de ley sustantiva (incisos 1, 3 y 4);*

b) *causal referida a las formas procesales (incisos 2 y 4);*

c) *causal referida a cuestiones de hecho y prueba (inciso 4).*

3.1. *Causales relativas a la interpretación y aplicación de ley sustantiva (incisos 1, 3 y 4).*

Por la materia, cada una de las tres cámaras de casación creadas por la ley 26.853 tiene su propia competencia, sea de derecho nacional común (trabajo y seguridad social, art. 3 ley 26.853; civil y comercial, art. 4 ley 26.853), o no sea de derecho nacional común (contencioso administrativo, art. 2 ley 26.853).

Sea de la materia que fuera la ley sustantiva que a cada fuero corresponda interpretar y aplicar, lo cierto es que, atenta la falibilidad humana de los jueces, esa ley pueda ser violada o falsamente interpretada o aplicada.

Hay “inobservancia” de la ley cuando media desconocimiento de una norma jurídica, sea en su existencia, su validez o su vigencia; hay “errónea” interpretación de la ley cuando a una norma jurídica se le da un sentido o significado que no tiene o no se le da un significado o sentido que sí tiene; hay “errónea” aplicación de la ley cuando los hechos comprobados del proceso son subsumidos en una norma jurídica que no corresponde o no son subsumidos en la norma jurídica que corresponde.

La inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley (art. 289.1 ley 26.853) debe ser distinguida de la “unificación” de la interpretación y aplicación de la ley (art. 289.3 ley 26.853): puede ser que una misma norma jurídica haya sido interpretada y aplicada de una manera “correcta” en más de un caso análogo, pero, para garantizar la igualdad ante la ley, corresponde adoptar sólo una de esas maneras posibles en todos los casos, máxime si ya el tribunal casatorio se ha inclinado por ella con anterioridad; puede ser, en suma, que en más de un caso semejante concurren resoluciones que encarnan doctrinas diferentes no necesariamente incorrectas —es decir, que no necesariamente importan inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley—, lo que, por igualdad ante la ley, conduce a optar por

una de esas doctrina para todos los casos, máxime si ya ha sido adoptada antes en algún caso por el órgano de casación.

Por fin, sabido es que, en conocida fórmula acuñada por la Corte Suprema de la Nación, una sentencia es arbitraria cuando no es derivación razonada del derecho vigente de acuerdo a las circunstancias comprobadas en la causa. Y bien, algunos supuestos encuadrables dentro de la doctrina de la arbitrariedad pueden calificar como “inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva”, como ser cuando se trata de sentencias dictadas por jueces que se arrogaron potestades legislativas (4), o prescindieron del texto legal sin dar razón plausible (5) o aplicaron preceptos derogados o no vigentes (6) o dan como fundamento pautas de excesiva latitud (7) o que pretenden dejar sin efecto decisiones firmes (8).

3.2. *Inobservancia de las formas procesales esenciales.*

La inobservancia de las formas procesales esenciales no está referida sólo a los errores *in procedendo* contenidos en la sentencia recurrida (a diferencia, v.gr. del recurso extraordinario de nulidad vigente en la provincia de Buenos Aires, art. 161.3.b Const. Pcia.Bs.As. y arts. 296 a 298 CPCC Bs.As.), como ser la incongruencia decisoria.

La inobservancia de las formas procesales esenciales concierne también a los errores *in procedendo* cometidos a lo largo de todo el proceso, es decir, se examina no sólo la sentencia sino el proceso mismo.

Pero, por otro lado, tampoco ha de tratarse de cualesquiera errores *in procedendo* cometidos durante el proceso, sino de aquéllos que importen la inobservancia:

a) de las normas que instituyen presupuestos procesales para el establecimiento de una relación jurídica procesal válida (v.gr. incompetencia del órgano judicial, falta personería de las partes, etc.);

b) de las reglas del debido proceso (v.gr. falta de emplazamiento adecuado en 1ª o 2ª instancia, falta de recibimiento a prueba, falta de excusación de un juez que debió haberse apartado del caso, falta de un doble conforme, sentencia arbitraria, etc.): el proce-

(4) Fallos: 234:310; 326:2347.

(5) Fallos: 261:223; 303:1650; 316:3219.

(6) Fallos: 247:291; 304:400; 306:718.

(7) Fallos: 308:941; 319:2507.

(8) Fallos: 184:137; 238:279.

so, en cierto punto, deja de ser el proceso legítimo que debe el Estado a los justiciables.

Conviene recalcarlo: dado que la noción de debido proceso contiene, entre otros aspectos, el derecho a obtener una sentencia que no sea arbitraria, el inciso 4 podría considerarse ya, en general, virtualmente incluido dentro del inciso 2 del art. 289 CPCC Nación. En todo caso, ciertos errores de forma contenidos en la sentencia, enmarcables entre los supuestos de arbitrariedad decisoria, pueden ser particular y específicamente incluidos aquí, como las supuestos de sentencias que omiten ponderar y resolver cuestiones debidamente propuestas y conducentes a la decisión (9) o que resuelven cuestiones no planteadas (10) o que incurrir en un excesivo rigorismo formal (11).

Esta causal permite, entonces, el abordaje de cuestiones procesales relevantes, con basamento tanto en la Constitución Nacional (v.gr. arts. 17 y 18), en los tratados internacionales sobre derechos humanos del art. 75.22 de la Constitución Nacional (v.gr. arts. 8 y 25 del “Pacto de San José de Costa Rica), como en las leyes reglamentarias (v.gr. el CPCC Nación).

En definitiva, la “inobservancia de las formas procesales esenciales” es la inobservancia de las normas convencionales, constitucionales y procedimentales que pueden comprometer la validez del proceso, a partir de cierto y determinado momento en que se produzca esa inobservancia.

3.3. Causal referida a cuestiones de hecho y prueba (inciso 4).

La doctrina de la arbitrariedad de la sentencia —en alguna medida ya encuadrable, como hemos visto, incluso en los incisos 1 y 2 del art. 289 CPCC Nación— abre camino a la introducción de cuestiones de hecho y prueba en el ámbito del recurso de casación diseñado por la ley 26.853, contra la que puede ser apreciada como una concepción ortodoxa según la cual el órgano de casación no es tribunal de hechos.

Es que se ha considerado que es arbitraria la sentencia que prescinde de prueba decisiva (12) o invoca prueba inexistente (13) o por contradecir constancias

de autos (14) o por realizar afirmaciones dogmáticas que solo constituyen un fundamento aparente (15) o por resultar autocontradictoria (16).

En la medida que la sentencia de segunda instancia incurra en una de esas deficiencias al abordar el material fáctico o probatorio del proceso, o asimilables, quedará expedito el recurso de casación del art. 289 CPCC Nación (texto según art. 11 ley 26.853).

4. Resoluciones recurribles, trámite y efectos del recurso de casación

4.1. Resoluciones recurribles.

No sólo lo son las sentencias definitivas —las que coronan el proceso luego de su natural y total sustanciación—, sino aquéllas resoluciones fundadas que, antes de la natural y total sustanciación del proceso, le ponen fin o impiden su continuación —v.gr. las que hacen lugar a alguna excepción perentoria, las que declaren formalmente inadmisibles las pretensiones contencioso administrativa—.

Pero también, sin ser sentencias definitivas ni equiparables, merecen un trato preferencial y son consideradas susceptibles del recurso de casación las resoluciones que hacen lugar a alguna medida cautelar frente a la autoridad (como ser la suspensión de los efectos de un acto estatal), continuando así la misma línea que la ley 26.790 en tanto habilita el recurso extraordinario por salto de instancia ante la Corte Suprema contra las resoluciones en materia cautelar (art. 257 bis CPCC Nación).

4.2. Trámite.

Los artículos 290 a 293 del CPCC Nación (texto según art. 11 de la ley 26.853) regulan el trámite del recurso de casación.

Se trata de preceptos claros y bastante minuciosos, respecto de los cuales poco más cabe que su análisis exegético, al que se remite.

4.3. Efectos.

Si la cámara de casación juzgare que no existe en la resolución judicial el vicio que se le imputa, desestimaré el recurso con costas al recurrente.

Si, en cambio, la cámara de casación juzgare que sí existe el vicio acusado, estimará el recurso con costas al recurrido, y:

(9) Fallos: 279:23; 308:112, 640; 311:948; 322:300.

(10) Fallos: 249:641; 276:111, 290:204; 301:104 y 315:2217.

(11) Fallos: 238:550, 319:2300; 322:179; 324:3612; 325:2751.

(12) Fallos: 250:36; 285:55; 289:400; 290:252; 292:524; 307:724; 319:2298; 326:3573.

(13) Fallos: 310:1589.

(14) Fallos: 260:111; 316:2447322:437.

(15) Fallos: 296:63; 301:268; 303:874; 279: 355; 311:609; 316:2368 y 2004; 326:3050.

(16) Fallos: 316:2718; 319:2211.

a) tratándose de los incisos 1, 3 y 4 del art. 289 CPCC Nación, resolverá el caso conforme la doctrina aplicable (jurisdicción positiva);

b) tratándose del inciso 2 de ese artículo, anulará lo actuado y reenviará el caso al tribunal que corresponda para su sustanciación o para el dictado de nuevo pronunciamiento, según que el motivo de nulidad haya operado en el proceso antes o en la resolución casada (jurisdicción negativa) (17).

5. Los restantes recursos, además del de casación

Las cámaras de casación creadas en el art. 1° de ley 26.853 son competentes, además, para conocer de los recursos de inconstitucionalidad y de revisión, trata- dos respectivamente en los arts. 295/296 y 297/301 CPCC Nación texto según art. 11 de la ley 26.853.

No nos detendremos ahora en su análisis porme- norizado.

Sólo apuntaremos aquí dos observaciones muy superficiales:

a) que las causales del recurso de inconstitucionali- dad del art. 295 CPCC Nación parecen a primera vista una versión alternativa, pero no mejor expresada, de las causales consagradas por el art. 14 de la ley 48;

b) que la revisión contra sentencia firme no es un recurso, sino una acción, que no se ve por qué sólo tuviera que corresponder contra las decisiones —firmes, repito— de ciertas cámaras de apelación nacionales y federales (v.gr. pudiera haber quedado firme una sentencia de primera instancia o luego de haber superado más instancias que la de apelación, y de todos modos pudo haber sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta).

6. Las sentencias de las cámaras de casación, ¿son recurribles ante la Corte Suprema de la Nación?

Cuando la Corte Suprema de la Nación decide controversias sin que medie la intervención anterior de ningún otro órgano judicial, se dice que ejerce “competencia originaria y exclusiva”. La competen- cia originaria y exclusiva está prevista en el art. 117 in fine de la Constitución Nacional, en razón de las personas que intervienen en el pleito: “..en todos

(17) No obstante, si el vicio *in procedendo* se alojase en la sentencia definitiva y si el proceso hubiera llegado a la cámara de casación en condiciones de ser resuelto en su fondo, bien podría resolver sin reenvío, tal como se lo establece para la acción de revisión en el art. 300 CPCC Nación texto según ley 26.853.

los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna Provincia fuese parte...” (art. 1 ley 48; art. 7.1 ley 27).

Cuando la Corte Suprema de la Nación decide controversias que ya han sido resueltas por tribu- nales inferiores, se dice que ejerce su “competencia apelada”. La Corte Suprema “ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso” (art. 117 1ª parte Const.Nac.) y, actualmente, para acceder a esa “competencia ape- lada”, la *legislación vigente* prevé dos recursos, cuyos trámites están reglados en el CPCC Nación:

a) el recurso ordinario de apelación, creado al implementarse las primeras cámaras federales de apelación (ley 4055, en el año 1902), contra las sentencias definitivas de esas cámaras en las causas previstas en el art. 24.6 del d-ley 1285/58, que afectan intereses patrimoniales de la Nación o pueden incidir en las relaciones internacionales (18).

b) el recurso extraordinario federal, contra las sentencias definitivas pronunciadas por *las Cámaras Federales de Apelación, por las Cámaras de Apelaciones de la Capital Federal y por los Tribunales Superiores de Provincia*, en razón de los motivos del art. 14 de la ley 48 (art. 24.2 d-ley 1285/58, art. 6 ley 4055; art. 90 ley 1893 (19)).

La ley 26.853 *tácitamente* abroga el recurso ex- traordinario federal contra las resoluciones de las Cámaras Nacionales y Federales de Apelaciones de la Capital Federal y de las Cámaras Federales de Apelación del interior del país —esta últimas, sólo en causas contencioso administrativas—, respecto de las cuales instituye los recursos de casación y de in- constitucionalidad: el recurso extraordinario federal —por un lado— y —por otro lado— los dos recursos mencionados de la ley 26.853 —casación e inconstitucionalidad—, corresponden a la competencia

(18) D-ley 1285/58, artículo 24. —“La Corte Suprema de Justicia conocerá: ...6°) Por apelación ordinaria de las sentencias definitivas de las cámaras nacionales de apelaciones, en los siguientes casos: a) Causas en que la Nación, directa o indirectamente, sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios sea superior a doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000); b) Extradición de criminales reclamados por países extranjeros; c) Causas a que dieron lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra, sobre salvamento militar y sobre nacionalidad del buque, legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles. ...

(19) TRIBIÑO, Carlos R. “Acerca de la interrelación entre los recursos ordinario y extraordinario ante la Corte Suprema”, en rev. La Ley del 7/9/2004. MORELLO, Augusto M. y ROSALES CUELLO, Ramiro “La competencia de la Corte Suprema: presente y futuro”, en rev. La Ley del 6/9/2005.

de dos órganos diferentes —la Corte Suprema y las cámaras de casación, respectivamente—, no pueden haber al mismo tiempo contra la misma decisión (20), debiendo prevalecer los establecidos por la ley posterior (la 26.853 vs. las leyes 48, 1893 y 4055).

Pero la ley 26.853 no prevé expresamente ningún tránsito entre las cámara de casación que crea y la Corte Suprema de la Nación, o sea, no contempla expresamente ningún recurso que sea competencia de la Corte Suprema de la Nación, contra las sentencias de las cámaras de casación.

Entonces, aparentemente, sin ley del Congreso (art. 117 1ª parte Const.Nac.), no es competente la Corte Suprema de la Nación para ejercer ninguna clase de jurisdicción apelada con relación a esas sentencias de las cámaras de casación; en particular, no está previsto por la ley el recurso extraordinario federal contra las sentencias de las cámaras de casación creadas por la ley 26.853.

Ese “detalle” fue puesto de resalto por el senador Morales en el debate parlamentario (21).

Por raro que parezca, esa es la única inteligencia coherente con la explicitada *mens legis*, cual es descongestionar el caudal de causas que atosiga a la Corte Suprema: la idea debe ser que las que llegan a las cámaras de casación no hagan escala allí para seguir viaje luego hacia la Corte Suprema, sino que lleguen hasta allí y allí se detengan (22).

(20) En tal caso, la misma observación cabría respecto del recurso ordinario de apelación ante la Corte...

(21) Dijo textualmente “... El proyecto no regula ninguna vía de impugnación sobre las decisiones de las cámaras de casación, ni siquiera el recurso de aclaratoria tendiente a la corrección de los menores errores materiales o de cálculo. Por lo tanto, todavía no sabemos si la intención es que las cámaras de casación actúen como una tercera instancia o una verdadera instancia de Casación que no surge del texto de la iniciativa...” Ver versión taquigráfica de la sesión especial del 17/4/2013, en <http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php>

(22) Dijo el senador Guastavino, en el debate parlamentario: “... Cuando tuvimos la reunión en el plenario de comisiones con el ministro Alak y con el secretario de Justicia, se comentó un ejemplo muy claro: mientras la Corte de los Estados Unidos trata alrededor de 80 u 85 casos por año, nuestra Corte Suprema trata más de 9.000. Sin lugar a dudas, esto genera una situación complicada. Obviamente, nosotros no queremos quitar preponderancia a la Corte Suprema. Muy por el contrario, entendemos que la Corte debe intervenir en las cosas importantes, trascendentes, de constitucionalidad. Por eso, también propusimos y tratamos el per saltum para ir directo a la Corte. Así que no nos pueden decir que le queremos quitar poder a la Corte con la creación de las cámaras...” “... Como dije al principio, esto también va a quitar el tratamiento de un montón de

Si ello fuera así —es decir, si las causas llegaran a las cámaras de casación y no pudieran seguir con rumbo a la Corte Suprema—, nomás en virtud de la causal del art. 289.4 del CPCC Nación (arbitrariedad), el recurso de casación contribuiría a la reducción de la cantidad de fallos emitidos por la Corte Suprema como consecuencia de recursos extraordinarios, que, según estadísticas, se refieren a la doctrina de la arbitrariedad en más de un 50% del total de los fallos emitidos (23). Por supuesto, que el recurso de inconstitucionalidad del art. 295 del CPCC Nación, atenta su similitud con el art. 14 de la ley 48, haría que drenen a las cámaras de casación las causas que antes llegaban a la Corte Suprema provenientes de las cámaras federales del interior del país en causas contencioso administrativas y de las cámaras de apelación federales y nacionales de la Capital Federal.

Pero si no fuera tal como parece ser, no se lograría descongestionar a la Corte Suprema, sino que nada más se agregaría una instancia extra, para que, como antes pero luego de un paso más, todo pudiera volver a llegar a la Corte Suprema, sólo que con flaco favor al debido proceso que incluye la finalización de las causas dentro de un plazo razonable: cuanto más instancias, más chance de que el plazo global del proceso deje de ser razonable.

7. El salto de instancia

Ni el recurso de casación ni el de inconstitucionalidad establecidos por la ley 26.853 han sido establecidos en clave de salto de instancia, de modo que, para llegar hasta las cámaras de casación, pudiera sortearse el recurso de apelación contra las decisiones de los juzgados federales y nacionales respecto de los cuales son órganos de alzada la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y las Cámaras Federales de Apelación del interior del país en causas contencioso-administrativas federales.

Por lo tanto, el único que tolera el salto de instancia es el recurso extraordinario federal (ley 26.790).

causas que recaen en el Máximo Tribunal...” Ver versión taquigráfica de la sesión especial del 17/4/2013, en <http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php>

(23) Ver MANILL, Pablo “Cien años de arbitrariedad. Desafíos de una doctrina centenaria de la Corte Suprema”, en rev. La Ley del 2/122/2009, nota 9.

Pero si la ley 26.853 tácitamente ha abrogado el recurso extraordinario federal contra ciertas resoluciones de las Cámaras Nacionales y Federales de Apelaciones de la Capital Federal y de las Cámaras Federales de Apelación del interior del país —estas últimas, sólo en causas contencioso administrativas—, respecto de las cuales instituye los recursos de casación y de inconstitucionalidad (ver *supra* 6-), tampoco puede proceder al recurso extraordinario en su versión por salto de instancia contras las decisiones de los juzgados federales y nacionales con relación a los cuales son órganos de alzada esas cámaras.

Vale decir que si los recursos de casación e inconstitucionalidad instaurados por la ley 26.853 desplazan al recurso extraordinario federal, lo han de desplazar en todas sus versiones (con y sin salto de instancia).

8. Las Cámaras Federales de Apelación del interior del país: en materia de derecho común, sin casación ni plenarios

Hemos dicho que, en materia de derecho común, la ley 26.853 no establece un recurso de casación contra las resoluciones de las cámaras federales de apelación del interior del país (24).

(24) De hecho, contra las resoluciones de las cámaras federales de apelación del interior del país, sólo es admisible

Además, al dejarse sin efecto los artículos 288 al 303 del CPCC Nación, ninguna cámara nacional o federal de apelación podrá gestar fallos plenarios.

Ergo, en materia de derecho común, las cámaras federales del interior del país han quedado huérfanas de cualquier mecanismo tendiente a unificar la jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias.

No obstante, en las cámaras federales de apelación del interior del país que tienen una sola sala (Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes y Cámara Federal de Apelaciones de Posadas) carece de repercusión la derogación de la posibilidad de fallos plenarios dado que ya carecían de ella, pero no así en las que tienen más de una sala, como la de Mendoza (creada por ley 12.217, el 26/09/1935), la de La Plata (ley 4055, el 15/02/1902), la de San Martín (ley 21.161, el 07/11/1975), la de Córdoba (ley 4055, cit.) y la de Rosario (ley 7099, el 27/09/1910) puestas éstas sí pierden esa posibilidad que antes tenían. ♦

la casación en causas contencioso-administrativas federales (art. 2, ley 26.853).

■ Legislación

LEY 26.853

Poder Judicial Nacional. Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal. Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social. Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial. Creación. Competencia. Integración. Sustitución de los arts. 288 al 301 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Derogación de los arts. 302 y 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sustitución de los arts. 21 y 32 del dec.- ley 1285/58.

Sanción: 24/04/2013

Promulgación: 09/05/2013

Publicación: B.O. 17/05/2013

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

ARTICULO 1° — Créanse la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal, la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social y la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial, todas ellas con sede en la Capital Federal, las que se regirán conforme la organización y competencias que se establecen en la presente ley.

ARTICULO 2° — La Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal conocerá los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión interpuestos contra las sentencias dictadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y por las demás Cámaras Federales de Apelación del país en causas contencioso-administrativas federales.

ARTICULO 3° — La Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social conocerá los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión interpuestos contra las sentencias dictadas por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social.

ARTICULO 4° — La Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial conocerá los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión interpues-

tos contra las sentencias dictadas por las Cámaras Federales y la Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

ARTICULO 5° — Las Cámaras creadas por esta ley se integran con siete (7) miembros y funcionarán divididas en dos (2) Salas de tres (3) miembros. La presidencia del tribunal será ejercida por el miembro restante.

Las Salas de la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social distribuirán sus funciones según la materia concierna al derecho del trabajo o al de la Seguridad Social.

ARTICULO 6° — Créanse, en cada una de las Cámaras de Casación instituidas por esta ley, siete (7) cargos de Juez de Cámara de Casación, un (1) cargo de Secretario General, dos (2) cargos de Secretario de Cámara, cuatro (4) cargos de Prosecretario de Cámara y los cargos del personal administrativo y de servicios que se detallan en el Anexo I de la presente.

ARTICULO 7° — Los miembros de las Cámaras creadas por la presente ley serán designados de conformidad a lo prescripto en la normativa vigente en la materia.

En los casos en que resulte necesario, se podrán establecer procedimientos abreviados para la designación

de los jueces a los efectos de otorgar mayor celeridad al trámite de las causas.

Hasta tanto las Cámaras de Casación creadas por el artículo 1° de la presente ley sean compuestas conforme el presente artículo, se integrarán por jueces subrogantes o conjueces para iniciar su funcionamiento.

ARTICULO 8° — Los miembros de las Cámaras contempladas en esta ley designarán a su Presidente, el cual tendrá mandato por un período de dos (2) años.

ARTICULO 9° — Las decisiones de las Salas creadas por esta ley, se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran.

ARTICULO 10. — Créanse un (1) cargo de Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal, un (1) cargo de Fiscal General ante la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial, un (1) cargo de Fiscal General ante la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social, un (1) cargo de Defensor Público Oficial ante la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal, un (1) cargo de Defensor Público de Menores e Incapaces ante la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal, un (1) cargo de Defensor Público Oficial ante la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial, un (1) cargo de Defensor Público de Menores e Incapaces ante la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial, un (1) cargo de Defensor Público Oficial ante la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social, y un (1) cargo de Defensor Público de Menores e Incapaces ante la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social, y los demás cargos de personal y servicio que se detallan en el Anexo II de la presente.

A los efectos de aplicación de la ley 24.946, los magistrados del Ministerio Público que se desempeñen ante las Cámaras Federales de Casación se entenderán comprendidos en todas las disposiciones de la misma referidas a los representantes del Ministerio Público ante Tribunales Colegiados de Casación.

ARTICULO 11. — Sustitúyense los artículos 288 al 301 de la Sección 8ª, del Capítulo correspondiente al Título IV del Libro Primero del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por los siguientes:

SECCIÓN 8ª - RECURSOS DE CASACIÓN, DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DE REVISIÓN

Recurso de Casación.

Artículo 288: Las sentencias definitivas, o equiparables, dictadas por la Cámara de Apelación, serán susceptibles de recurso de casación.

El recurso de casación será admisible contra las resoluciones que decidan la suspensión de los efectos de actos estatales u otra medida cautelar frente a alguna autoridad pública y contra las decisiones que declaren formalmente inadmisibles a la pretensión contencioso-administrativa.

Artículo 289: El recurso de casación se podrá fundar en alguna de estas causales:

1. Inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva.
2. Inobservancia de las formas procesales esenciales.
3. Unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes.
4. Arbitrariedad.

Artículo 290: El recurso de casación se deberá interponer por escrito, fundado con arreglo a las causales previstas en el artículo anterior, ante el tribunal que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la notificación de la misma. El escrito indicará concretamente la causal en la que se funda el recurso. Se citarán las previsiones normativas que se consideran violadas, inaplicadas o erróneamente interpretadas y se expresará cuál es la aplicación o interpretación que se considera adecuada.

De la presentación en que se deduzca el recurso se dará traslado por diez (10) días a las partes interesadas, notificándolas personalmente o por cédula. Contestado el traslado, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal de la causa decidirá sobre la admisibilidad del recurso.

Si lo concediere, previa notificación personal o por cédula de su decisión, deberá remitir las actuaciones a la Cámara de Casación respectiva dentro del plazo de cinco (5) días contados desde la última notificación. Si el tribunal de la causa tuviera su asiento fuera de la Capital Federal, la remisión se efectuará por correo, a costa del recurrente.

La parte que no hubiera constituido domicilio en la Capital Federal quedará notificada de las providencias de la Cámara Federal de Casación de que se trate, por ministerio de la ley.

La concesión del recurso de casación suspende la ejecución de la sentencia.

Artículo 291: Recibido el expediente en la Cámara de Casación pertinente, previa vista al Ministerio Público por diez (10) días, se dictará la providencia de autos, que será notificada en el domicilio constituido por los interesados. Las demás providencias quedarán notificadas por ministerio de la ley, en la medida que la misma no requiera notificación por cédula conforme las previsiones de este Código.

Artículo 292: Si el tribunal denegare el recurso de casación, la parte que se considere agraviada podrá recurrir directamente en queja ante la Cámara de Casación pertinente, pidiendo que se le otorgue el recurso denegado y se ordene la remisión del expediente.

El trámite de la queja será el previsto en los artículos 282 y siguientes.

Artículo 293: Las sentencias de la Cámara de Casación se pronunciarán dentro de los ochenta (80) días, contados a partir del llamado de autos. Este plazo podrá reducirse a la mitad si la cuestión es objetivamente urgente. Vencido el término, las partes podrán solicitar pronto despacho y el tribunal deberá resolver dentro de los diez (10) días subsiguientes.

Artículo 294: Si la sentencia o resolución impugnada no hubiere observado la ley sustantiva o la hubiere aplicado o interpretado erróneamente o hubiere incurrido en arbitrariedad, el tribunal la casará y resolverá el caso con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación declare.

Si hubiera inobservancia de las formas procesales esenciales, la Cámara de Casación interviniente anulará lo actuado y remitirá las actuaciones al tribunal que corresponda para su sustanciación.

Recurso de Inconstitucionalidad.

Artículo 295: El recurso de inconstitucionalidad podrá interponerse contra las sentencias y resoluciones a las que hace referencia el artículo 288 en los siguientes casos:

1. Cuando se hubiere cuestionado la constitucionalidad de una ley o reglamento que estatuya sobre materia regida por la Constitución Nacional, y la sentencia, o la resolución que se le equipare, fuere contrario a las pretensiones del recurrente.

2. Cuando en el proceso se haya puesto en cuestión la interpretación de alguna cláusula de la Constitución Nacional y la decisión haya sido contraria a la validez del título, derecho, garantía o exención que sea materia del caso y que se funde en esa cláusula.

Artículo 296: El recurso de inconstitucionalidad se sustanciará con arreglo a lo previsto por los artículos 290, 291, 292 y 293.

Al pronunciarse sobre el recurso, la Cámara de Casación interviniente declarará, para el caso, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada y confirmará o revocará el pronunciamiento recurrido.

Recurso de Revisión.

Artículo 297: El recurso de revisión procederá contra las sentencias y resoluciones a las que hace referencia el artículo 288, cuando las mismas hubiesen quedado firmes, si la sentencia hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta cuya existencia se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable.

Artículo 298: El recurso de revisión se deberá interponer por escrito, fundado con arreglo a las causales previstas en el artículo 297, ante la Cámara de Casación correspondiente, dentro del plazo de treinta (30) días contados desde el momento en que se tuvo conocimiento del hecho o desde que se conoció el fallo posterior irrevocable.

En ningún caso se admitirá el recurso pasados tres (3) años desde la fecha de la sentencia definitiva.

En los casos previstos en el artículo 297 deberá acompañarse copia de la sentencia pertinente.

Artículo 299: La admisión del recurso de revisión no tiene efecto suspensivo, no obstante ello, a petición del recurrente, y en consideración a las circunstancias del caso, la Cámara de Casación interviniente podrá ordenar la suspensión de la ejecución, previa caución, que a juicio del tribunal sea suficiente para responder por las costas y por los daños y perjuicios que pudieren causarse al ejecutante si el recurso fuere rechazado. Del ofrecimiento de caución se correrá vista a la contraparte.

Artículo 300: Al pronunciarse sobre el recurso, la Cámara de Casación interviniente podrá anular la sentencia recurrida, remitiendo a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o pronunciando directamente la sentencia definitiva.

Artículo 301: El recurso de revisión se sustanciará con arreglo a lo establecido por los artículos 290, 291 y 293, en todo aquello que no se contraponga con lo normado en los artículos 298, 299 y 300.

ARTICULO 12. — Deróganse los artículos 302 y 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

ARTICULO 13. — Sustitúyese el artículo 21 del decreto ley 1285/58 y sus modificatorias, por el siguiente:

Artículo 21: La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por cinco (5) jueces. Ante ella actuarán el Procurador General de la Nación y los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Defensor General de la Nación y los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos de la ley 24.946 y demás legislación complementaria.

ARTICULO 14. — Sustitúyese el artículo 32 del decreto ley 1285/58 y modificatorias, por el siguiente:

Artículo 32: Los tribunales nacionales de la Capital Federal estarán integrados por:

1. Cámara Federal de Casación Penal.
2. Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal.
3. Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y de la Seguridad Social.
4. Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial.
5. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.
6. Cámaras Nacionales de Apelaciones de la Capital Federal:

- a) En lo Civil y Comercial Federal;
- b) En lo Contencioso Administrativo Federal;
- c) En lo Criminal y Correccional Federal;
- d) En lo Civil;
- e) En lo Comercial;
- f) Del Trabajo;
- g) En lo Criminal y Correccional;
- h) Federal de la Seguridad Social;
- i) Electoral;
- j) En lo Penal Económico.

7. Tribunales Orales:

- a) En lo Criminal;

- b) En lo Penal Económico;

- c) De Menores;

- d) En lo Criminal Federal.

8. Jueces Nacionales de Primera Instancia:

- a) En lo Civil y Comercial Federal;

- b) En lo Contencioso Administrativo Federal;

- c) En lo Criminal y Correccional Federal;

- d) En lo Civil;

- e) En lo Comercial;

- f) En lo Criminal de Instrucción;

- g) En lo Correccional;

- h) De Menores;

- i) En lo Penal Económico;

- j) Del Trabajo;

- k) De Ejecución Penal;

- l) En lo Penal de Rogatoria;

- m) Juzgados Federales de Primera Instancia de la Seguridad Social;

- n) Juzgados Federales de Primera Instancia de Ejecuciones Fiscales Tributarias;

- o) En lo Penal Tributario.

ARTICULO 15. — La presente ley entrará en vigor a partir de su publicación. Una vez constituidas las Cámaras y Salas creadas por la presente, será de aplicación a todos los juicios, aun a los que se encuentren en trámite.

ARTICULO 16. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

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

— REGISTRADO BAJO EL N°26.853 —

AMADO BOUDOU. — JULIAN A. DOMINGUEZ. — Gervasio Bozzano. — Juan H. Estrada.

ANEXO I

I. Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal

PERSONAL ADMINISTRATIVO	
Prosecretario Administrativo	4
Oficial Superior	4
Auxiliar Superior (Relator)	9
Auxiliar Superior de 6a.	4
Auxiliar Principal de 5a.	4
PERSONAL DE SERVICIO	
Auxiliar Principal de 7a.	7
TOTAL	32

II. Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social

PERSONAL ADMINISTRATIVO	
Prosecretario Administrativo	4
Oficial Superior	4
Auxiliar Superior (Relator)	9
Auxiliar Superior de 6a.	4
Auxiliar Principal de 5a.	4
PERSONAL DE SERVICIO	
Auxiliar Principal de 7a.	7
TOTAL	32

III. Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial

PERSONAL ADMINISTRATIVO	
Prosecretario Administrativo	4
Oficial Superior	4
Auxiliar Superior (Relator)	9
Auxiliar Superior de 6a.	4
Auxiliar Principal de 5a.	4
PERSONAL DE SERVICIO	
Auxiliar Principal de 7a.	7
TOTAL	32

ANEXO II

Defensoría Pública Oficial ante la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo Federal

PERSONAL TECNICO ADMINISTRATIVO	
Secretario de Cámara	2
Prosecretario Administrativo	2
Jefe de Despacho	2
Oficial	2
Escribiente	2

Auxiliar	2
PERSONAL DE SERVICIOS AUXILIARES	
Ayudante	1
TOTAL	13

Defensoría Pública de Menores e Incapaces ante la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo Federal

PERSONAL TECNICO ADMINISTRATIVO	
Secretario de Cámara	2
Prosecretario Administrativo	2
Jefe de Despacho	2
Oficial	2
Escribiente	2
Auxiliar	2
PERSONAL DE SERVICIOS AUXILIARES	
Ayudante	1
TOTAL	13

Fiscalía General ante la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo Federal

PERSONAL TECNICO ADMINISTRATIVO	
Secretario de Cámara	2
Prosecretario Administrativo	2
Jefe de Despacho	2
Oficial	2
Escribiente	2
Auxiliar	2
PERSONAL DE SERVICIOS AUXILIARES	
Ayudante	1
TOTAL	13

Defensoría Pública Oficial ante la Cámara Federal y Nacional en lo Civil y Comercial

PERSONAL TECNICO ADMINISTRATIVO	
Secretario de Cámara	2
Prosecretario Administrativo	2
Jefe de Despacho	2
Oficial	2
Escribiente	2
Auxiliar	2
PERSONAL DE SERVICIOS AUXILIARES	
Ayudante	1
TOTAL	13

Defensoría Pública de Menores e Incapaces ante la Cámara Federal y Nacional en lo Civil y Comercial

PERSONAL TECNICO ADMINISTRATIVO	
Secretario de Cámara	2
Prosecretario Administrativo	2

Jefe de Despacho	2
Oficial	2
Escribiente	2
Auxiliar	2
PERSONAL DE SERVICIOS AUXILIARES	
Ayudante	1
TOTAL	13

Fiscalía General ante la Cámara Federal y Nacional en lo Civil y Comercial

PERSONAL TECNICO ADMINISTRATIVO	
Secretario de Cámara	2
Prosecretario Administrativo	2
Jefe de Despacho	2
Oficial	2
Escribiente	2
Auxiliar	2
PERSONAL DE SERVICIOS AUXILIARES	
Ayudante	1
TOTAL	13

Defensoría Pública Oficial ante la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y de la Seguridad Social

PERSONAL TECNICO ADMINISTRATIVO	
Secretario de Cámara	2
Prosecretario Administrativo	2
Jefe de Despacho	2
Oficial	2
Escribiente	2
Auxiliar	2
PERSONAL DE SERVICIOS AUXILIARES	
Ayudante	1
TOTAL	13

Defensoría Pública de Menores e Incapaces ante la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y de la Seguridad Social

PERSONAL TECNICO ADMINISTRATIVO	
Secretario de Cámara	2
Prosecretario Administrativo	2
Jefe de Despacho	2
Oficial	2
Escribiente	2
Auxiliar	2
PERSONAL DE SERVICIOS AUXILIARES	
Ayudante	1
TOTAL	13

Fiscalía General ante la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y de la Seguridad Social

PERSONAL TECNICO ADMINISTRATIVO	
Secretario de Cámara	2
Prosecretario Administrativo	2
Jefe de Despacho	2
Oficial	2
Escribiente	2
Auxiliar	2
PERSONAL DE SERVICIOS AUXILIARES	
Ayudante	1
TOTAL	13

Medidas cautelares y el Estado como parte Ley 26.854

■ Doctrina

JUSTICIA Y PODER (*)

POR EDUARDO S. BARCESAT

Sumario: 1. El marco constitucional. — 2. Bocetos históricos. — 3. Estado y medidas cautelares. — 4. Epílogo.

1. El marco constitucional

El art. 1º de la Constitución Nacional declara que se adopta la forma representativa, republicana y federal.

Esta definición —basal— fija requisitos que debieran ser satisfechos por los tres poderes que conforman el Gobierno Federal.

Entre esos requisitos nos parece fundamental el resguardo a la expresión de la soberanía popular y de la forma republicana de gobierno (art. 33, C.N.). El pueblo de la Nación Argentina no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la C.N. (art. 22, C.N.), lo que implica una relación de mandante a mandatario que debe ser satisfecha en la integración de esos tres poderes cuyas respectivas incumbencias define la parte orgánica de la Constitución.

La Reforma Constitucional del año 1994 incorporó un nuevo Capítulo, el Segundo, titulado Nuevos Derechos y Garantías, donde se incorpora, en primer término, la señera previsión del art. 36, Imperio Constitucional, que regula el deber de obediencia a la supremacía de la Constitución Nacional y la nulidad insanable tanto de los actos de usurpación que interrumpen su observancia, como el ejercicio también usurpativo de las potestades de los poderes del Gobierno Federal que regula la C.N. En definitiva, la “lección de derecho”, como la he nominado en diversos certámenes de la abogacía argentina y que

genera un nuevo apotegma, a saber: “el derecho sólo se crea y sólo se aplica desde el derecho”. No es ocioso poner de relieve que conforme esta cláusula constitucional, quiénes hayan participado o prestado servicio a la usurpación del poder quedan inhabilitados a perpetuidad a ocupar o ejercer cargos públicos, es imprescriptible su responsabilidad penal y patrimonial, y quedan comprendidos en la disposición del art. 29 de la C.N. como infames traidores a la Patria.

En ese Título nuevo del plexo constitucional se regula y jerarquiza la existencia y función de los partidos políticos como institutos fundamentales del sistema democrático. Son ellos los que tienen la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos.

El art. 114 de la C.N. trae una novedosa incorporación al tramo constitucional destinado al Poder Judicial. Crea el Consejo de la Magistratura, que tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. En su segundo párrafo, que es el que interesa sustancialmente para este trabajo, refiera a “...la representación...de los jueces de todas las instancias...de los abogados de la matrícula...personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

En las expresiones resaltadas y subrayadas del párrafo precedente está el centro nodal de la exégesis constitucional que derivará en la afirmación de pertenencia del proyecto regulatorio elevado por el Congreso de la Nación para su promulgación por el Poder Ejecutivo Nacional de reforma de la Ley 24.937 (t.o. año 1999) a las previsiones de la Constitución Nacional.

(*) “...El pueblo siempre ha perdido en sus enfrentamientos ante la justicia como ante el poder...” (Dominique Lecourt; “La crisis de la justicia en el Estado contemporáneo”; “La crisis del Estado y del Derecho en el capitalismo”; recopilación de Nikos Poulantzas; ed. Siglo XXI, Buenos Aires, año 1987).

Afirmo, categóricamente, que el proyecto no sólo que se corresponde con la semántica del art. 114 de la C.N., sino que tiene amplio soporte constitucional en las cláusulas aquí invocadas.

Advierto en quiénes públicamente han impugnado al proyecto regulatorio del Consejo de la Magistratura, que producen un desplazamiento semántico de la expresión “la representación”, que es sustituida por otra, ajena al lenguaje de la Constitución y que es “los representantes”. No es lo mismo, anticipo.

Cuando se habla de los representantes hay un conjunto de pertenencia entre mandante y mandatario, o representante y representado; abogados que eligen a los abogados que los representan; jueces que eligen a los jueces que los representan y académicos y científicos que eligen a sus pares que los representan.

Pero, inexorablemente, la expresión “la representación” remite a lo previsto por el art. 22 de la C.N., donde es el gran conjunto, el pueblo —no otro, ni ningún sector o conjunto parcial— el que gobierna a través de sus representantes.

Entonces, que el conjunto que enlaza a representados con representantes es el conjunto más abarcativo, el del pueblo de la Nación Argentina, quien tiene la potestad, emergente del principio de soberanía del pueblo, para elegir qué abogados, qué jueces y qué académicos o científicos habrán de ejercer su representación en un órgano constitucional, esencialmente político, cual es el Consejo de la Magistratura.

Y como es político, la competencia para proponer los candidatos electorales, es de los partidos políticos (art. 38 de la C.N.), que pueden postular candidatos partidarios o extra-partidarios. Se dice que esta forma de elección “politiza” a la justicia. Parece elemental el tener que señalar que los integrantes del Consejo de la Magistratura no conocen ni deciden en ninguna causa que verse sobre puntos regidos por la Constitución Nacional y por las leyes de la Nación (art. 116, C.N.). Las incumbencias del Consejo de la Magistratura son, taxativamente, las que fijan los seis incisos del art. 114 de la C.N.; ninguna de ellas habilita intervención directa ni indirecta en las causas que tramitan por ante el Poder Judicial de la Nación.

La forma de integración del Consejo de la Magistratura, se corresponde con los requisitos de un poder representativo, republicano y federal. Están allí representados, por el voto del pueblo de la Nación, los órganos políticos (legislativo y ejecutivo) y los

estamentos de abogados, jueces y académicos, de todo el territorio de la Nación Argentina.

Abrir al pueblo de la Nación Argentina su participación en la designación de sus representantes satisface la calidad democrática del instituto Consejo de la Magistratura. Y no hay que temerle al pueblo. Nadie mejor que los ciudadanos para conocer y decidir sobre qué abogados, jueces y académicos tienen compromiso y coherencia de obrar en defensa de los grandes pilares de la currícula profesional: sus biografías concretas en materia de defensa de los derechos humanos y de la institucionalidad democrática, o si su compromiso fue con la usurpación del poder político y la represión de las grandes mayorías nacionales; también, si su saber fue puesto al servicio de la defensa de los intereses de la comunidad y del patrimonio público de la Nación Argentina, o al servicio de los poderes económicos transnacionales y hegemónicos. Allí están los grandes ejes que confrontarán en la compulsa popular. ¿Y quiénes mejor capacitados para hacer conocer y divulgar esos antecedentes de los candidatos que los propios partidos políticos?

La correspondencia entre el proyecto para el Consejo de la Magistratura y la Constitución Nacional tiene otro gran capítulo constitucional; precisamente el referido a quiénes integrarán el mismo y quiénes aspiren a ingresar al Poder Judicial de la Nación: ninguno de ellos podrá estar comprendido en haber ocupado cargos o funciones durante la dictadura cívico-militar. Se pone en estado operativo la disposición del art. 36 de la C.N., un formidable avance para establecer un hiato, una ruptura, entre la excepcionalidad institucional y el Estado de Derecho.

2. Bocetos históricos

Sabido es que el Poder Judicial fue organizado conforme la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya estructura e ideología se transparenta en los artículos que conforman “El Federalista” (Hamilton, Madison, Jay). Este poder vitalicio que desafía la idea de periodicidad de los mandatos republicanos fue concebido para prevenir posibles desbordes respecto del modelo en que pudieran incurrir los poderes políticos (legislativo, ejecutivo). Con esa finalidad se lo dotó de una potestad suprema, la de establecer la constitucionalidad de las disposiciones normativas emanadas de los otros poderes. El sustento de esta facultad, ejercida mediante un control difuso de constitucionalidad y que compete a todos los integrantes del espigón jurisdiccional, no descansa en ningún supuesto racional o de ciencia política. En efecto, nada posibilita sostener que un juez individual sea mejor contralor de constitucio-

nalidad que un cuerpo colegiado, muchos de cuyos integrantes son también juristas, y que representan la expresión directa de la voluntad del pueblo de la nación. Es evidente que la naturaleza aristocrática de la administración de justicia se centra en un poder contra-mayoritario que tiene la extrema potestad de poder anular, vía declaración de inconstitucionalidad, las normas generales emanadas del legislador y las disposiciones del poder político-administrador. En nuestra legislación, el art. 3º de la Ley 27, primera norma de organización del Poder Judicial de la Nación, ha dejado claramente explicitada esta facultad, en resguardo a la observancia a la supremacía de la Constitución Nacional, cuando la norma o el acto emanado de los otros poderes estén en contradicción con ella.

También el Colegio Electoral, que rigió en nuestro sistema constitucional, hasta la Reforma del año 1994, es un instituto pensado para posibilitar que debatan entre sí los partidos políticos del sistema, pero teniendo la posibilidad de unirse y desplazar a un eventual partido político que preconice el cambio del modelo vigente.

Proyectos renovadores como el “New Deal” fueron enfrentados por la corporación judicial hasta que se modificó la integración de la Corte Suprema de EEUU, habilitando la propuesta keynesiana para enfrentar la crisis y la gran depresión.

En nuestra historia institucional, las administraciones de justicia o convalidaron los procesos de usurpación del poder político (golpe de estado de 1930), o removieron la Corte Suprema de Justicia de la Nación para crear un tribunal supremo adicto a sus disposiciones, con lo que la observancia a la supremacía de la Constitución Nacional se convirtió en letra muerta; en efecto, no puede concebirse acto más contrario a esa supremacía constitucional que los “bandos militares” que desplazaron a la Constitución Nacional y se atribuyeron los nombres de los institutos constitucionales (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial), generando así una usurpación semántica pareja a la producción del golpe de estado.

En 1982 se reúne la X Conferencia Nacional de Abogados convocada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (Rosario, Setiembre 1982), con el lema “El Estado de Derecho venidero”. El dictamen de la abogacía argentina fue que ningún integrante de la administración de justicia que prestó servicio a la excepcionalidad institucional y que juró obediencia a las normas pretendidamente supra-constitucionales, podrá ingresar o permanecer en el futuro Poder Judicial de la Nación; que debía mediar una ruptura,

un hiato, entre la administración del usurpante y el Poder Judicial del Estado de Derecho, configurado bajo la supremacía de la Constitución Nacional. Lamentablemente, este dictamen de la abogacía argentina fue dejado de lado en el inicio de la transición democrática, limitándose a nombrar una nueva Corte Suprema de Justicia de la Nación y a remover a los jueces en lo criminal y correccional federal, el resto (90% de la justicia nacional) prosiguió incambiado bajo el Estado de Derecho. El resultado de esa permanencia fue deletéreo para las instituciones y para el afianzamiento del Estado de Derecho.

Ese principio de ruptura y discontinuidad entre excepcionalidad institucional y Estado de Derecho, como dijere, es el que hoy luce plasmado en el art. 36 de la C.N., ahora llevado al texto del proyecto de regulación del nuevo Consejo de la Magistratura. Enhorabuena.

3. Estado y medidas cautelares

Examinaré la regulación resultante de las disposiciones de la ley 26.854 conforme la siguiente divisoria: a) demandas contra el Estado de contenido económico, lo que comprende las que se emprenden por personas físicas o jurídicas nacionales y las que puedan resultar de procesos tramitados en jurisdicciones extranjeras o supra-nacionales y sean, igualmente, de contenido patrimonial; b) demandas de impugnación de la validez de las normas y actos de autoridades públicas del Gobierno Nacional; c) demandas en las que se reclama al Gobierno Nacional por el acceso o la afectación arbitraria en materia de derechos humanos.

3.a) Demandas internas de contenido económico y demandas de jurisdicción extranjera o supra-nacional:

Como el Estado es presupuesto como entidad solvente, no pueden producirse inmovilizaciones de activos, vía medidas cautelares, ya que el Estado, en caso de condena de pago, debe afrontar su efectivización.

Asimismo, no debe admitirse que la entrega de la soberanía legislativa y jurisdiccional operada, primero a través de la reforma introducida en el art. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, bajo la dictadura cívico-militar y conocida como cláusula “Martínez de Hoz”, y luego proseguida en la década de 1990 en que la Nación Argentina formalizó 59 tratados bilaterales de inversión, con cláusula de jurisdicción CIADI, posibiliten que sentencias referidas a contratos que tienen lugar de cumplimiento de la prestación principal en territorio de la Nación

Argentina (art. 1209 y c.c. del C. Civil Argentino) habiliten, por su presunción de validez y ejecutoriedad, la inmovilización de activos de titularidad del Estado Nacional. Esas sentencias, sean de jurisdicción extranjera o supra-nacional, ameritan un profundo control de validez, con sujeción a lo que establecen los arts. 27 y 116 de la C.N.

3.b) Demandas de impugnación de la validez de las normas y actos de autoridades públicas del Gobierno Nacional:

Como dijera, compete a todos los tribunales nacionales el control de constitucionalidad de las normas y actos emanados de otros poderes. Ese control se ejerce vía demanda declarativa de inconstitucionalidad o vía acción de amparo. En ambos supuestos se trata de cuestiones de puro derecho en los que se coteja el texto de la norma repugnada con la Constitución Nacional y los tratados internacionales suscriptos por la Nación Argentina.

Sea una acción de amparo, definida por el art. 43 de la C.N. como vía rápida y expedita, o la acción declarativa de inconstitucionalidad, que es materia de puro derecho, difícilmente pueden exceder el plazo de seis meses fijados para la vigencia de la medida cautelar y, además, extensible por otros seis meses más. Si en ese plazo un juez no puede decidir sobre el valor de constitucionalidad de un acto o norma emanado de los otros poderes que conforman el Gobierno Federal, pues entonces el problema es el juez, no el plazo reglado de vigencia de la cautelar.

Ahora bien, ejercer la función de control de constitucionalidad de las leyes y demás normas emanadas de las autoridades públicas, es la potestad más delicada y exigente de la función jurisdiccional, conforme reiterada doctrina de la CSJN. Por lo que las sentencias deben ser muy bien fundadas para concluir en la inconstitucionalidad de la ley o norma, sea total o parcial. Si se trata de una medida cautelar suspensiva de la aplicación de una ley o norma de autoridad pública, la fundamentación de su admisibilidad debe ser muy cuidadosa y necesariamente escueta, para no incurrir en prejuizamiento. La nueva ley establece específicamente que no puede haber identidad de objeto entre la petición de fondo y la medida cautelar.

Con lo expuesto estoy señalando, que en materia de inconstitucionalidad de las normas, es mucho más procedente esperar al momento del dictado de la sentencia que incurrir en forzosos prejuizamientos que necesariamente anulan el proceso o imponen apartar al juez que dictó la cautelar con superposición sobre el fondo de la cuestión.

Precisamente esa “ligereza” jurisdiccional para dictar medidas cautelares suspensivas de las leyes o normas inferiores, que son impuestas “sine die”, bajo invocación de “...hasta que se dicte sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada...” —a veces con pretensión de vigencia “erga omnes”—, y que —en general— es lo que más aspira el reclamante, no tanto la dudosa posibilidad de obtener una sentencia que invalide la norma.

3.c) Demandas por derechos humanos, individuales o de incidencia colectiva:

En estos casos no se aplican las medidas restrictivas de las acciones de amparo, sean individuales o de incidencia colectiva.

No es muy rigurosa la descripción que hace la normativa sobre cuáles son las acciones que están exentas de restricciones en materia de medidas cautelares. Hubiera sido de mejor técnica establecer que los derechos humanos contemplados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados, o que se incorporen, conforme la disposición del art. 75, inc. 22º de la C.N., están exentas de limitación alguna, se trate de amparos individuales interpuestos por personas físicas o de los que se propongan en el marco de la disposición del segundo párrafo del art. 43 de la C.N., con lo que se protege a todos los grupos o sectores vulnerables.

La mención a la tutela de la vida digna puede ser entendida como comprensiva del plexo de derechos humanos tutelados por la Constitución y los tratados internacionales, pero nombrar a estos como tales impide que bajo invocación de interpretación un juez pueda considerar que ciertos derechos no integran la noción de vida digna.

Asimismo, que la referencia a la tutela del acceso y de la efectividad de los derechos humanos, debió reposar en la mención al art. 43 de la C.N. y no de la ley 16.986, de la que sólo mantienen vigencia las disposiciones procesales.

4. Epílogo

Estas seis iniciativas legisferantes —he omitido comentar, por razones de tiempo y espacio, las que refieren a publicidad, concursos y declaraciones juradas de los magistrados y funcionarios, así como de creación de las nuevas Cámaras de Casación—, deben ser complementadas con la modificación, ya anunciada por el Poder Ejecutivo Nacional, de los códigos procesales, la oralidad en los procesos y los jurados populares para determinados procesos, así como las medidas presupuestarias que posibiliten la gratuidad en el acceso a la jurisdicción para los sectores de menores recursos económicos. También es

fundamental que se adopte una adecuada estructura arquitectónica para contener todas las actividades concernidas por la administración de justicia. Será un notable avance institucional para la democratización de la justicia.

Me permito cerrar estas reflexiones estableciendo un hilo conductor entre la notable descripción de la

democracia contenida en el discurso en homenaje a los muertos en la Guerra del Peloponeso (Pericles, “La Historia” de Tucídides), y la oración de Gettysburg pronunciada por el Presidente Abraham Lincoln (gobierno del pueblo es aquel que es del pueblo, por el pueblo y para el pueblo), para afirmar que *“...justicia democrática es aquella que es del pueblo, por el pueblo y para el pueblo...”* ♦

LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO

PRIMERAS OBSERVACIONES PARA LA PRÁCTICA ABOGADIL

POR ALBERTO BIGLIERI

Preliminar

El presente trabajo no está dirigido a hacer un juicio de valor o un contralor de constitucionalidad (ni de convencionalidad (1)) de la norma en estudio (2). El objeto principal es el de dotar a los colegas profesionales y operadores del derecho de algunas ideas para desenvolverse en esta realidad “positiva” que impone la Ley 26.854. No

(1) Para ampliar y desarrollar: HITTERS, Juan Carlos. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”. La Ley 2009-D, 1205.

(2) A pesar de que la sola mención de un instituto como “la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos” merece la lectura aconsejada en la nota anterior, y esta cita a Gozaini: “En este aspecto, en nuestro parecer, el funcionamiento de la jurisprudencia no es simétrica ni tiene iguales expansiones cuando se trata de actividad dispuesta en procesos constitucionales que, en Argentina, tienen una comprensión más amplia respecto de aquellos que definen como tales solo a los procesos desarrollados ante el Tribunal Constitucional. Dicho esto para advertir que el modelo de seguimiento obligatorio de la jurisprudencia es habitual en los sistemas que concentran el control de constitucionalidad, y que si no lo hacen, como en Estados Unidos, tienen en el “stare decisis” una familiaridad que acerca ambos mecanismos de unificación jurisprudencial.” Y luego “Y por eso, la curiosidad más grande de nuestro país es que, sin tener efecto vinculante las sentencias que pronuncia la Corte Nacional, tiene en cambio el deber de seguir y acatar las opiniones y pronunciamientos de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.” En GOZAINI; Osvaldo: “La tutela anticipada y el debido proceso”, en LL2012-B, 1094.

obstante, las propuestas que se encuentran instaladas en el texto que sigue, tienen un resumen de las cuestiones en las que observo tensión con el texto magno y los Tratados Internacionales que la Argentina ha celebrado. El análisis de estas inconsistencias constitucionales, como dije, no son el objeto central de este pequeño trabajo, sino que se incrustan en la necesidad de contar con los elementos argumentativos que se pueden utilizar a la hora de presentarse ante los órganos jurisdiccionales al solicitar las medidas que juzgamos pertinentes para la preservación de los derechos de los justiciables.

Introducción

En el párrafo inicial, como lo habrán descubierto, propongo un abordaje autolimitante del desarrollo que vengo a elaborar: la preservación de los derechos de los habitantes. A la hora de hablar de medidas cautelares contra el estado, se está imponiendo a *priori* una delimitación al marco de las eventuales decisiones, tanto en la referencia a las partes involucradas, como al objeto buscado. Cautela, tutela, preservación, medidas asegurativas o de no innovar, etc., son todas lexías simples o compuestas, que aparecen como nociones atadas a la conservación o mantenimiento de las cosas y su estado, al menos en el idioma cotidiano, y en el diccionario de la Real Academia. También en la historia de las medidas cautelares contra el Estado estas instituciones aparecen indisolublemente ligadas a la obtención de decisiones de autoridad que suspendan la actividad estatal, y dirigidas

esencialmente a la imposición de restricciones al obrar material de la administración. Como el clásico proceso contencioso administrativo era el "Juicio al acto", la medida preventiva típica de la especialidad era la suspensión de los efectos de ese "acto enjuiciado".

Y cuando digo historia, también estoy ofreciendo una visión sesgada y únicamente dirigida al orden federal: en la actualidad de nuestro derecho subfederal, donde rigen códigos específicos para el fuero contencioso administrativo, las medidas cautelares encuentran una estandarización de requisitos que no se alejan demasiado de la Ley 26.854. A su vez en las provincias, el amparo, también en la mayoría de ellas, tiene un régimen procesal constitucional propio pero, la complementariedad a la que se lo condena por la falta de esfuerzo del legislador, depende de la existencia o ausencia del Código especial. Donde no existe un Código procesal a administrativo el amparo se nutre del régimen cautelar del proceso civil y comercial que, como todos sabemos por imperio de los principios generales que lo informan, no utilizan las nociones elementales del derecho público, como por ejemplo: la justicia distributiva, el principio de legitimidad de la actividad estatal y la protección del interés público.

Esta es la vía en la que se producirá el "choque de trenes" la falta de un código propio y especial para el fuero contencioso administrativo federal ha abierto el camino a una enorme jurisprudencia que obtiene un valor agregado al compararlo con la de otros fueros federales: si dejamos aparte de este análisis la fuerza legal de la jurisprudencia de la Casación Federal Penal, en ningún otro ámbito material las decisiones de las cámaras federales obtienen el impacto preceptivo (3) que ostentan en este fuero. Las sentencias clásicas de esta jurisdicción han cobrado el relieve de Siri (4) y Kot

(3) Hutchinson señala la situación emergente de la ley 13278: "en el orden nacional hubo, en el proceso común, una delegación legal efectuada a favor de la determinación de la materia mediante una Acordada de la Cámara Federal. A partir de ese comienzo y dada la carencia de normas constitucionales y de un código de la materia, los principios que rigen la cuestión que nos ocupa se han ido formando por vía pretoriana, sin perjuicio de señalar que existen disposiciones normativas especiales, que por esa misma peculiaridad no funcionan como enunciados de una cláusula general." HUTCHINSON, Tomás. Derecho Procesal Administrativo. Rubinzal Culzoni. Santa Fé. 2009. T° I, p. 560.

(4) CS. Siri, Ángel S., 27/12/1957. Publicado en: LA LEY 89, 532 con nota de Segundo Linares Quintana. Cita Fallos Corte: 239:459. Cita online: AR/JUR/32/1957

(5), sin la ampulosidad amenazante (6) de Halabi (7) Se han transformado en un legislador experto (8), y lamentablemente, solo para expertos. Y este el problema de mayor dificultad. La norma en estudio, resume en líneas generales muchos de los institutos que rigen actualmente en las normas subfederales, pero tiene dos graves falencias que aquellas no produjeron: no pertenece a un

(5) CS. Samuel Kot S.R.L., 05/09/1958. Publicado en: Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Const. - Alberto Dalla Vía, 670, Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría Gral. del Derecho - Ricardo A. Guibourg, 308, Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Const. - Daniel Alberto Sabsay, 529, LA LEY 92, 626. Cita Fallos Corte: 241:291. Cita online: AR/JUR/2/1958.

(6) Sobre la actitud y el mensaje que impulsó la Corte Suprema de Justicia me he expresado en forma muy crítica en: "Comentario al fallo Halabi" Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Número 100, pág.60. Buenos Aires, Agosto de 2009.

(7) CS. Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04, 24/02/2009. Publicado en: LA LEY 02/03/2009, 8 con nota de Juan Vicente Sola, LA LEY 2009-B, 157 con nota de Juan Vicente Sola, LA LEY 04/03/2009, 8 con nota de Fernando R. García Pulles; Maximiliano Torricelli; Roberto J. Boico, LA LEY 2009-B, 189 con nota de Fernando R. García Pulles; Maximiliano Torricelli; Roberto J. Boico, RCyS 2009-III, 71, LA LEY 10/03/2009, 7 con nota de Gregorio Badeni, LA LEY 2009-B, 259 con nota de Gregorio Badeni, Sup. Adm. 2009 (marzo), 60, LA LEY 19/03/2009, 6 con nota de Daniel Alberto Sabsay, LA LEY 2009-B, 404 con nota de Daniel Alberto Sabsay, DJ 25/03/2009, 729 con nota de Carlos Aníbal Rodríguez, ED 2009-03-25, 3, Sup. Const. 2009 (marzo), 33 con nota de María Angélica Gelli, LA LEY 30/03/2009, 9 con nota de Mariana Catalano; Lorena González Rodríguez, LA LEY 2009-B, 601 con nota de Mariana Catalano; Lorena González Rodríguez, LA LEY 06/04/2009, 6 con nota de Juan Carlos Cassagne, LA LEY 2009-B, 649 con nota de Juan Carlos Cassagne, LA LEY 2009-B, 463, LA LEY 2009-B, 568 con nota de María Angélica Gelli, LA LEY 06/05/2009, 8 con nota de Fernando De La Rúa; Bernardo Saravia Frías, LA LEY 2009-C, 251 con nota de Fernando De La Rúa; Bernardo Saravia Frías, Sup. Const. 2009 (mayo), 43 con nota de Claudio D. Gómez; Marcelo J. Salomón, LA LEY 2009-C, 341 con nota de Claudio D. Gómez; Marcelo J. Salomón, LA LEY 13/07/2009, 10 con nota de Ramiro Rosales Cuello; Javier D. Guiridlian Larosa, LLP 2009 (junio), 563 con nota de Mariano A. Moyano, DJ 07/10/2009, 2813 con nota de José María Salgado, LA LEY 27/11/2009, 6 con nota de Luis Francisco Lozano, LA LEY 2009-F, 782 con nota de Luis Francisco Lozano, DJ 31/03/2010, 786 con nota de Griselda Isabel Bard. Cita Fallos Corte: 332:111. Cita online: AR/JUR/182/2009

(8) El universo creciente de las medidas autosatisfactivas, se desvanece en las legislaciones provinciales que encausan muchas de estas presentaciones como medidas cautelares anticipadas, que ante una decisión positiva, requieren del inicio de la acción para mantenerse en el tiempo del debate procesal.

ordenamiento general que logre homogeneizar y encausar todos los procesos administrativos, e intenta limitar en el tiempo la tutela que, efectivamente presta la decisión cuando el camino al final del proceso está muy distante. Ese error es muy evidente, pues al fin y al cabo, por lo general el peligro en la demora persiste hasta que no se haya esclarecido el tema de fondo o hayan cambiado las condiciones de una entidad tal, que el juez se vea impulsado a modificar o retirar la medida.

Por otra parte, la limitación a las medidas dictadas en incompetencia y la legitimación del Estado para actuar pueden carecer de recursos técnicos óptimos, pero merecen ser analizadas con respeto y profundidad. Dada la intención de exponer algunas herramientas para enfrentarnos a la nueva normativa, en esta ocasión me referiré someramente a estas dos cuestiones, disparando antes una alerta *meteorológica* (9) sobre la inclusión de las pretensiones como objeto y vehículo de estas peticiones o reclamos. Por último, en línea con otros trabajos que he elaborado (10), dejaré una reflexión final sobre el impacto de las normas públicas federales en las orbitas subfederales.

Dejo señalado, solo para que no se tachen estas primeras palabras bajo la acusación de no incorporar o tener en cuenta en esta comparación al Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, un adelanto de mi opinión sobre ese fenómeno: el activismo administrativo judicial de los jueces de la CABA en gran parte obedece a una norma procesal que les ha permitido, agilizado o sostenido muchas de sus decisiones, pero muy especialmente a una situación presupuestaria tan holgada, que es más similar a las de los países del “Primer Mundo” que a las de las otras realidades de las provincias argentinas.

1) ¿Pretensiones?

La ley trae una imposición visiblemente oculta — permítaseme el oxímoron — que puede ser la herramienta utilizada por los jueces para desestimar las solicitudes autosatisfactivas o aquellas que incluyan contenido positivo. Me refiero en general a las obligaciones de hacer o de dar, con las que se condena u ordena a cumplir al Estado.

(9) Puede caer una simple llovizna o terminar en una tragedia.

(10) BIGLIERI, Alberto. Procedimiento Administrativo. De AAVV. La Ley. Buenos Aires. 2012. Tomo I, Pág. 1090 y sgtes.

La cuestión, que se está tratando con abundancia y en profundidad en este suplemento, de los límites temporales de la concesión de las medidas y los efectos de las apelaciones que impetren el Estado, exigen del abogado una tacha de constitucionalidad en el líbello mismo de petición inicial, para que su esfuerzo no se desvanezca con el simple paso del tiempo lo que es peor por defectos formales en la presentación. El planteo de inconstitucionalidad, en caso de ser concedida la solicitud, construirá un ámbito temporal de elaboración y análisis que la jurisdicción puede utilizar con la amplitud que le imponga la fecha de su propia decisión. Puede además, esforzando el trabajo en los márgenes de esta ley, solicitarse una medida de suspensión de los efectos disvaliosos que implica la tensión constitucional sobre las normas que rigen los límites temporales (artículo 6) y los efectos devolutivos de los recursos.

Advertidos que estamos ante una figura o técnica legislativa similar a la que aplicó el legislador bonaerense en el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo de la PBA. En esa norma, casualmente referida a pretensiones administrativas, se utilizó una remisión implícita a otra norma. La mención de un instituto (en aquel caso el acto administrativo) ajeno al texto remisor, juega en el mismo modo que las remisiones expresas y típicas de una norma a otra (11). Por eso juzgo IMPRESCINDIBLE apreciar detenidamente la redacción del artículo 1: *“Las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos, se rigen por las disposiciones de la presente ley.”*

La noción de pretensión ha sido analizada en muchas ocasiones desde los estudios de procesalismo, así gran parte de la doctrina sigue para este tema los estudios clásicos de Alvarado Velloso. Pero, en este caso, me parece interesante resaltar la recepción del instituto en nuestra especialidad.

En su Derecho Procesal administrativo señala Hutchinson: *“Al trasladar dicho concepto [pretensión] al plano del proceso, esa declaración de voluntad se efectúa mediante el ejercicio de la acción que se materializa con la presentación de la demanda. Se puede definir, así, como el acto en*

(11) BIGLIERI, Alberto. “El control judicial de los actos de los Colegios y Consejos Profesionales. (Dictamen Jurídico Obligatorio)”, publicado en: Revista Colegio de Abogados de Quilmes N° 62, Revista del Colegio de Abogados de Mercedes N° 127, Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires N° XXI y Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNLZ N° 1 2005.

virtud del cual se reclama ante un órgano judicial, y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación. La pretensión es lo que se le solicita al juez, es el objeto del proceso.”(12)

Esta exposición, en la que me he permitido incluir los corchetes que refieren al párrafo anterior [pretensión] y resaltar las nociones de acción y demanda, pone de relieve un hecho nuevo y relevante del texto en estudio: las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales han conformado un sistema o proceso especial que no está ordenado por los principios procesales ni los constitucionales, en resumen: caso o causa, competencia jurisdiccional (13) en la controversia, tercero imparcial, debido proceso e igualdad.

Los principios generales que informan la disciplina en el orden federal se han positivado desde las normas expresas que los rigen (Constitución Nacional, artículos 116 y 117) y por lo tanto el artículo 1 de la Ley de medidas cautelares trae aparejado un reordenamiento de aquella delegación legislativa que, memoro como dato anecdótico, causalmente llevaba la firma de Campora.

Aclaro, a fuerza de respetar el orden cronológico, que en nuestro país, esos principios Generales consagrados por la doctrina vernácula se erigen a partir de las normas constitucionales del 1853.

Volviendo al asunto que nos ocupa, las pautas previas de las acordadas de la Cámara Federal, las construcciones jurisprudenciales individuales e incluso las peticiones de los particulares que

(12) HUTCHINSON, Tomas. Derecho Procesal Administrativo. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2009. Tomo II, p. 27.

(13) Los resaltados me pertenecen: Constitución Nacional, Atribuciones del Poder Judicial: “Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero. Artículo 117.- En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

obtuvieron la posibilidad de acceder al proceso, fueron creando un sistema completo — y complejo— de medidas cautelares que se conocen, genéricamente como autosatisfactivas.

A esta altura, aconsejo consultar el trabajo de Barraza en la obra colectiva Tratado General de Derecho Procesal Administrativo dirigido por Cassagne (14). Dejo sentado para aquel que acepte el convite de la lectura propuesta, que si bien puedo sostener junto al distinguido colega que la urgencia es el estandarte que guió el nacimiento de las medidas autosatisfactivas o medidas de urgencia como prefiere el mencionado autor, a mí entender ello no justifica a que el juzgador, so pretexto de [su] lentitud judicial haya creado un enorme proceso especial, hermético y reñido con los principios constitucionales que he mencionado.

Fuera de esta observación, toda la discusión doctrinaria sobre la legitimidad de la existencia de estas medidas y su aplicación por la justicia se subsume en la necesidad de contar con los elementos procesales que sostengan este instituto. Para ello se acude rápidamente, como argumento de la validez de su existencia, a la falta de medio legal para garantizar los derechos consagrados en los artículos 14, 18, 33, 43 de la Constitución Nacional (15), y a antecedentes del tipo de los mencionados en la introducción, como ocurrió en tiempo de Siri y Kot.

Desde aquí entonces, quiero alertar al colega lector: la redacción del artículo 1 no merece, a mi entender y al menos a *priori*, tacha alguna de inconstitucionalidad.

El legislador ha reasumido la delegación que otorgara en 1948. Y la potestad legislativa está en pleno y normal ejercicio. Y como decía, desde allí, con la reserva que me merecen especialmente los temas de la duración temporal de las medidas cautelares y los efectos de las apelaciones, la constitucionalidad de esta norma erige un alto valladar para el acceso a la justicia en los casos en los que amerite una intervención previa (16) al desarrollo

(14) CASSAGNE, Juan Carlos. Tratado General de Derecho Procesal Administrativo. La Ley. Buenos Aires. 2ª edición, Tomo II, p. 447 y sgtes.

(15) BARRAZA, José Indalecio. En CASSAGNE, Juan Carlos. Tratado General de Derecho Procesal Administrativo. La Ley. Buenos Aires. 2ª edición, Tomo II, p. 465.

(16) GOZAINI, Osvaldo. “Medidas cautelares contra el Estado” LL, 06/05/2013. “Esta es la diferencia entre medidas precautorias y el amparo, donde las primeras deben dictarse con la eficacia que se tiene que conseguir para un proceso subordinado, mientras que el proceso constitucional tiene

procesal con todas las garantías constitucionales y convencionales consagradas para las partes.

Al entender a la pretensión enunciada en la norma en estudio como la declaración de voluntad, que “*se efectúa mediante el ejercicio de la acción que se materializa con la presentación de la demanda*”, estamos, nada más y nada menos que en la presencia y ante la exigencia de las formalidades que ello implica.

Nos encontramos, a mi paranoico entender, ante la remisión implícita a los términos de los artículos 330 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Desde este atalaya, se deberá asumir que no será para nada sencillo desguazar, luego de obtenida (o rechazada) la cautela, el objeto de la demanda y por lo tanto resignarse a la competencia inicial.

El archiconocido 330 (eventualmente residual del 498) del CPCC (17) invita a reflexionar sobre muchos de los requisitos que contempla y le hizo exigir la jurisprudencia. Por ejemplo: La pretensión limita la actuación del juez, al no poder resolver sobre cuestiones no propuestas o diferentes a las pedidas, como dice Gozaini al referirse al principio de congruencia objetiva. (18). Pongamos atención: este principio activo en el derecho procesal general, aparece mucho más severo en la rama procesal constitucional y administrativa: la congruencia debe mantenerse entre el reclamo en sede administrativa y la acción judicial, salvo las cuestiones de inconstitucionalidad, que al no poder ser objeto de control por quien debe cumplir y aplicar la letra de la ley — presumiblemente constitucional —, que se excusan de la necesidad del reclamo previo a la contienda judicial.

Reitero: este principio general del derecho procesal, potenciado en el procesal constitucional y administrativo, puede ser utilizado como sustento rápido del rechazo in limine.

autonomía para cualquier medida provisional, aunque la ley 16.986 dé preferencia a la de no innovar.”

(17) Además de las normas que rigen para: Transformación y ampliación de la demanda. (art. 331), Demostración de la procedencia del fuero federal (art. 332), Agregación de la prueba documental y ofrecimiento de la confesional (art. 333), Hechos no invocados en la demanda o contrademanda (art. 334.) Documentos posteriores o desconocidos (art. 335), Demanda y contestación conjuntas (art. 336), Rechazo “in limine” (art. 337). Todo ello con las limitaciones que implica la opción del Art. 498.

(18) GOZAINI, Osvaldo. Código Procesal Civil y Comercial, Anotado y Comentado. La Ley. 2011.

La confección de cada petición cautelar, deberá realizarse con mucho esmero, pues su abandono acarrearía muchos dolores de cabeza para el abogado que puede quedar atado a los efectos que conlleve el traslado (jurisdicción originaria, caducidad, o lo que es peor, planteo de litispendencia en la contestación contra una demanda “pobre”, etc.)

Este artículo 1 de la Ley 26.854, insisto para que no se olvide, está destinado a convertirse en un CODIGO Contencioso de hecho y antiguo, pues aplasta las autosatisfactivas (lo que no me preocupa demasiado), pero elimina las medidas adelantadas (que están claramente pautadas, por ejemplo en el Código Contencioso Administrativo Bonaerense (19)) que ya son materia corriente en el procesal administrativo y lucen como garantes del resguardo cautelar de los derechos de los particulares, de la defensa en juicio del estado y de la interdicción del ejercicio de funciones administrativas por los jueces .

2) Juez incompetente. El amparo constitucional y el amparo legal

A mí también me irrita el, cada vez más frecuente, dictado de medidas cautelares y la inmediata declaración de incompetencia. El índice tarifario del artículo 2°, cuando limita la decisión sobre la medida desde un abordaje material, y señala la excepción para los casos de *sectores socialmente vulnerables, compromiso de la vida digna, salud, un derecho de naturaleza alimentaria o un derecho de naturaleza ambiental*, no soluciona absolutamente nada. La norma limitante de la actividad “*Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia.*” No incluye sanción alguna, y además solo opera cuando sea comprobada la *eficacia*. Esta comprobación ocurriría a partir de que la medida se refiera y coincida con el listado de excepciones enunciadas. Es una égloga al positivismo kelseniano. A mi entender, ese control nunca podrá recaer en manos del funcionario que ha recibido la orden, que si antes de cumplir se dedica a la constatación material de la medida, puede caer bajo la figura de la desobediencia a una orden judicial y, lo que es peor, poner en riesgo el mismo sistema republicano de control y división de poderes. Así, por ejemplo, si una medida cautelar autorizaría a una industria a funcionar: ¿cuál sería la constatación para reconocer su eficacia? O si, por el contrario, la orden obligaría a cerrar: ¿todo cierre implica una eficaz

(19) CCAPBA Artículo 23.1.

tutela del ambiente? Otra idea más compleja: si una medida que decreta un cordón sanitario por un brote de hantavirus ¿es ineficaz si el área determinada corresponde al asiento de un grupo socialmente vulnerable? Y más: si en el cordón sanitario delimitado habitan diferentes estratos sociales, raciales o culturales, y entre ellos algunos de clase económica alta: ¿la medida no será eficaz, pues poseer un sistema de medicina prepa me exceptuaría de quedarme en el área?

Tampoco perdamos de vista que las instituciones de seguridad son, por definición de sus competencias legalmente atribuidas, auxiliares naturales de la justicia: ¿esta atribución expresa, incluye la razonabilidad implícita de constatar el cumplimiento de los límites del juez incompetente? ¿Deberá el policía, el gendarme o el prefecto conocer estos detalles doctrinarios para acatar/desobedecer la orden judicial?

Me inclino por aconsejar que la presentaciones ante juez incompetente solo deben intentarse ante casos de extrema — repito para que quede claro — de extrema gravedad y extrema urgencia. Estas dos condiciones, a las que agregaría la distancia territorial a la sede del juez competente son los verdaderos límites que debe contemplar el juez al decidir sobre una causa que no seguirá bajo su imperio. Es el abogado del requirente quien no debería olvidarse de esta “triple idoneidad” del juez ante el que nos presentemos, y es el juez quien debe valorar si estas condiciones — además de las típicas y legalmente exigidas — muy agravadas y la falta de un juez cercano competente, ameritan su conocimiento previo a desentenderse de la causa.

En la provincia de Buenos Aires, sin necesidad de esta lista de impedimentos, se han concluido algunos juicios políticos — con destitución — de jueces que decretaban una medida cautelar y luego se declaraban incompetentes para entender en el fondo del asunto. (20)

3) Medidas cautelares clásicas

En un primer resumen, dejo sentada mi opinión sobre los alcances de la norma en estudio: a la difícil supervivencia que pronostico — y auguro - a la duración de las medidas y a los efectos devolutivos con las que se las pretende limitar aún más, se

(20) Lo que aquí digo lo he sostenido con mi voto que conformó la mayoría para destituir al juez encartado — incompetencia material y territorial - por el Jurado de enjuiciamiento de magistrados y funcionarios de la PBA. Causa nro. 3001-633/04: “Sra. Procuradora General de la S.C.J., Dra. Falbo, María del Carmen. Acusa”.

opone la legalidad que entiendo luce la potestad legislativa de encausar el sistema, reduciendo ostensiblemente la posibilidad de iniciar con simples y laxas peticiones los procesos que se concibieron y conocieron, al menos hasta ahora, como medidas autosatisfactivas o urgentes. Las excepciones que “otorga” la norma al juez incompetente, son una verdad de perogrullo, pero desde su primer artículo esta ley, busca limitar el dictado de estas medidas que afecten el desarrollo de las políticas públicas, y para ello recurre a un alambicado método de opción para dejar solo en vigencia las medidas clásicas de los procesos administrativos (no innovativas y, excepcionalmente, adelantadas). Si es en un buen o mal momento (esto será objeto de estudio de la sociología política), pero aquí se está reeditando una discusión y una serie de argumentos, que ya fueron esgrimidos, en pro y en contra de la batería de normas que regulan las ejecuciones de sentencias contra el estado.

4) La legitimación activa del Estado

El ejercicio de la autotutela administrativa y los supuestos de medidas cautelares.

No voy a venir en estas líneas a criticar la habilitación que se consagra legalmente para que el Estado se pueda presentar ante sede judicial a reclamar algunas medidas cautelares.

Hasta ahora la confección del procesal administrativo federal, que ya reseñamos, no impedía la posibilidad de que el Estado se presentara ante un juez a solicitar alguna medida precautoria. La inexistencia de esta metodología estaba ligada a las potestades consagradas en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos LNPA19549 (ley de procedimientos que contiene varias normas procesales) en las que la administración tenía sobradas facultades para suspender la maquinaria estatal movilizadas para cumplir los fines públicos que se materializan en su actuar legítimo. Ello, sin contar los recursos administrativos que conllevan un efecto suspensivo a partir de su presentación, la LNPA19549 (21) concede la posibilidad al particular de solicitar en cualquier caso la suspensión del actuar administrativo, y por lógico reflejo, la factibilidad pública de suspender de oficio la

(21) Vías de hecho. LNPA. Artículo 9.- La Administración se abstendrá: a) De comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales; b) De poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél, o que, habiéndose resuelto, no hubiere sido notificado.

propia iniciativa. Se podrá tomar rápida nota de que esta norma solo repite el principio constitucional de libre petición ante las autoridades. Pero, volviendo a los supuestos de autolimitación del accionar estatal, los principios conocidos como autotutela de los bienes públicos, han sido desde siempre el resorte argumentativo por excelencia para ejercer, desde la administración y reconocer desde el particular, la legitimidad de la fuerza pública para suspender sus compromisos (por ejemplo: *ius variandi*), la ejecutoriedad de sus propias decisiones (por ejemplo en las rescisiones de concesiones aplicadas con orden de continuidad en los servicios públicos), y obviamente en el ejercicio de su facultad de policía al ejecutar sus decisiones, aun pendientes de resolución final (secuestro, interdicciones, acarreo, clausuras, etc.).

Podría llenar el espacio que se me ha concedido agregando ejemplos de las medidas cautelares que dicta (o efectúa de hecho por acción u omisión) la administración en su ámbito de competencia procedimental. Pero los ejemplos bastan para exponer que la siguiente observaciones.

La petición de suspensión con un silencio especial ya fue ensayada en el Código Contencioso Administrativo de la PBA (22) como uno de los requisitos previos a la solicitud de la cualquier medida cautelar e inaplicada por los jueces desde el mismo inicio de la existencia de ese fuero. Es un típico ritualismo formal que impide u obstaculiza el camino de la verdad material. (23)

Y en lo atinente al Estado “actor” la aparición de esta legitimación se me ocurre más parecida a de la acción de lesividad que a una nueva concesión al poder público: la existencia de la acción de lesividad (24) debería haber puesto coto a la au-

(22) Ver nota 19.

(23) La renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia.

(24) A un caso similar, en el que se amplió la legitimación del Estado, en la Provincia de Buenos Aires, me referí en BIGLIERI, Alberto. La revocatoria administrativa en la Provincia de Buenos Aires. Publicado en LLBA 2009 (agosto) 705. “El actual código, en el juego coherente entre el artículo 2, inciso 7 que habilita la promoción de acciones por entes públicos estatales; el artículo 9 incisos 2 y 3 que ordenan la actividad procesal de esos entes y su representación en ambos roles del caso y la indeterminación del actor en las mandas referidas a las pretensiones (artículo 12 inciso 1) sobre anulación de actos, conforman una real existencia de la acción de Lesividad, aún sin expresarla con ese nombre. Cito, nuevamente a Botassi en una obra más reciente: “De

torevocatoria en sede administrativa — tampoco ocurrió mucho en la orbita federal, que la tiene atribuida desde la LNPA (25) y sin embargo, fueron contadísimos los casos en los que se recurrió y se recurre a esta facultad-.

Así las cosas, pienso que la potestad de pedir la suspensión de su accionar, será otra herramienta que quedara en el desuso, pues ambas — pretensión de lesividad y de medidas cautelares - lejos de inscribirse en el ámbito de las facultades, se instalan en la lista de limitaciones y cuidados que se deberían tomar para dejar sin efecto lo decidido o suspender la actividad material bajo un control judicial que una vez habilitado, juega (o debería jugar) como elevado muro de la autotutela administrativa utilizada sin ton ni son.

Todo esto me lleva a la conclusión de que nos encontramos ante una serie de normas pensadas (visto desde una óptica bondadosa) para reforzar las potestades públicas en el ámbito del derecho privado. Allí donde las relaciones igualan a las partes, donde la exorbitancia estatal cede paso a la igualdad civilista, es donde puede ser que aparezcan utilizadas estas normas legitimantes de la pretensión estatal.

No creo en casualidades, pero por ejemplo, si el caso del predio palermitano de la Sociedad Rural Argentina —sin que este comentario implique adelantar ninguna opinión de fondo sobre un caso que no he estudiado, pero me sirve de ejemplo desde sus externalidades— en donde la (hipotética) autotutela del dominio público no alcanzó para recuperar el bien ante un presunto incumplimiento del concesionario, el Estado contaría ahora con este camino ideal, y no solo para blandir la legitimación que le ha acordado el nuevo ordenamiento, sino para ensanchar la competencia de un fuero a límites cercanos a los del fuero porteño, que todos sabemos sobredimensionados por la falta de transferencia de los fueros nacionales.

esta manera el empleo abusivo de la facultad revocatoria, justificado en la inexistencia de acción de Lesividad y en los términos generosos de los artículos 114 y 117 de la Ley de procedimiento administrativo, habrá llegado a su fin, para beneficio de la seguridad de los particulares y merma del abuso de poder. Nótese que este camino que propiciamos, imprescindible para restablecer la seguridad jurídica, resulta de imposible tránsito en el anterior régimen que no admitía que actuando el Fisco como actor enderezara la demanda contra los particulares persiguiendo la nulificación judicial de sus propios actos.”

(25) LNPA. Artículos 18 y 27.

Acá aparece un exceso de celo en la técnica legislativa: las cláusulas de competencia en los contenciosos administrativos subfederales se orientan doctrinariamente a tener por objeto a la función administrativa, a excepción de la amplitud del fuero en la Ciudad Autónoma, que ha optado por la tomar la cláusula habilitante que suma la noción de objeto (relación normativa y procedimiento administrativo), más la del sujeto aforado (Estado Autónomo), solo para no caer en sede judicial nacional mientras no se opere la total transferencias de los juzgados comunes a la Ciudad.

Las cuestiones civiles del estado nacional, iniciarían su curso en sede contenciosa administrativa desde la pretensión cautelar, y vuelvo entonces al tema de las pretensiones: no me arriesgaría a decir que si esta pretensión esta formalmente conformada como una acción y presentada como una demanda, pueda dividirse el objeto litigioso, declarando competente a un juez solo para entender sobre una parte de la demanda.

Una pequeña dosis de esta alerta que acciono, se conoció en los últimos días con el estrépito político y periodístico que genero la factibilidad del Estado de intervenir desde las minorías (26) en las empresas que intruso (27) desde la liquidación

(26) Teoría comercial no receptada en Argentina, de la que tenemos solo algunas noticias en los casos de Arbitrajes internacionales en los que el CIADI, aceptó reclamos de minorías de socios.

(27) No considero que la tenencia de las acciones recibidas por la derogación de las AFJP produzcan los mismos efectos que su adquisición por los medios corrientes que pueden utilizar los particulares. La compra en la rueda bursátil no está prevista en el sistema de adquisiciones estatales, pues la puja que se produce en este tipo de sistemas puede elevar el valor de los bienes sometidos a valores no reconocidos y objetos no aceptados en las normas sobre

de las AFJP y el paso de sus paquetes de inversión bursátil al ANSES. Desde allí y con la fuerza que le concede la nueva ley de Comisión Nacional de Valores (28), con la especial competencia atribuida al fuero contencioso administrativo federal, que desde las nuevas pretensiones cautelares será indudablemente el competente.

Reflexión final

En la parte que me ha tocado comentar, y desde la introducción adelanté que cerraría estas líneas con una referencia a la incidencia de la Ley de Medidas Cautelares en todas las jurisdicciones. Estoy lejos de sostener que en el ordenamiento normativo procesal se produzca el “derrame” que las normas administrativas procedimentales producen en las organizaciones subfederales del país. La explicación y defensa del derecho sustantivo administrativo local, ha sido y es un trabajo arduo y cotidiano, pero nadie discute a esta altura que las normas procesales son resorte exclusivo de las provincias que se lo han reservado en el pacto constitutivo. En conclusión, este proceso chocará con la realidad de las necesidades a las respuestas urgentes que no desaparecen por el mero transcurso del tiempo, pero se ha nutrido de muchas ideas que funcionan bastante bien en las orbitas locales. Salvo, y reitero, las excepciones a la duración en el tiempo y los efectos de las apelaciones, que deben ser atacadas en el mismo inicio del trámite. ♦

expropiaciones. Estas últimas son el límite lógico, que el mismo Estado Nacional (auto)impuso en el caso YPF REP-SOL. Ver para ampliar: BIGLIERI, Alberto. ARGENTINA y sus compromisos internacionales. El caso YPF. En “Energía, Minería, Petróleo, Gas y otros sectores regulados”. Capítulo: “Argentina y sus compromisos internacionales. El Caso YPF”. Universidad del Externado. Colombia. 2012. ISBN 978-958-710-840-8.

(28) Artículo 20 de la LN 26.831.

EL PLAZO Y OTRAS RESTRICCIONES A LAS MEDIDAS CAUTELARES

A PROPÓSITO DE LA LEY 26.854

POR EZEQUIEL CASSAGNE

En estos últimos años hemos visto que distintos miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación propusieron en algunos de sus votos limitar la vigencia de las medidas cautelares que se obtienen en los procesos judiciales.

Así surgió del voto de la mayoría en la ya famosa causa “Clarín”, del 10 de octubre de 2010, por medio del cual la Corte si bien desestimó el recurso extraordinario presentado por el Estado Nacional que pretendía revocar la medida cautelar que había suspendido la aplicación del artículo 161 de la ley de medios audiovisuales 26.522, esto es, la cláusula que fijaba a la actora un plazo de un año para desinvertir y vender sus canales y radios, *obiter dictum* aconsejó la fijación de un plazo razonable para la vigencia de la medida cautelar -ex officio o en su defecto, a pedido de parte- en el entendimiento que la sentencia de fondo podría demorar un tiempo excesivo, y ello permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado. Los jueces Argibay y Petracchi no adhirieron a este voto, y simplemente desestimaron el recurso extraordinario por no dirigirse contra una sentencia definitiva o asimilable a tal. (1)

Hace dos años, en fecha 15 de marzo de 2011, la Corte dictó sentencia en la causa “Radio y Televisión Trenque Lauquen”, en la que también desestimó un recurso extraordinario del Estado Nacional contra la medida cautelar dictada a favor de la actora en

las dos instancias inferiores, por medio de la cual se ordenó al Estado Nacional que se abstuviera de autorizar la transferencia de una licencia de radiodifusión a dos empresas extranjeras en violación de lo dispuesto por la Ley de Radiodifusión 22.285 (Adla, XL-D, 3902), la Ley de Bienes Culturales 25.750 (Adla, LXIII-D, 3817), y ahora la nueva Ley Medios Audiovisuales 26.522 (Adla, LXIX-E, 4136).

En esta causa, el voto de los jueces Fayt, Argibay y Petracchi se limitó a declarar la inadmisibilidad del recurso por no dirigirse contra una sentencia definitiva. Pero los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, además de desestimar el recurso del Estado por esa misma causal, volvieron a aconsejar la fijación de un plazo razonable de vigencia de la medida cautelar, de oficio o a pedido de parte. En este voto conjunto, que a diferencia del caso “Clarín” no logró mayoría, se sostuvo, entre otras cosas, que la prolongación indefinida de una medida precautoria constituye una verdadera desviación del objetivo tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto cautelar, y que dicha situación no encuadra en la mala fe procesal pero constituye un abuso del derecho que no debe ser tolerado por los magistrados. (2)

Si bien estas ideas, elaboradas en un contexto determinado, no tuvieron muchos adeptos en la doctrina especializada ni en la jurisprudencia, recientemente el Congreso de la Nación sancionó la

(1) Cfr. CSJN, in re “Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares”, 10/11/2010.

(2) CSJN, in re “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. c. Estado Nacional s/incidente de medida cautelar autónoma”, 15/03/2011.

ley 26.854, que regula las medidas cautelares en las causas en las que el Estado es parte o interviene, en el marco de un controvertido plan de reforma judicial amparado bajo el lema de “democratización de la justicia”, donde lamentablemente el legislador no se ha privado de consagrar positivamente la exigencia de la fijación de un plazo a las medidas cautelares, entre otras reglas restrictivas.

Esta novedosa ley de cautelares contra el Estado, promulgada el 29 de abril de este año, establece un conjunto de requisitos y pautas estrictas para el otorgamiento de estas medidas provisionales por parte de los jueces, con la clara finalidad de evitar que el ciudadano pueda obtener una tutela anticipada e inmediata de sus derechos por medio de este instituto procesal arraigado en nuestra cultura cívica y jurídica.

En primer lugar, la ley 26.854 sienta algunas bases generales que los jueces deberían respetar al analizar la procedencia de una medida cautelar determinada. Así se establece, por ejemplo, que los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, o incluso distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias. (3) Esta exigencia, por sí sola, persigue eliminar directamente la gran mayoría de las medidas cautelares contra el Estado, pues gran parte de estas medidas cautelares ciertamente afectan, de uno u otro modo, recursos o bienes del Estado, como es el caso de las medidas cautelares en materia tributaria contra la Administración Federal de Ingresos Públicos.

Al propio tiempo, entre los requisitos de las distintas medidas cautelares que en esta norma se regulan, aparece en todos la necesidad de que la medida no afecte el interés público y que no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. (4) No se nos escapa que los jueces ya antes de esta ley debían valorar el interés público al momento de decidir el otorgamiento de una medida cautelar, en la medida que constituye la finalidad última de toda función estatal, que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia. (5) Lo que sí resulta objetable es la aplicación de este concepto a los fines de restringir la procedencia de las medidas precautorias, invocando en los hechos, como suele hacer el Estado, meras insinuaciones

dogmáticas, en un claro propósito de eludir el control judicial suficiente en el caso concreto. (6)

Ahora bien, ¿cuál sería ese interés público en un caso determinado? Ciertamente, el interés público a ponderarse no es el del acto, reglamento o situación de hecho en sí misma, sino el interés público de que se suspenda o no dicho acto administrativo o reglamento, o se mantenga o altere en forma provisoria una situación, mientras dure el proceso judicial. En rigor, se debe ponderar si el perjuicio al interés general que supondría dictar una medida cautelar determinada es mayor o menor al derivado de no dictarla. Y como señala Simón Padrós, el criterio del interés público “no puede admitirse sin más, debiendo por el contrario indagarse —en cada caso— la efectiva presencia de las razones de interés general que imponen la ejecución inmediata del acto administrativo. Y ello es así, pues como hemos señalado, no cualquier interés invocado por la Administración Pública será suficiente para concluir en que la suspensión compromete, por sí misma y apriorísticamente, el cumplimiento de fines generales impostergables”. (7) A su vez, hay que recordar que el interés público no debe ser aquél perseguido por una administración en particular, sino el de toda la comunidad. (8) De

(6) GONZÁLEZ PÉREZ afirma que “a la hora de decidir sobre la medida cautelar —de suspensión de la ejecución o de cualquier otra que sea necesaria para garantizar la eficacia de la sentencia— ha de tenerse en cuenta no el interés público como algo abstracto, sino el interés concreto en juego”, en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., p. 2048.

(7) SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 292.

(8) Al respecto, ESCOLA sostiene que “en ciertas ocasiones, sobre todo en regímenes políticos de sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público “del pueblo”, como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la administración pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el Jefe de Gobierno, conductor o leader de turno ... podrá darse la presencia de un interés, en cuanto se trata y consiste en una cosa o un bien a los que se considera valiosos, y que son queridos y pretendidos por quien los propone y define. Pero nunca podrá sostenerse, con propiedad, que ese interés sea un interés público, pues faltará esa coincidencia mayoritaria de intereses individuales que es la que otorga aquel carácter. Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la administración pública, etc. Pero no de un interés público, condición que no adquiriría ni aun cuando ese interés, al que no se ha trepitado en llamar a veces superior, pudiera ser impuesto coactivamente a toda la comunidad: es que el interés público es sólo el resultado de querer voluntaria y libremente formulados, y nunca impuestos forzosamente a los componentes de la comunidad...”, en ESCOLA Héctor

(3) Art. 9 de la ley 26.854 (Adla, Bol. 12/2013, p. 1).

(4) Arts. 13, 14 y 15 de la ley 26.854.

(5) Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964, p. 180; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, 10ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2011, pp. 21 y 748/9.

todas formas, nuestra opinión es que, en principio, frente a una ilegalidad manifiesta no es procedente la invocación del interés público. (9)

Por su parte, la exigencia de que la medida cautelar no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles, es inconstitucional y así deberá ser declarada por los jueces, en el marco del respeto al principio de la tutela judicial efectiva. De hecho, muchas decisiones cautelares necesariamente tendrán un efecto jurídico irreversible, siendo además un parámetro tan amplio que puede abarcar a la totalidad de las medidas cautelares otorgadas contra el Estado Nacional. En rigor, toda medida cautelar tiene ciertas consecuencias jurídicas irreversibles y otras no.

La ley 26.854 establece, asimismo, que los jueces deberán, previo a resolver, requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. (10)

En nuestra opinión, en ciertos supuestos donde el interés público adquiere una importancia relevante, no vemos mal que se corra un breve traslado a la otra

J., *El interés público*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 240/241.

(9) COMADIRA señala que “las nociones de interés público o bien común reconducen no ya al interés propio de la administración sino a los intereses generales de la comunidad a la cual la Administración sirve, por lo que exigir su valoración no supone afirmar, en nuestra opinión, la primacía de un interés público superior al de la propia legalidad del accionar administrativo porque éste no se puede desarrollar, en un Estado de Derecho, en contradicción con aquélla...” en COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Anotada y Comentada, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 257/258. En igual sentido HERNÁNDEZ CORCHETE entiende que si “la actuación administrativa es antijurídica el juez debe olvidarse de la ponderación de intereses y fijarse directa y exclusivamente si concurren el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* en el grado establecido por el legislador. En estos casos el interés público por muy trascendente que sea no puede ser usado para justificar la denegación de una medida cautelar.” en HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan A., “Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución Española. Una propuesta para un debate aún abierto”, REDA, vol. 13, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 164.

(10) Art. 4 de la ley 26.854. Ya hemos tenido oportunidad de comentar un proyecto de ley del año 2008 que pretendía obligar a los jueces a correrle en todos los casos traslado a la Administración antes del dictado de las medidas cautelares contra el Estado, y establecía otras exigencias inadecuadas que conculcaban el propio fundamento de éstas, es decir, la urgencia. Ver CASSAGNE, Ezequiel, *Proyecto de ley polémico sobre medidas cautelares contra la Administración Pública*, LA LEY, 2009-D, 1343.

parte a los efectos de que pueda ser oída y ejerza su derecho de defensa. Este emplazamiento no atropella el instituto cautelar sino que en algunos casos y circunstancias podría fortalecerlo, no existiendo, ni antes ni ahora, norma que lo prohíba. No obstante ello, hasta el dictado de esta ley, eran los jueces los que en cada caso concreto debían ponderar si era necesario el referido emplazamiento, dado que la técnica de la justicia provisional inmediata requiere de un análisis agudo y particular de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora de cada caso. Ahora, en cambio, se sienta una regla general perniciosa que exige la obligatoriedad del traslado previo, que podría generar injusticias en los casos concretos. Y si bien la nueva normativa prevé que cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción, lo cierto es que la ponderación de las circunstancias graves generará un sinnúmero de planteos, que pondrán en juego la legitimidad de las cautelares, a la par que se darán etapas de protección cautelar —hasta la contestación del referido informe—, seguidas por otras de desamparo —hasta que el juez decida la cautelar—, y nuevamente otras etapas de resguardo provisional —si se decide hacer lugar al planteo cautelar—.

Tampoco debe pensarse que tratándose un breve traslado, no es susceptible de ocasionar daños a los particulares. Resulta cierto que la ley establece un breve traslado de cinco días, pero no es menos cierto que el otorgamiento de la medida cautelar sufrirá más demoras, como consecuencia del procedimiento de todo traslado judicial (providencia que lo ordena, confección de cédulas, comparendo, y diligenciamiento). El peligro en la demora de una resolución temprana en el proceso en muchos casos no admitirá la posibilidad de promover traslado alguno, y los jueces deberán o declarar inconstitucional este precepto, o ampararse sin más a la permisión antes descripta. La tutela inmediata no permite dilaciones, si quiere ser efectiva.

Finalmente, en el plano fáctico, no debe descartarse que el Estado, al conocer en forma previa los requerimientos cautelares, disponga todos sus esfuerzos para evitar su concesión, desde su posición privilegiada de poder. En este entendimiento, una ley que permite la posibilidad de que la Administración Pública interfiera en las facultades jurisdiccionales del Poder Judicial, y de esta manera desnaturalizar los derechos de los particulares, en este caso, el de la tutela judicial efectiva, consagrado en nuestra Constitución Nacional y en el Pacto de San José de Costa

Rica, se aleja del fin mismo del Estado que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia.

Por último, y antes de volver sobre el análisis respecto al plazo, es importante señalar otras reglas contenidas en la ley 26.854 que entorpecen el buen funcionamiento de la justicia y están orientadas a frustrar el instituto cautelar, a saber: 1) la exigencia de una contracautela material, (11) 2) la exigencia de requerir la suspensión del acto en sede administrativa, (12) 3) el otorgamiento de efectos suspensivos a la apelación de las medidas cautelares que suspendan leyes, decretos de necesidad y urgencia, o delegados, (13) 4) la regulación flexible para las cautelares pedidas por el Estado (14) y 5) la extensión de la procedencia de la vía de la inhibitoria para supuestos de jueces de una misma jurisdicción. (15)

Pues bien, en esta reforma judicial dedicada a las cautelares, el Poder Ejecutivo ha establecido —y el Congreso sancionada—, bajo pena de nulidad, un plazo de vigencia a las medidas cautelares, incluso más exiguo de lo que uno podría haber previsto: tres meses en los procesos sumarísimos y en los amparos, y seis meses en los procesos ordinarios, (16) previéndose que al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable, siendo de especial consideración para la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida.

Asimismo, la norma prevé que “si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º segundo párrafo”. Precisamente, este segundo párrafo del art. 8 de la ley indica que “cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez -10- días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa”. Va de suyo que, en cualquier caso, siempre la medida cautelar debe subsistir

durante la tramitación de la vía administrativa, en la medida que hasta su conclusión, el administrado no tiene habilitada la instancia judicial.

Para comprender las implicancias que tiene fijarle un plazo a las cautelares, en esos términos tan exigüos, no debe olvidarse que el instituto cautelar importa una actividad preventiva que, por medio de una resolución temprana en el mismo proceso, asegura, en forma provisoria, que el transcurso del tiempo que demanda la labor jurisdiccional no perjudique o agrave el menoscabo sufrido al derecho que le asiste a la parte, situación que de no resguardarse podría provocar que la sentencia que luego se dicte resulte ineficaz. (17)

En efecto, la necesidad de una cautela se debe a que la satisfacción inmediata de una pretensión de conocimiento o ejecución resulta materialmente irrealizable. (18) Y para proteger ese derecho existe en nuestro ordenamiento el proceso cautelar, cuya finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en el proceso al que accede. En tal sentido, el proceso cautelar es accesorio a otro proceso.

Resulta oportuno recordar al profesor Palacio, cuando nos enseñaba que el proceso cautelar “es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”. (19) En este entendimiento, Calamandrei explicaba que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismo. Por tal motivo, este autor entendía que la cautelar es provisoria en el fin. (20)

El fundamento de la garantía jurisdiccional cautelar se encuentra vinculado a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos

(11) Art. 10 de la ley 26.854.

(12) Art. 13, apartado 2, de la ley 26.854.

(13) Art. 13, apartado 3, de la ley 26.854.

(14) Art. 16 de la ley 26.854.

(15) Art. 20 de la ley 26.854.

(16) Art. 5 de la ley 26.854.

(17) Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, *Las Medidas Cautelares contra la Administración*, en AA.VV., *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Director Juan Carlos Cassagne, La Ley, Provincia de Buenos Aires, 2007, p. 258.

(18) GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, “Control judicial de la Administración. Medidas cautelares”, en AA.VV., *Derecho Procesal Administrativo*, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 727.

(19) PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 14ª ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 773-774.

(20) CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 40.

de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial. Por ello, conforme lo establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los jueces pueden conceder medidas cautelares en toda clase de juicios, siempre que el derecho fuere verosímil y existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

Sin embargo, ahora nos enfrentamos a una ley que atenta contra el instituto cautelar en sí mismo, en la medida en que se postula la fijación de plazos de vigencia para el mantenimiento de las medidas cautelares contra el Estado, frustrando así su razón de ser, esto es, la urgencia de una protección judicial y el grave peligro de que esa protección se demore.

La fijación de un plazo de seis meses de vigencia de las medidas cautelares dictadas en los procesos ordinarios de conocimiento implica desconocer la finalidad del instituto cautelar, como garantía del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y del principio de la tutela judicial efectiva, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica, de jerarquía constitucional.

Como hemos sostenido en otras oportunidades, (21) es impensado fijar en términos generales un “plazo razonable” para las medidas cautelares, que prescinda del peligro en la demora que motiva cada dictado. Es más, si en un caso concreto pudiera establecerse un plazo, la concesión realizada de dicha medida cautelar generaría dudas porque el peligro tendría que justificarse únicamente para cierto plazo de tiempo. ¿Y luego? O desaparece el peligro y la urgencia, lo que lleva a pensar si ciertamente existió o, lo que es peor aún, el ciudadano simplemente queda desprotegido y se frustra definitivamente su derecho.

No debe pasarse por alto que las medidas cautelares son hoy en día la herramienta más eficaz para controlar a la Administración Pública. Fijarles un plazo de vigencia desnaturaliza un instituto importante dirigido a preservar la jurisdicción del Poder Judicial, tan caro a todo Estado de Derecho, y priva a los administrados de una tutela efectiva por parte de los jueces. Hay que tener presente, como señala Juan Carlos Cassagne, que “las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el prin-

cipio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público.” (22)

En definitiva, la pregunta que debemos hacernos es, ¿hasta cuándo puede mantenerse vigente una medida cautelar? Si bien la respuesta la encontraremos en cada caso concreto, lo cierto es que puede establecerse un criterio general, que no podría ser otro que reconocer la vigencia de las medidas precautorias siempre que se mantengan las circunstancias que originaron su dictado, o sea, el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, aún habiéndose modificado las causas.

Las medidas cautelares son accesorias, provisionales, inaudita parte y fungibles. Su carácter provisional permite que subsistan mientras duren las circunstancias que las determinaron, y en cualquier momento puede disponerse su levantamiento. Es más, esta posibilidad no se encuentra limitada a la existencia de hechos nuevos, sino también a la valoración de los presupuestos requeridos para su dictado.

Teniendo en cuenta que las medidas cautelares se hallan ordenadas a asegurar la eficacia de una sentencia posterior, las medidas cautelares deberán garantizar el buen fin de ese proceso y, siempre que se mantenga el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, deberán regir hasta la sentencia firme. Su limitación temporal es, en estos casos, una restricción inconstitucional, violatoria de la garantía de defensa en juicio y del principio de la tutela judicial efectiva.

En este punto, vale la pena destacar el pensamiento del gran jurista alemán Schmidt-Assmann, quien sostiene de manera enfática que “junto con la intensidad del control judicial es, sobre todo, la protección cautelar lo que se estima caracteriza a una tutela judicial efectiva de derechos subjetivos.” (23)

(22) CASSAGNE, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL, 2001-B, 1090. En rigor, GONZÁLEZ PÉREZ señala que “la esencia del Derecho Administrativo radica en una perfecta ecuación entre la prerrogativa y la garantía. Si el interés público exige que las entidades a las que se encomienda su realización desborden los moldes clásicos del Derecho común y adopten una posición de supremacía respecto de las personas que con ellas se relacionan, para que este régimen de prerrogativa no desemboque en la injusticia, es necesario que vaya indisolublemente unido a un perfecto sistema de garantías”, en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, Civitas, 1998, p. 2024.

(23) SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, La teoría general del Derecho administrativo como sistema, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003, p. 237.

(21) Ver. CASSAGNE, Ezequiel, El error de la insistencia en la aplicación de un plazo a las medidas cautelares, LA LEY, 10/05/2011.

A partir de la sanción de esta nueva ley, los jueces que no la declaren inconstitucional, tendrán que fijar un plazo máximo de seis meses para cada medida. Si bien la norma permite la prórroga, a petición de parte y previa valoración del juez, por otros seis meses más, nada dice si esa prórroga puede ser dada por única vez, o si cada seis meses el administrado podrá requerir su extensión. La única interpretación posible, al menos coherente con las garantías constitucionales, es que la prórroga podrá requerirse consecutivamente cada seis meses, de lo contrario estaríamos ante la prohibición absoluta de la tutela cautelar por el mero transcurso del tiempo.

Ahora bien, como hemos indicado al comienzo de este trabajo, algunos jueces de la Corte Suprema venían propiciando la idea del plazo de duración razonable de las medidas cautelares. Y la respuesta del Poder Ejecutivo, convalidada por el Congreso, ha sido la de fijar el término máximo de seis meses. Si bien nuestra opinión se orienta a rechazar de plano la fijación de un plazo genérico de duración de estas medidas, cabe preguntarnos si el plazo de seis meses resulta ser razonable.

Para Linares Quintana, “lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común”. (24) Por su parte, Bidart Campos advierte que “no cabe duda que es difícil definir, o siquiera conceptuar, qué es razonable. Alguien puede pensar que se trata nada más que de una pura apreciación subjetiva. Sin embargo, aunque la cuestión sea sutil, resulta susceptible de una estimación objetiva. En primer lugar, la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o no es conforme a justicia, lo que tiene razón suficiente... En segundo lugar, el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hace posible vivenciar al razonabilidad y su opuesto, la arbitrariedad”. (25)

Sagüés distingue tres exámenes de control razonabilidad que pueden realizarse a las normas y a los actos administrativos. El primero consiste en un test de razonabilidad normativa, en el cual se deberá analizar la coherencia de estos con la norma constitucional; el segundo es un análisis de razonabilidad técnica, esto es, que exista una apropiada adecuación

entre los fines de la ley y los medios para lograrlos y, finalmente, un test de razonabilidad axiológica, que apunta valorar su sentido de justicia. (26)

Pues bien, resulta bastante claro que esta nueva norma ha reprobado el primero de los tests. Ya hemos aludido a la inconstitucionalidad de la misma, en particular a la violación de la garantía constitucional de defensa en juicio y al principio de la tutela judicial efectiva, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica.

Con relación al análisis de razonabilidad técnica, es dable precisar que la lentitud del proceso judicial no debe beneficiar a ninguna de las partes. Ni a aquél que obtiene una medida cautelar, ni a aquél que se ve perjudicado por su dictado. En todo caso, existe un código de rito que establece plazos de caducidad para garantizar la conducta procesal de las partes, y cada parte se encuentra en condiciones, frente a la inercia de la otra, de impulsar el proceso. Al propio tiempo, los jueces podrán en cada caso concreto analizar el comportamiento procesal de las partes, e incluso pueden condenar a pagar daños y perjuicios si el requirente abusó o se excedió en el derecho que le ley otorga para obtener una medida cautelar.

En rigor, es un error que el Estado centre su pre-ocupación en el plazo de vigencia de las medidas cautelares. Por el contrario, el problema resulta ser el tiempo que depara cada proceso. Y en nuestro país, muchas causas suelen durar más de diez años, sobre todo si se genera una etapa probatoria importante. Los esfuerzos debieron orientarse a acortar los plazos de los procesos, mediante la utilización de nuevas herramientas tecnológicas, y así generar una mayor eficiencia. En cambio, a partir de esta nueva ley se pretende impedir y obstaculizar el funcionamiento de las medidas cautelares y la tutela judicial efectiva. Ni siquiera se advierte que, en muchos casos, ni las medidas precautorias alcanzan a proteger el derecho de las partes frente a la eternidad de los procesos. Por otra parte, si sólo se hubiera tratado de proteger a la parte perjudicada por una medida cautelar, en su momento propusimos una alternativa interesante, que implicaba la modificación del código procesal por ley formal, y que consistía en establecer un plazo reducido de caducidad del proceso de fondo para aquella parte que hubiera obtenido una medida precautoria. Por ejemplo, reducir para estos casos la caducidad del proceso ordinario de seis meses a tres. (27)

(24) LINARES QUINTANA, SEGUNDO, V., Tratado de Interpretación Constitucional, p. 559, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

(25) BIDART CAMPOS, GERMÁN, Manual de Derecho Constitucional Argentino, pp. 200/201, Buenos Aires, 1972.

(26) SAGÜÉS, Néstor, P., Elementos de Derecho Constitucional, pp. 700/701, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997.

(27) Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, El error de la insistencia en la aplicación de un plazo a las medidas cautelares, LA LEY, 2011-C, 1306.

Es evidente, a nuestro criterio, la irrazonabilidad técnica de la ley 26.854, así como también su irrazonabilidad axiológica. Veamos cómo operaría en los casos concretos, para realmente comprender su sentido de justicia. No debe olvidarse que es también tarea del jurista, del legislador, del magistrado y del funcionario, comprobar los efectos de los sistemas que rigen las relaciones jurídicas. En tal sentido, ya hicimos referencia a la prolongación desconsiderada de los procesos judiciales, durante los cuales es necesario, en algunos casos, contar con una tutela anticipada para evitar la frustración, durante ese trascurso de tiempo, del derecho que se reclama. Ahora bien, es oportuno destacar que en los procesos contra el Estado, el Congreso dispuso una exigencia innecesaria, oculta en una ley de emergencia económica, que establece que en todos esos juicios se suspenderán los plazos procesales hasta que el tribunal de oficio o la parte actora comuniquen a la Procuración del Tesoro de la Nación su existencia. Dicha normativa también estipula que la Procuración tendrá en esos casos un plazo de veinte días a partir de la notificación para tomar la intervención que ella considere pertinente, vencido el cual se reanudarán los términos procesales. (28) La misma ley prevé que recién a partir del vencimiento de dicho término, se procederá a dar vista al fiscal, para que se expida acerca de la procedencia y competencia del tribunal. (29)

En este escenario, el particular que obtiene una medida cautelar por el término máximo que esta nueva ley autoriza —esto es, seis meses-, y luego inicia el proceso ordinario dentro de los diez días hábiles judiciales que le permite el ordenamiento, se enfrenta a todo un procedimiento engorroso que dura en los hechos aproximadamente dos meses —ciertamente, la Procuración del Tesoro de la Nación nunca se expide sobre los juicios, y deja correr el plazo de 20 días- para estar recién en condiciones de correrle traslado de la demanda al Estado Nacional. Vale decir, al plazo de seis meses uno debería restarle aproximadamente dos meses, en el cual el impulso del expediente se entretiene en cuestiones que no permiten su eficaz avance. A ello hay que agregarle luego el plazo excepcional que el Estado cuenta a los fines de contestar demanda, que es de sesenta días hábiles judiciales, en contraposición con el plazo que tiene cualquier particular, que es de quince días. (30)

(28) Arts. 6 y 8 de la ley 25.344 (Adla, LX-E, 5547).

(29) Art. 8 de la ley 25.344.

(30) Ver art. 338 del CPCCN.

En tal entendimiento, la nueva ley que regula las cautelares exigirá, incluso en casos de probada celebridad, la petición de prórrogas del plazo de vigencia de las medidas cautelares aún antes de las respectivas contestaciones de demanda por parte del Estado Nacional. Por cierto, una exigencia a todas luces irrazonable, que demuestra una ignorancia absoluta de los procesos contra el Estado o, lo que es peor, un desprecio al administrado.

Tampoco se nos escapa el hecho de que el Estado —al igual que lo que ocurrirá con la obligada bilateralización de las medida cautelares-, dispondrá todos sus esfuerzos para evitar, en este caso, la prórroga de las mismas, desde su posición privilegiada de poder.

Este plazo de seis meses es incluso irrazonable a la luz de lo dispuesto por la Corte Suprema en la causa Clarín antes aludida. En dicha causa, el 22 de mayo de 2012 la Corte confirmó el plazo de treinta y seis meses de vigencia de dicha cautelar establecido por la Cámara en lo Civil y Comercial Federal, ponderando que “no resulta irrazonable y se ajusta a los tiempos que insume la vía procesal intentada (acción meramente declarativa), a la prueba ofrecida por las partes y a la naturaleza debatida”. (31)

En ese mismo pronunciamiento, en el que se fija un plazo de tres años de vigencia para una medida cautelar en particular, el Alto Tribunal ordenó que dicho plazo contara desde el dictado de la medida cautelar, pues a su criterio la actora —Grupo Clarín- había demorado casi un año en la notificación de la demanda, lo cual a juicio de la Corte, “resultaría demostrativo de un interés más centrado en lo provisional que en la resolución definitiva del pleito”.

Si bien, como hemos dicho, no compartimos el criterio de fijar un plazo razonable que no coincida con la finalización del proceso de fondo, es interesante observar que la Corte fijó, en un caso donde estimó que la conducta procesal de la actora no había sido del todo proactiva, un plazo seis veces superior al plazo máximo que por medio de la nueva ley de cautelares pretende imponérsele arbitrariamente a los jueces.

Asimismo, en la causa “Clarín”, la Corte ha analizado —para bien o para mal- el caso concreto y luego ha establecido el plazo de duración de dicha medida cautelar, ponderando la naturaleza de la materia debatida, el tipo de proceso y la prueba ofrecida. La ley 26.854, por el contrario, fija un plazo general que prescinde de las circunstancias concretas de

(31) Cfr. CSJN, in re “Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares”, 22/05/2012.

cada caso en particular. De ahí deriva, también, su irrazonabilidad.

Ahora bien, como era evidente, en la causa “Clarín”, la Cámara Civil y Comercial Federal de la Nación tuvo que expedirse nuevamente sobre el plazo de vigencia de dicha medida cautelar, dado que la parte actora, al vencimiento del plazo fijado por la Corte —el ya famoso “7D”, término que refiere al siete de diciembre de 2012, fecha en el que se cumplían los tres años de vigencia de la medida cautelar— requirió se prorrogue la medida cautelar hasta el dictado de la sentencia definitiva en la causa de fondo. En dicha oportunidad, el Tribunal, luego de analizar la conducta procesal de la parte actora y el avance del juicio, admitió, de manera acertada, el requerimiento formulado y por ende prorrogar la medida cautelar hasta la sentencia definitiva, “a fin de no alterar significativamente las circunstancias y asegurar la utilidad, oportunidad y eficacia del fallo que habrá de recaer en los autos principales”. (32)

Finalmente, la Corte Suprema confirmó este último pronunciamiento jurisdiccional. Para así decidir, el Alto Tribunal entendió que la decisión de prorrogar la vigencia de la medida cautelar por considerar que la acción principal se encontraba en una etapa próxima al dictado de una sentencia de fondo es fruto de una solución posible, siendo además un dato relevante “el hecho de que se hubiera disipado el riesgo de una excesiva prolongación del proceso”. (33)

Esta ha sido, a nuestro criterio, una solución que si bien ha servido a la Corte para salir del dilema que el mismo tribunal había creado, contiene elementos distorsivos del instituto cautelar, en la medida que vincula la subsistencia y la eficacia de las medidas cautelares a una duración corta de los procesos, no siendo posible para el administrado en la mayoría de los casos evitar la prolongación de los mismos. Como hemos dicho, la medidas cautelares deben asegurar la eficacia de la sentencia definitiva, y la lentitud del proceso judicial no puede, en modo alguno, perjudicar a la parte que reclama una tutela judicial efectiva. En rigor, la propia lentitud de la justicia es, en sí misma, una afectación grave de la garantía de defensa en juicio y del principio de la tutela judicial efectiva, como ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (34)

(32) Cfr. CNACCF, in re “Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares”, 6/12/2012.

(33) Cfr. CSJN, in re “Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares”, 27/12/2012.

(34) Cfr. CIDH, in re “Caso Furlan y familiares vs. Argentina”, 31/08/2012.

Pues bien, como hemos dicho en otra oportunidad, es importante reconocer que nos debemos un código procesal contencioso administrativo que establezca reglas adjetivas claras, no sólo sobre el instituto cautelar, sino sobre todos los procesos contra el Estado. (35) En ese marco se podría haber tratado este tema, y no como se ha hecho, dictándose una ley sumamente restrictiva e inconstitucional sobre el régimen de medidas cautelares contra la Administración.

Esta ley ha sido concebida en el marco de una extrema tensión entre el Poder ejecutivo de turno y distintos medios de comunicación. De hecho, la génesis de la aplicación de un plazo a las medidas cautelares se dio en dos causas donde el Estado Nacional es demandado, referidas a la ley de medios audiovisuales, y otras leyes vinculadas. Esta ley es fruto también de una concepción autoritaria que no tolera la administración de justicia, y que ha decidido no sólo continuar con los constantes agravios que ciertos funcionarios públicos o formadores de opinión efectúan contra los jueces que dictan medidas cautelares contra la Administración, mediante la utilización de frases desafortunadas tales como “justicia delivery”, “justicia express”, “jueces cautelares” o “justicia cautelar”, sino ahora contar con una legislación cautelar que, aun sabiéndose inconstitucional, generará graves problemas a los administrados.

Ya con anterioridad a esta nueva ley, desde la Administración, mediante el dictado de numerosos decretos, y desde el Congreso mediante la sanción de leyes, se ha tratado de impedir el dictado de medidas cautelares en casos concretos, como lo ocurrido con el denominado “corralito financiero” y la congelación de los depósitos bancarios (Decretos 905/02, 1316/02, Ley 25.587), disposiciones que, en esa parte pertinente, fueron declaradas inconstitucionales en más de una oportunidad por distintos fueros jurisdiccionales. (36)

(35) Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, “Proyecto de ley polémico sobre medidas cautelares contra la Administración Pública”, LA LEY, 2009-D, 1343.

(36) El artículo 12 del Decreto 214/02 estableció la suspensión de 180 días en la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares que tengan incidencia sobre las disposiciones que imposibilitaron el retiro de los depósitos bancarios. Los tribunales del fuero Contencioso Administrativo Federal inmediatamente declararon la inconstitucionalidad de dicha disposición. Véase, como ejemplo, la sentencia del Juzgado N° 10, secretaría 19, in re “Castillo, Pablo Christian c. M° de Economía — Resolución 9/02 s/amparo”, 11/2/02. A su vez, por medio de la Ley 25.587 el Congreso reguló el instituto cautelar en los procesos judiciales de cualquier naturaleza en que se demande al Estado Nacional, a entidades integrantes del

Es en este escenario donde los distintos estamentos de la sociedad deben contribuir al fortalecimiento de las instituciones republicanas, como la justicia, y más precisamente en este caso, el instituto cautelar que la preserva. Confiamos que muchas de las disposiciones de esta ley serán declaradas inconstitucionales por los tribunales competentes. Se encuentran en juego, nada menos, los principios de la tutela judicial efectiva y el de división de poderes.

En definitiva, son los jueces los que en cada caso concreto deberán ponderar si deben otorgar

sistema financiero, de seguro o mutuales de ayuda económica en razón de créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en la Ley 25.561 y sus complementarias y reglamentos. Entre los recaudos que dicha ley fijó para la procedencia de las medidas en cuestión, el que quizás más resistencia produjo fue el que estableció que “serán apelables con efecto suspensivo ante la Cámara Federal de Apelaciones que sea tribunal de alzada del juzgado que las dictó.” La sala II de la CNCAF dispuso la inconstitucionalidad de este precepto, in re “Grimberg Marcelo Pablo c. PEN Dto. 1570/01 s/amparo”, 25/6/02.

las medidas cautelares requeridas, a pesar de esta normativa inconstitucional, siendo junto con los abogados los responsables de que se abra paso con “resolución y con lucidez la técnica de la justicia provisional inmediata, que se ventila en el plano de las medidas cautelares, impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial en un momento en que la justicia definitiva no puede ser decidida sino tras larguísima plazos temporales (...) Se comprende fácilmente que el único instrumento hábil para hacer efectiva la justicia en una situación de este carácter, que puede proyectar hacia un futuro virtualmente ilimitado la solución definitiva de los procesos, el único instrumento hábil es este de la justicia provisional que las medidas cautelares hacen posible.” (37) Si bien estas reflexiones del profesor García de Enterría han sido concebidas desde el derecho comunitario y europeo, es fácil advertir su proyección a la realidad actual de nuestro país y de todos los sistemas jurídicos iberoamericanos. ♦

(37) GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992, p. 203.

EL PROCESO CAUTELAR Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO BASES FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO

POR JORGE DJIVARIS

Preliminar

Esta frase "*Me alegra comprobar que todavía hay jueces en Berlín*", la mencionó Federico II, Rey de Prusia, al ser notificado de una medida -a la cual bien podría asignársele el carácter de cautelar- decretada en su contra, a pedido de un campesino vecino a su palacio de San Souci.

Molesto porque cierto molino cercano afeaba el paisaje, envió a un edecán a que lo comprara por el doble de su valor para luego demolerlo. Al regresar el emisario con la oferta rechazada, Federico se dirigió personalmente al molino y duplicó su oferta. El molinero declinó, con tanta amabilidad como firmeza, la tentadora oferta. Ante el desaire, el encolerizado rey se retiró, no sin antes advertirle al campesino que si antes de que terminara el día no aceptaba lo ofrecido perdería todo, pues a la mañana siguiente libraría un decreto para expropiar el molino sin compensación alguna.

Cerca del anochecer, el molinero se presentó en el palacio y pidió ver a Su Majestad. El rey lo recibió complacido. Le preguntó si comprendía ahora lo justo y generoso de su oferta. El campesino se descubrió y, en silencio, le entregó a Federico una orden judicial que prohibía a la Corona expropiar y demoler el molino contra la voluntad de su propietario sólo por satisfacer un capricho del rey.

La crónica continua diciendo que funcionarios y cortesanos temblaban imaginando la furia que se desataría contra el terco campesino y el temerario

magistrado. Pero, finalizada la lectura, Federico levantó la mirada y dijo: "Me alegra comprobar que todavía hay jueces en Berlín". Saludó al molinero y se retiró, satisfecho por el funcionamiento institucional de su reino (1).

El instituto precautorio. Concepto

El proceso cautelar "es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva"(2).

Se explica también que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en si mismo. Por tal motivo, se entiende que la cautelar es provisoria en el fin (3).

El fundamento de la garantía jurisdiccional cautelar está vinculado a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial.

(1) Diario La Nación. 29.12.09.

(2) Palacio, Lino. E., Manual de Derecho Procesal Civil, 14° ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, ps. 773-774.

(3) Calamandrei, Piero, Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 40.

Esa urgencia conlleva el peligro de que la demora del proceso frustre la protección del derecho que el ciudadano ha encomendado a la justicia.

Si bien no es posible desconocer que las medidas cautelares persiguen la garantía objetiva de la inalterabilidad del equilibrio de las partes en el proceso, y por ende, la eficacia y seriedad de la justicia, su fundamento también radica en la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares que pueden verse conculcados frente a la demora de la actividad jurisdiccional (4).

Las medidas precautorias y la tutela judicial efectiva

Por las razones expuestas el proceso precautorio persigue como fundamento el principio de la tutela judicial efectiva, con rango constitucional, debido a la incorporación a nuestra carta magna del tratado de derechos humanos conocido como el Pacto de San José de Costa Rica (5).

En ese sentido el art. 8, inc. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), directamente aplicable conforme al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional prescribe; “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acción penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”

Se trata de un derecho reconocido por la Constitución como consecuencia misma del Estado de Derecho, en el que se elimina la autotutela. Son los órganos judiciales quienes dirimen las controversias pues poseen el monopolio de la administración de justicia.

Enseña la doctrina que el derecho a la tutela judicial efectiva, genuina expresión al derecho a la jurisdicción contiene dos elementos:

a) una formal, consistente en un proceso constitucional que tutele determinados derechos y garantías;

b) otro sustancial, que procura que la cobertura jurisdiccional tenga la suficiente celeridad, para que la pretensión esgrimida, no se torne ilusoria o

de imposible cumplimiento, dejando al justiciable en un total estado de indefensión (6).

No es ocioso recordar que es en nuestra Carta Magna donde se cristalizan los límites al poder del Estado, mediante la división de sus funciones; y es en definitiva nuestra Constitución Nacional la que aparece como valla fundamental para contener los impulsos y desvíos evitando caer en la ilegalidad, el abuso o el autoritarismo de turno.

Se puede advertir la importancia del proceso cautelar en los procesos constitucionales para la protección de los derechos fundamentales, como el amparo, hábeas corpus y hábeas data, en los que la suspensión de los actos (en sentido amplio) provenientes de autoridad o de particulares (en ciertos casos), constituye frecuentemente una decisión primordial, de tal suerte que sin su otorgamiento puede la vulneración ser irreversible o mermar la eficacia del fallo protector, por lo que es necesario en ciertos casos la dación de medidas cautelares no sólo conservativas, sino de carácter innovativas al coincidir en parte con en todo con la eventual sentencia estimatoria (7).

La tutela cautelar en relación con el derecho sustancial, constituye una tutela mediata, pues más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad clasificada. Son un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez, es un medio para la actuación del derecho (8).

Así, el derecho a obtener una medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial. Mediante este derecho se tiende a asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar y si ello no se da, entonces no podríamos hablar de una verdadera tutela (9).

La tutela cautelar se presenta desde la óptica del sujeto necesitado de tutela (“el justiciable”) como una auténtica garantía de obtener la tutela efectiva

(6) Figueruelo Burrieza, Angela, “El Derecho a la Tutela Efectiva”, Ed. Tecnos, 1990, España.

(7) Ferrer Mc Gregor Eduardo, “Los poderes del juez constitucional y las medidas cautelares en controversia constitucional”.

(8) Calamandrei, Piero, “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, Ed. Bibliográfica Argentina, pág. 45.

(9) Chamorro Bernal Francisco, “La tutela judicial efectiva”, Ed. Bosch, Barcelona, España, pág. 286.

(4) SIMÓN PADRÓS Ramiro, La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa, cit., p. 63.

(5) CASSAGNE, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL 2001-B, 1090.

y definitiva de sus derechos, en todos aquellos supuestos en los que el tiempo necesario para obtener la razón constituye fuente potencial de ineficacia de aquélla (10).

Lo dicho resulta plenamente aplicable a las medidas cautelares contra actos de la administración pública, no resultando conveniente su cercenamiento a partir de normas de carácter general, sin un análisis pormenorizado de la situación fáctica que en concreto se verifica en la controversia judicial que le sirve de antecedente.

Ello no implica desconocer la legitimidad y fuerza ejecutoria de los actos administrativos.

Es que en el cuestionamiento de la legalidad, justicia y validez de los actos administrativos ante la jurisdicción, las medidas cautelares se presentan como un capítulo esencial de la garantía de tutela judicial efectiva del ciudadano, frente a una administración que puede ejercer por sí sus decisiones, aún cuando estuvieren cuestionadas en aquella sede, favoreciéndose el uso del poder público (11).

Así se ha dicho que si bien, por vía de principio, las medidas cautelares no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, ello debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles (12).

La garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho: Está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia para que cumpla eficazmente su obra (13).

Lo expuesto no significa reconocer ni autorizar un uso ilegal o abusivo del instituto precautorio. Para dichas situaciones basta recurrir a la normativa vigente de naturaleza procesal que contiene claras prescripciones sobre el punto.

Sin embargo el análisis sobre la improcedencia, abusividad o antifuncionalidad de una medida cautelar debe realizarse en el caso concreto sometido a

estudio, sin caerse en generalidades que llevarían a desvirtuar las características propias del instituto cautelar precedentemente descriptas, con el consecuente riesgo de verse afectadas garantías propias del Estado de Derecho.

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Ante todo corresponde señalar que la Corte Suprema de Justicia ha expresado que las resoluciones que ordenan, modifican o levantan medidas cautelares, no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos que exige el artículo 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario federal (14). Sin embargo este principio no es absoluto ya que cede cuando aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos: 308:90; 319:2325; 321:2278), o cuando se configura un supuesto de gravedad institucional (15).

En relación al procedimiento precautorio propiamente dicho, el Máximo Tribunal tiene dicho que su finalidad no es otra que asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso, y su fundabilidad depende de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, más no de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal (16).

De igual modo se ha expresado sobre la existencia de disposiciones orientadas a superar situaciones de abuso o improcedencia en el dictado de medidas cautelares.

El artículo 208 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevé no sólo la posibilidad que el juez disponga el levantamiento de una medida cautelar si se demuestra que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, sino que también habilita la condena de los daños y perjuicios que tal conducta hubiera podido ocasionar.

En esa inteligencia nuestro más Alto Tribunal tiene dicho que la prolongación indefinida de una medida precautoria constituye una verdadera desviación del objetivo tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto cautelar. La finalidad de estas medidas

(10) Ariano Deho Adriana, "Problemas del Proceso Civil", Ed. Jurista Editores, Lima, Perú, pág. 596.

(11) García Pulles Fernando R., "Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo", Bs. As., Ed. Hammurabi, 2006, pág. 19.

(12) Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "Pluspetrol S.A. c. Estado de la Provincia de Neuquen s. incidente de nulidad". Del 31.10.06.

(13) Natalia F. Maques Battaglia y Matías J. Sac, "Las medidas cautelares contra la administración pública".

(14) Fallos 310-681 y 313:116.

(15) Fallos 323:337.

(16) CSJN, Estado Nacional (MESOP) c. Provincia de Río Negro s/ solicitud de medidas cautelares, 1991, Fallos, 314: 695.

es asegurar el cumplimiento de un eventual pronunciamiento favorable (Fallos:327:2490; 330:4076), objetivo que podría verse desnaturalizado cuando el excesivo lapso transcurrido desde su dictado les hace perder su carácter provisorio, permitiendo a quienes las requieren obtener de forma anticipada el objeto principal de su pretensión.

Para evitar ese efecto no deseado, se ha considerado conveniente la fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar. Este remedio preventivo puede ser utilizado de oficio, o bien la parte afectada promover la solicitud para que se fije el plazo.

Ello es así, pues si la índole provisorio que regularmente revisten las medidas cautelares se desnaturalizara por la desmesurada extensión temporal y esa circunstancia resultare frustratoria del derecho federal invocado, en detrimento sustancial de una de las partes y en beneficio de la otra (Fallos: 314:1202, voto concurrente de los jueces Cavagna Martínez, Barra y Fayt), la parte afectada por aquel mandato tiene a su alcance las conocidas instancias previstas con carácter genérico por el ordenamiento procesal para obtener de los jueces de la causa (artículos 202 y cc), y en su caso la del artículo 14 de la ley 48, la reparación del nuevo gravamen que se invoque (17).

La esencia de las medidas cautelares es su provisionalidad, según las más tradicionales caracterizaciones doctrinarias. Esto significa que siempre la medida se extingue ante la decisión cognitiva de fondo o la decisión final administrativa. Se trata siempre de resoluciones jurisdiccionales precarias, nunca definitivas. Esta afirmación, que está ampliamente reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia dominantes en el terreno del deber ser, se relativiza en el ámbito del derecho vivo que emerge del ejercicio jurisdiccional "en el campo del ser" pues las medidas cautelares tienden a ordinarse, es decir, a caer ellas mismas presas del fenómeno que procuran remediar, esto es, que el paso del tiempo convierta en tardía e inútil la decisión cognitiva. Esto borra su esencia misma, pues hace desaparecer su provisionalidad, dado que la medida cautelar agota o suple en buena parte el contenido mismo de la pre-

tensión jurídica e impulsa al peticionante a prolongar indefinidamente por todos los medios procesales a su alcance la decisión cognitiva de fondo, que llega cuando carece de toda importancia (18).

De manera lógica y razonable la Corte Suprema ha expresado que este agotamiento de la pretensión jurídica mediante la obtención de la medida cautelar es algo que no puede analizarse en abstracto, sino incorporando la dimensión temporal en la evaluación de las circunstancias concretas de cada caso, por imperio del mandato constitucional de afianzar la justicia.

Es aquí donde la jurisdicción debe observar la más cuidadosa cautela en miras al tiempo: si bien en algunos casos el curso del tiempo no afecta la naturaleza provisorio de la medida cautelar, porque dadas las particulares características no satisface el requerimiento de fondo ni se aproxima progresivamente a éste, no es menos cierto que en otros casos es éste el efecto que provoca (19).

Corolario

Los derechos tienen una misión social que cumplir contra la cual no pueden rebelarse, por lo que no pueden ser utilizados con cualquier objeto sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar. No pueden ser ejercidos sin más ni más, sino ara un fin legítimo y, en ningún caso, al servicio de la malicia, la mala fe o de la voluntad de perjudicar al prójimo, pues en este caso el apartamiento de la vía regular constituye un abuso del derecho (20).

Para dilucidar la concurrencia o no de las circunstancias expuestas en párrafos precedentes está llamado a actuar el Poder Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia y de sus Tribunales Inferiores, ejerciendo la función -esencial para el funcionamiento de la República- que la Constitución Nacional les tiene reservada a partir del principio de la separación de poderes. ♦

(18) Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. c. Estado Nacional s. medida cautelar", del 15.3.11.

(19) Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. c. Estado Nacional s. medida cautelar", del 15.3.11.

(20) Jossierand, Louis/Brun, André, "Derecho Civil", Buenos Aires, 1950, Bosch, Tomo I, págs. 153 y ss.

(17) Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. c. Estado Nacional s. medida cautelar", del 15.3.11; id. Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "Grupo Clarín S.A. s. medida cautelar", del 5.10.10.

LA INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD DEL RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS EN LOS PROCESOS EN LOS QUE EL ESTADO ES PARTE (LEY 26.854)

POR ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ

Sumario: I. Introducción. — II. Análisis crítico de la ley 26.854. — III. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. El Estado constitucional de derecho argentino se sostiene sobre dos dimensiones. Una conformada por los derechos. La otra constituida por las garantías. Ambas mantienen una permanente relación retroalimentante, de forma tal, que las garantías tienen por función esencial hacer efectivos los derechos. Existen dos derechos-garantías que sirven de puente entre estas dos dimensiones: la tutela judicial efectiva y el amparo, los cuales se conforman a partir de contenidos iusfundamentales y se proyectan en diversos procesos ordinarios y constitucionales.

2. Las medidas cautelares, en general, forman parte del contenido constitucional protegido del derecho a la tutela judicial efectiva en el campo de la interdicción general de la indefensión.

Son elementos estructurales en la configuración de la exclusión de la indefensión, resguardar la eficacia final de un derecho fundamental que busca mediante la garantía jurisdiccional una debida y oportuna protección ante acciones u omisiones del Estado o

de los particulares, como así también, evitar que una sentencia favorable se torne injustamente ilusoria. Por ello, el dictado y cumplimiento de una medida cautelar sin audiencia de la otra parte (esto es *inaudita et altera parts*) como regla general, es una derivación concreta del contenido constitucional protegido del derecho a la tutela judicial efectiva como una consecuencia lógica de su naturaleza sumaria y de la urgencia necesaria a su fin. Por lo tanto, si existe bilateralidad el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar -y por ende, el derecho fundamental que por medio de este se intenta proteger- recibe una intervención limitativa que debe contar con un argumento racional fundado en el mayor peso de otro derecho fundamental. Justamente es la ausencia de enunciación previa aquello que constituye la mayor fortaleza de una medida cautelar: sin sorpresa se transforma fáctica y procesalmente en una cautelar limitada que permite al demandado tomar conocimiento del proceso y actuar en consecuencia (en todos los planos posibles de la defensa).

También forma parte del contenido constitucional protegido del derecho a la tutela judicial efectiva

cautelar la interdicción de obstáculos formales que mediante la imposición de requisitos impida resguardar de forma útil el derecho fundamental o humano que intenta protegerse ocurriendo al órgano jurisdiccional.

3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 25, que el amparo es un recurso “eficaz, sencillo y breve”. Establecer un régimen de medidas cautelares irrazonable y desproporcionado se contrapone al concepto de eficacia, entendido como la disponibilidad directa e inmediata del amparo ante la violación de derechos humanos.

La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que *se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla*. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, *no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial*.

4. El objeto del presente artículo consiste en analizar la constitucionalidad y convencionalidad de ley 26.584 respecto del derecho a la tutela judicial y el derecho de amparo.

II. Análisis crítico de la ley 26.854

5. Los arts. 2.1, 3.4, 4, 5, 9, 10, 13.3, 16, 17, 19 de la ley 26.854 afectan de forma directa los siguientes derechos fundamentales y humanos, subjetivos y colectivos, patrimoniales y no patrimoniales, contemplados expresa o implícitamente en la regla de reconocimiento constitucional argentina:

- * Derecho de trabajar.
- * Derecho a formar sindicatos.
- * Derecho de ejercer toda industria lícita.

- * Derecho de navegar y comerciar.
- * Derecho de peticionar a las autoridades.
- * Derecho de reunión.
- * Derecho a la educación.
- * La garantía de la autonomía y autarquía universitaria.
- * Derecho a la integridad personal.
- * Derecho de entrar, circular, permanecer, residir y salir del territorio.
- * Derecho a la expresión y al acceso a la información sin censura previa.
- * Derecho de rectificación y respuesta.
- * Derecho a la nacionalidad.
- * Derecho a reconocimiento de la personalidad jurídica.
- * Derecho a la seguridad social.
- * Derecho a la protección de la familia.
- * Derecho a la intimidad.
- * Derecho a la libertad de conciencia y religión.
- * Derecho a la prohibición de la esclavitud y servidumbre.
- * Derecho a la indemnización por causa de un error judicial.
- * Derecho a la no discriminación.
- * Derecho de propiedad.
- * Derecho de propiedad intelectual.
- * Derecho al debido proceso formal y sustancial.
- * Derechos económicos, sociales y culturales previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (educación, trabajo, nivel de vida adecuado, formar sindicatos, proteger a la familia, participar de la vida cultural, acceder al agua)
- * Derecho a la protesta social.
- * Derechos de usuarios y consumidores.
- * Derechos de defensa de la competencia.
- * Derechos de incidencia colectiva en general.
- * Derechos políticos.
- * Derecho de resistencia constitucional.
- * Derechos implícitos (como por ejemplo: el derecho de acceder a las técnicas de reproducción

humana asistida, de acceder a la maternidad por subrogación o el derecho a la identidad de género).

* Derecho al nombre.

* Derecho de los niños, niñas y adolescentes.

* La garantía institucional prevista por el art. 75 inc. 19 de la Constitución argentina (entre cuyos contenidos se encuentra la defensa del valor de la moneda).

6. Los arts. 2.1, 3.4, 4, 5, 9, 10, 13.3, 16, 17, 19 de la ley 26.854 violan de manera manifiestamente ilegal y arbitraria el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de amparo por cuanto:

* Al establecer que los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuera de su competencia (art. 2.1), impide que se dicten medidas cautelares aunque existe verosimilitud del derecho y peligro en la demora, posibilitando que el daño estatal se mantenga y profundice hasta tanto se establezca la competencia del juez que deberá entender en la causa. Si ambos jueces se declaran incompetentes, la violación estatal se consumará hasta tanto se dirima dicha controversia, que muchas veces es eterna.

* Al establecer que las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal (3.4), se prohíben las medidas cautelares innovativas (que fueron las que posibilitaron que las personas recuperen sus ahorros ante el corralito y la pesificación) y las medidas autosatisfactivas (que permitieron que muchas personas pudieran cambiar su identidad de género de forma célere como por ejemplo el caso de Florencia Trinidad conocida como Florencia de la V).

* Al establecer que previo al dictado de una medida cautelar el juez deberá requerir a la autoridad pública un informe que dé cuenta del interés público comprometido (art. 4), se impone una bilateralidad que destruye la garantía de la *inaudita parte* y posibilita que el Estado promueva por vía incidental la producción de frondosa prueba técnica pericial e informativa a los efectos de poder acreditar como se compromete el interés público.

* Al imponer un plazo general, universal, apriorístico de duración máxima de la medida cautelar dictada (art. 5), se viola la división de poderes y el derecho al debido proceso formal y sustancial, por cuanto se desconoce las facultades ordenatorias e instructorias que titularizan los jueces en el ejercicio de su función judicial para ponderar, según los hechos del caso concreto, el alcance de la medida cautelar que debe adoptarse a efectos de lograr una efectiva tutela judicial. Es irrazonable y desproporcionado preten-

der dar una única respuesta al infinito universo que genera la casuística emergente en torno al dictado de medidas cautelares.

* Al establecer que los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado (art. 9), se inhibe el dictado de medidas cautelares, en la medida que se trate de derechos patrimoniales o no patrimoniales, siempre existirá una afectación del patrimonio estatal. A esto se suma, que con dicha restricción, se prohíbe el dictado de medidas cautelares que tengan por objeto la tutela de derechos ambientales en la medida que se afecte directa o indirectamente el patrimonio del Estado.

* Al prohibir a los jueces imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias frente al incumplimiento del un mandato judicial cautelar (art. 9), se priva a los magistrados y a los justiciables de un instrumento esencial a la hora de poder hacer realmente efectivas las medidas cautelares, por cuanto, un funcionario podrá incumplir sin perjuicio personal alguno, y a sabiendas, que quién deberá abonar las astreintes pertinentes por su conducta violatoria será el Estado. También al no excluir expresamente de dicho enunciado normativo a las medidas cautelares dictadas con el objeto de proteger derechos ambientales que afecten, obstaculicen, comprometan, distraigan de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, la excepción establecida para el dictado de medidas cautelares respecto de los derechos ambientales, solamente proceden cuando su dictado no afecte o comprometa los recursos estatales. En otras palabras, si la lógica de la excepción que desarrolla la ley 26.854 es establecerla expresamente cuando ésta procede, respecto del dictado de medidas cautelares que afectan recursos estatales no se invocó ninguna excepción.

* Se impone que las medidas cautelares solo tendrán eficacia práctica cuando el justiciable otorgue una caución real o personal para afrontar las eventuales costas y daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera causar (art. 10.1), con lo cual solamente podrán efectivizar una cautelar dictada, las personas que cuenten con un mínimo patrimonio de respaldo. A esto se agrega, que el beneficio de litigar sin gastos —única excepción prevista— tiene un carácter sumamente restrictivo y obliga a las personas a tener que probar su incapacidad económica para afrontar los gastos del juicio que promueve.

* Establece que la apelación por parte del Estado de una medida cautelar que suspenda los efectos de un acto estatal tendrá efectos suspensivos (art. 13.3),

con lo cual a pesar de que se detectó la existencia de una gravamen irreparable por parte del Estado, el mismo se sigue produciendo hasta tanto el recurso sea resuelto por la respectiva Cámara de Apelación. La misma estructura procesal que utilizó con el decreto-ley 16.986, cuando para “aniquilar” el radio de protección de la acción de amparo contra actos de autoridad estatal creada pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Siri”, estableció en el art. 15 el efecto suspensivo de las apelaciones.

* Establece un régimen de medidas cautelares a favor del Estado (arts. 16 y 17) que presenta las siguientes características: a) *Presupuestos habilitantes*: las medidas cautelares se pueden dictar cuando exista un riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios el interés público (que es un concepto indeterminado sin base constitucional o convencional alguna y que ha servido de fuentes permanentes de abusos y limitaciones del sistema de derechos), el patrimonio estatal (con lo cual nunca siempre se podrán dictar medidas cautelares contra los derechos de las personas mientras exista una mínima afectación indirecta del patrimonio estatal) u otros derechos que titularice el Estado (la idea del Estado titularizando derechos como fundamento para limitar los derechos que titularizan las personas es un concepto propio de los regímenes autoritarios de principio de Siglo XX como por ejemplo el fascismo) y b) *Régimen procesal aplicable*: se establece un régimen procesal que le otorga al Estado todas las prerrogativas garantistas, que en simultáneo les niega a las personas que litiguen contra el Estado, generando una clara situación de desigualdad discriminatoria interdichada por el derecho a la no discriminación.

7. El supuesto régimen de excepciones previsto configura una falacia normativa y simbólica.

La ley 26.854, establece un supuesto régimen de excepciones a las cuales no se aplicaría el régimen general establecido.

La primera excepción se refiere a “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso”. En consecuencia, se exige una actividad probatoria de la vulnerabilidad, lo cual es como mínimo perverso, por cuanto la vulnerabilidad no se prueba se sufre. Un buen parámetro de comparación lo ofrece el art. 75 inc. 23 de la Constitución argentina, a través del cual los Convencionales Constituyentes delimitaron expresamente los grupos vulnerables que deben ser constitucionalmente protegidos mediante acciones positivas. La presente ley les exige a los niños, mujeres, ancianos y las personas con discapacidad que aparte de serlo lo demuestren procesalmente.

La segunda excepción se refiere a que “se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos”. Pues bien, no existe dicha categoría en el mencionado Instrumento Internacional, el cual a la vez, tampoco incorpora de forma expresa y operativa derechos económicos, sociales y culturales (tal como si lo hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

La tercera excepción se vincula con la salud a secas sin definirla como lo hace el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10: “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

III. A modo de conclusión

8. Quizás un buen ejercicio para poder internalizar las consecuencias que traería aparejada la concreción sociológica de esta norma, sea reflexionar cinco minutos sobre aquello que más nos importa dentro de nuestro plan de vida en términos de ejercicio de derechos, y una vez visualizado, tomemos plena conciencia que podría el Estado arrasar con ellos, y no tendremos ninguna tutela judicial efectiva que nos ampare ante dicha situación. ♦

LAS MEDIDAS CAUTELARES ANTE LA LEY 26.854

POR OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI

Sumario: 1. Emplazamiento actual de la teoría cautelar. — 2. Naturaleza jurídica de las medidas precautorias. — 3. Las reformas que introduce la ley 26.858. — 4. El marco normativo y sus imprecisiones. — 5. Suspensión del acto administrativo. — 6. El procedimiento previo a la admisión de cautelares. — 7. El plazo de vigencia para las cautelares dispuestas. — 8. Contracautela. — 9. La medida positiva. — 10. Medidas cautelares pedidas por el Estado. — 11. Tutela de urgencia por la interrupción de los servicios públicos. — 12. Procesos excluidos.

1. Emplazamiento actual de la teoría cautelar

La teoría cautelar tiene en la doctrina y las aplicaciones jurisprudenciales un marcado avance que termina refiriendo a un “*derecho a la tutela cautelar*”, porque se desprende de la naturaleza procesal para indicarla como una garantía o un derecho fundamental. Algunos lo fundan en el derecho constitucional a la prestación de la tutela judicial efectiva, donde la obra de García de Enterría se tomó como piedra de toque; (1) Chamorro Bernal dice que [...] “el derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a éste”. (2) En fin, los estudiosos españoles han desenvuelto consistentemente esta idea que nos parece apropiada en el contexto de su estructura jurisdiccional donde el control de constitucionalidad tiene particularidades definidas.

Sin embargo, en nuestra Constitución no existe un derecho especial para conseguir la tutela cautelar;

en todo caso, la garantía que el proceso ofrece como tal, debe conseguir reaseguros de su eficacia, siendo éste el que reclama una colaboración y no el derecho del que peticiona. Hay, es cierto, una revolución importante en el concepto que permite diseñar la trascendencia de lo cautelar a partir del derecho a la efectividad de las decisiones judiciales, pero no surge explícito que sea lo cautelar una garantía autónoma.

Conviene darse de cuenta de la trascendencia que tiene la diferencia, porque anidan en el problema cuestiones que exceden la simple disposición del derecho. Dar relevancia constitucional propia a lo cautelar supone generar una cuestión de naturaleza federal que convierte en autónomo al derecho y en independiente al proceso que resulta de la pretensión. Distinto es valorar su importancia en el concepto global del debido proceso o afinarlo en las garantías del cumplimiento de la sentencia, pero lo cautelar puro (no sus variaciones y extensiones que tienen singularidad y perfiles propios, como la tutela urgente o las de satisfacción inmediata) no tiene naturaleza fundamental como sí lo posee el proceso donde se inserta y al que responde.

A lo sumo, la singularidad que tiene la tutela cautelar es el poder de la jurisdicción para otorgar la medida que considere más idónea y efectiva, siendo

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La batalla por las medidas cautelares, Cívitas, Madrid, 1995 (2ª ed.), p. 275.

(2) CHAMORRO BERNAL, Francisco, La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución española, Bosch, Barcelona 1994, p. 286.

la elección discrecionalidad de las facultades, más no una tutela diferente que actúe con independencia del proceso donde interviene.

2. Naturaleza jurídica de las medidas precautorias

La naturaleza jurídica de lo cautelar puro es de garantía. Su destino es prevenir el impacto del tiempo en el proceso, sea conservando la cosa objeto del conflicto, o resguardando el interés legítimo de las partes para que la sentencia no sea ilusoria. Desde esta perspectiva, no hay autonomía del proceso cautelar, porque él existe en función de otro litigio por el que responde; y se inserta allí apenas cumplidos los trámites formales de la admisión, procedencia y ejecución de las precautorias dispuestas.

Este es el esquema de la tutela cautelar, donde lo más complejo para dilucidar es si el amparo que ofrece es para las personas, o para la misma esencia de la función jurisdiccional. Ello así porque la doctrina tradicional sostiene que la verdadera protección no es para el proceso y su eficacia proyectiva (en esencia, la ejecución de lo juzgado) sino para el objeto del litigio, que se guarece con medidas provisionales de tipo cautelar.

En términos ejemplificativos sería confirmar que una medida precautoria no anticipa el mérito del derecho planteado sino que ampara provisionalmente la cosa o personas que son objeto del debate entre partes; esa provisoriedad caracteriza lo cautelar, que culmina su función con la sentencia de mérito, que es la única vía desde la cual se puede esperar la tutela judicial efectiva. De allí la instrumentalidad que tiene la decisión cautelar, al prestar un servicio en transición hasta la resolución final del proceso.

La subsidiariedad emerge distintiva hacia otros procesos naturalmente preventivos que, a veces, se confunden con las medidas cautelares. Sin perjuicio de lo dicho, corresponde agregar que los perjuicios que tienden a evitarse con estas providencias asegurativas, responden a tiempos desiguales de la urgencia para dictarlas. Algunos procesos preventivos como la condena de futuro o la de *mere* certeza, operan sobre una base conocida que está en la conducta de quien sufre la cautela; en cambio, las medidas cautelares inspiran su aparición en la demora sustancial al trámite de los procedimientos.

De igual modo, se observa como uno cumple la finalidad dentro del mismo proceso, en tanto las otras subordinan su eficacia al resultado del litigio que apoyan. La accesoria es de tal significación que extiende sus efectos mientras persistan en el proceso principal las causas que la motivan. Si ese proceso no fuese iniciado, caducarían de pleno derecho, dando

lugar inclusive, a responsabilidades procesales y civiles por la actitud imprudente.

A partir de la instrumentalidad se derivan las notas características de las medidas cautelares: *sumariedad del conocimiento* y *cosa juzgada formal*; *provisionalidad* de las disposiciones sobre la materia como de las medidas que se dictan en consecuencia; *mutabilidad* o *variabilidad* de las precautorias dispuestas; discrecionalidad para resolver el tipo de medidas cautelares; *preventividad* como fundamento y razón de procedencia; y *responsabilidad* emergente por los daños potenciales que pueda ocasionar la traba, plano dentro del cual se encuentra, la caducidad de las medidas.

En suma, estas son las características de la tutela cautelar común, pensada como se planteó al comienzo; pero si la idea se amplía hacia fines poco mensurables, la dimensión de lo cautelar abandona los moldes predispuestos como lucha contra los riesgos del tiempo; o como herramienta para conservar las cosas u objetos de la litis; o finalmente, como elemento de facilitación de la eficacia jurisdiccional en su etapa ejecutiva. Entre otras extensiones, se podrían encontrar las previsiones cautelares dispuestas de oficio ante situaciones de emergencia o crisis constitucional (v.gr.: inaplicabilidad provisional de una ley); o lograr que se establezca una tutela diferenciada con lógicas de lo cautelar puro (provisionalidad de las decisiones en razón de la urgencia para adoptarlas); también para que la justicia actúe preventivamente eludiendo su tipicidad *ex post facto* (tutela cautelar material); o resolviendo con urgencia sin bilateralidad alguna cuando sea manifiesto y grave el riesgo de la sustanciación (medidas de satisfacción inmediata).

3. Las reformas que introduce la ley 26.858

Es historia conocida, por la repetida intención política de replantear una y otra vez disposiciones contrarias a las medidas cautelares, que al Estado no le gusta que se tomen decisiones contrarias a los intereses que sostiene.

Obsérvese que cuando los casos “*Siri*” y “*Kot*” comenzaron a difundir los beneficios del amparo contra los actos de autoridad pública y privada, respectivamente, el primer freno que se opuso fue la Ley 16.986 que reglamentó el juicio de amparo. El art. 2 inciso c) estableció que no era procedente la vía cuando [...]: “*La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado*”.

Este fue un decreto/ley dictado por el gobierno de General Onganía, pero el poder de la dictadura no fue impedimento para que la jurisprudencia arremetiera contra esta limitación infundada por la incertidumbre que produjo la amplísima denominación de "actividades esenciales del Estado".

Sin embargo, también el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con la denominada ley de equilibrio fiscal (Déficit Cero) dictada por el gobierno del ex presidente Fernando De la Rúa, que llevó el 25.453 (B.O. 31.07.01) (Adla, LXI-D, 4057), dispuso un nuevo párrafo en el art. 195 del Código Procesal, que lo integra actualmente. (3)

Como el estorbo dispuesto se creyó insuficiente, el decreto 1387/2001 (Adla, LXI-E, 5605) agregó un artículo, 195 *bis*, que transformó el mecanismo de obtención, e impugnación de las medidas cautelares. Posteriormente, se sancionó la ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44) que entró en vigencia el 6 de enero de 2002, que modifica la redacción del art. 195 *bis*, indicando en el art. 18 el texto siguiente:

Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las Municipalidades, de sus reparticiones centralizadas o descentralizadas, o de entidades afectadas a alguna actividad de interés estatal, podrá interponerse recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La presentación del recurso tendrá por sí sola efecto suspensivo de la resolución dictada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación requerirá la remisión del expediente. Recibido éste, conferirá traslado con calidad de autos a la parte que petitionó la medida por el plazo de cinco -5- días. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, previa vista al Procurador General de la Nación dictará sentencia confirmando o revocando la medida.

El juego, pretendidamente armónico de ambas disposiciones, en los hechos persiguió evitar que los jueces dispusieran medidas cautelares que obligasen a devolver importes de dinero (pesos o dólares) a los ahorristas que tenían invertidos sus fondos en el sistema financiero. Su inconstitucionalidad fue declarada repetidamente, al punto que casi de inmediato la ley 25.587 (Adla, LXII-C, 2860) la derogó pero dejó vigente el párrafo final del art. 195.

(3) El tercer párrafo del art. 195 dice: "Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias".

Esta disposición prácticamente es la misma que tiene la ley 26.854 (Adla, Bol. 12/2013, p. 1): El art. 9° dice: "*Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa o distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias.*"

Esta norma retorna o quiere volver a un cuadro ya resuelto como inconstitucional por la jurisprudencia. No se entiende así la razón de su insistencia. Las facultades jurisdiccionales para decretar medidas cautelares son, y deben ser, discrecionales. No se puede imponer, ni prohibir la admisión o procedencia de alguna de ellas, porque de hacerlo se viola la garantía del acceso a la jurisdicción, y en tal caso, se afecta el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 43, CN).

Se puede aceptar que cuando se trata de medidas de este carácter haya un estudio sereno y profundo del impacto que tiene para la sociedad, antes que para el gobierno. La ley, creemos, quiere resguardar los intereses del Estado no los de la administración de turno, de modo tal que se puede admitir que corresponda en cada caso analizar si esa limitación que se impone a la actividad jurisdiccional resulta o no contraria a la Carta Fundamental, de la que resultará la legitimidad de la pretensión para acceder a la medida cautelar pedida.

Por otro lado el precepto desvirtúa la finalidad de aseguramiento que se persigue; se trata de impedir el uso de facultades discrecionales del juez en torno a las modalidades de la precautoria. La libertad para decidir debe ser una garantía para la seguridad del justiciable y para la eficacia del servicio jurisdiccional. Por tanto, la directriz que encomienda este principio, admite que las medidas cautelares que se requieren deben ajustarse a sus límites precisos, sin ocasionar daños innecesarios a la contraparte, y preservando la materialización de la ejecución en el supuesto hipotético que fuera necesaria.

El art. 204 del Código Procesal (que coincide con el art. 3 inciso 3°) dice: "*El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger.*" Esta disposición pone en claro la libertad del juzgador para proveer las medidas útiles y efectivas, esto es, de acuerdo con la naturaleza de los bienes y demás circunstancias que rodeen el proceso.

Interesa apuntar que, ordenada la medida precautoria pedida por la parte y puesta en ejecución, al juez le está prohibido modificarla por encontrar consentida la precautoria y con principio de ejecución. El art. 204 que referimos, se refiere a la cautelar

solicitada, mas no a la que ha sido ordenada, si no media recurso.

El fundamento de estas facultades radica en evitar que las medidas cautelares sean fomento de actitudes extorsivas o abusivas, sin perjuicio de la flexibilidad que pondera el uso adecuado de cada una de las precautorias. El sentido preventivo acusa otra manifestación en el art. 205 que se aplica por la remisión que hace la ley nueva (art. 18) cuando indica: “*Si hubiere peligro de pérdida o desvalorización de los bienes afectados o si su conservación fuere gravosa o difícil, a pedido de parte y previa vista a la otra por un plazo breve que fijar según la urgencia del caso, el juez podrá ordenar la venta en la forma más conveniente, abreviando los trámites y habilitando días y horas.*”

Esta es una forma anómala de preservar la seguridad de una ejecución hipotética, anticipando la venta de los bienes embargados por el peligro inminente de su desaparición, o por el alto costo que representa su depósito, mayor de los que por sí produce.

La conformidad requerida a la parte para proceder a la venta, no muda el carácter ejecutorio que asume esta modalidad, transfiriendo el monto obtenido en la subasta a la nueva caución constituida. Por supuesto, al sujeto pasivo de la precautoria le queda siempre la posibilidad de sustituir los bienes por otros de valor equivalente.

Además, las medidas cautelares son esencialmente preventivas. No juzgan ni prejuzgan sobre los derechos del peticionante, pero conservan presente el objeto que tienden a proteger de manera que es fundamental el carácter protector de bienes del cautelado, y de seguridad para el justiciable.

4. El marco normativo y sus imprecisiones

La ley 26.854 comienza diciendo que se aplicará contra todas las pretensiones cautelares que se entablen contra el Estado y/o sus entes descentralizados. Y al final de ella (art. 19) cierra excluyendo la vía cuando se trate de juicios de amparo donde solo será aplicable la bilateralidad antes de resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares (art. 4, ley).

El encuadre formula diferencias entre modelos y presupuestos, porque las cautelares que se pidan en los juicios de amparo van a depender de los casos que se planteen; por ejemplo: *a)* Si el acto público o de un particular constituye una vía de hecho consumada, la medida cautelar será inoficiosa porqué las consecuencias se habrían cumplido y sólo se podría resolver una reparación; *b)* si la medida está cumpliéndose y la lesividad es continua, la precautoria puede suspender la agresión; *c)* si la acción se deduce contra un caso de amenaza, evidentemente

la medida de no innovar admite mantener los hechos como están, hasta que se resuelvan en definitiva; *d)* pero también el juez puede disponer una medida anticipatoria, que obrando dentro del marco de urgencia y expeditividad que el amparo requiere, lo faculta para anticipar los resultados que, de otro modo, no llegarían a tiempo.

Esta es la diferencia entre medidas precautorias y el amparo, donde las primeras deben dictarse con la eficacia que se tiene que conseguir para un proceso subordinado, mientras que el proceso constitucional tiene autonomía para cualquier medida provisional, aunque la ley 16.986 de preferencia a la de no innovar.

Ahora bien, el descuido evidente tiene siempre en vilo la prohibición genérica del art. 9, de modo que aun con la exclusión del amparo, y de los derechos a la vida digna, un derecho de carácter alimentario, salud y ambiente, queda de manifiesto una restricción que como tal condiciona la procedencia.

4.1 La bilateralidad

La bilateralidad que se resuelve como régimen general para las medidas cautelares contra el Estado, se pone en la línea de quienes entienden que toda resolución judicial exige, siempre, oír a la otra parte. Excluye entonces la aplicación del primer párrafo del art. 198 del Código Procesal que expresa: “*Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte [...]*”.

El problema puede estar en los procesos de amparo que, aun siendo excluidos, conservan la regla del art. 4 inciso 2), referido al plazo del informe sobre efectos de las precautorias, que se lo lleva a tres -3- días. Entendemos que hay aquí un error palmario, porque si se quiera mantener el derecho del Estado a ser oído antes de resolver una medida cautelar, debió decir que mantenía en el amparo las reglas del art. 4 incisos 1 y 2, y mantener como excepción el inciso 3° que sería el único supuesto de aplicación de la solución “*inaudita pars*”.

En nuestra opinión, la intención del legislador es que, aun en los juicios de amparo, se debe dar traslado al demandado para que exprese sobre las condiciones de admisibilidad y procedencia de la pretensión cautelar, pudiendo acompañar documentos que funden una eventual oposición. Este plazo de tres -3- días es diferente al que se otorga para producir el informe circunstanciado del art. 8 de la ley 16.986 (Adla, XXVI-C, 1491), pero así como en este caso se le exige al emplazado que justifique sus actos, también debería ser igual para la resistencia a que se dicten medidas cautelares, desde que la oposición por cuestiones de admisibilidad y procedencia

pueden ser solo formales y meramente enunciativas (reclamo administrativo previo; cuestiones esenciales del Estado; perturbación o afectación de recursos o bienes del Estado, etc.). Lo equitativo e igualitario sería que, si el demandante debe demostrar la idoneidad de la pretensión cautelar, también sea de igual exigencia la fundamentación que se pida como argumento para la inadmisión.

4.2 Los presupuestos de las medidas cautelares

Así como queda fuera del marco regulado el derecho a que se tomen decisiones cautelares sin oír a la contraria (afectado), también quedan inactivos en la etapa primera de admisión, los presupuestos tradicionales de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, los que recién cobran vigencia cuando se dispone la cautelar pertinente.

En efecto, la ley impone bajo el título general de “idoneidad del objeto de la medida cautelar” (art. 3) los siguientes requisitos:

a) Lugar: Queda prohibido dictar medidas cautelares por juez incompetente. Antes de considerar la pretensión, se deberá admitir la competencia salvo que lo hubiera hecho con anterioridad (art. 2 inciso 1). Las únicas excepciones permitidas son para asuntos donde existan sectores socialmente vulnerables que encuentren afectados sus derechos a la vida, salud y medioambiente. También cuando sean reclamos originados en cuestiones alimentarias. Aquí, inmediatamente después de dictar la medida, se tienen que enviar los autos al juez que se considere competente, quien de oficio tiene que determinar sobre el alcance (objetivo y subjetivo) y vigencia (eficacia temporal) en el plazo de cinco -5- días hábiles.

b) Tiempo: Las medidas cautelares se podrán requerir antes de formular la demanda; en forma contemporánea con ésta; o con el proceso en trámite. La pretensión debe ser para asegurar el objeto del proceso, es decir, o destinada a resguardar la eventual ejecución de una sentencia condenatoria o para conseguir una eficacia distinta que procura que el servicio jurisdiccional sea virtuoso. Es evidente, entonces, que referir al aseguramiento del objeto es una función difusa porque o se apunta al sentido preventivo de evitar perjuicios futuros, o se destina al reaseguro de la sentencia y la ejecución posible del mandato que reciben las partes. Pero además de aclarar como labora la jurisdicción en este terreno, debe aceptarse el contenido utilitario de las medidas cautelares como servicio dado fuera del proceso principal, o por vía de incidente si este fue propuesto.

El carácter instrumental se refleja inmediatamente, y no solo como remedio a la impaciencia de las partes, sino también, como una forma de aumentar el contenido publicístico del proceso. En tal sentido se dice que [...] “este carácter eminentemente publicístico de las providencias cautelares se pone de relieve, también en materia civil, en la mayor energía con que la jurisdicción se ejercita cuando está dirigida a fines cautelares; no solo en la aceleración del procedimiento y en el carácter sumario de la cognición, sino también en el acrecentamiento de los poderes de iniciativa del juez”. (4)

c) Presupuestos. Los presupuestos que hacen procedente una medida cautelar contra el Estado son: i) *demostrar el perjuicio que se sufre o que se quiere evitar;* ii) *señalar la autoridad que genera la afectación con sus actos u omisiones;* iii) *el derecho que se quiere resguardar o el interés que se persigue garantizar.*

Estos son requisitos autónomos e independientes de los que correspondan agregar como fundamentos que justifiquen la admisión de la medida cautelar respectiva.

Demostrar el perjuicio significa probar la afectación. No basta con tener un derecho líquido y cierto sino se agrega la verificación del daño sufrido. Éste se puede dar como amenaza, es cierto, pero como la perturbación sería hipotética, la medida cautelar debiera adecuarse a este fin de prohibición o anticipo provisional.

4.3 Prohibición de medidas autosatisfactivas

Las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal (art. 3 inciso 4). La disposición elimina toda pretensión cuyo contenido sea idéntico al de la demanda propuesta.

Es verdad que esta medida ha sido vituperada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recuérdese que en el caso “Bustos” se dijo que [...] “los beneficiarios de las medidas cautelares “autosatisfactivas” decretadas por tribunales inferiores han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio [...]”. No se puede dejar de señalar la irritante desigualdad que ha producido entre los depositantes la desorbitada actuación de los tribunales inferiores, que por medio de medidas cautelares denominadas “autosatisfactivas” descalificadas por la Corte provocaron un notable trastorno económico que incluso puso en riesgo la regularización de los

(4) CALAMANDREI, Providencias cautelares, cit., p. 141.

compromisos asumidos por la Nación frente a organismos internacionales de crédito. (5)

Estas medidas de inmediata satisfacción que suelen dictarse en juicios singulares resueltos “*inaudita parte*”, conculcan la contradicción y bilateralidad propia de un sistema que resguarda el derecho de defensa en juicio; pero no son inconstitucionales ni pueden ser injustas cuando en el marco de la urgencia que las fundamenta, promedia una mínima bilateralidad, y resuelve dando soluciones prácticas y efectivas.

Es decir, la actuación del juez en el proceso permite que disipe cuestiones de urgencia sobre la base de lo cautelar (con las medidas específicas que disponga, v.gr.: embargo, secuestro, etc.) o anticipándose a la sentencia definitiva (en cualquiera de las formas de tutela, v.gr.: medidas autosatisfactivas, medidas provisionales), logrando autonomía respecto al modelo clásico de confrontación entre partes.

Por más que auspiciemos el modelo, solo serían procedentes cuando los jueces actúen en ejercicio de poderes implícitos aunque apartándose de la letra de la ley.

4.4 Provisionalidad de las medidas cautelares

El inciso 3° del artículo 3 deja en claro que el juez no está sometido al principio dispositivo ni de congruencia para resolver medidas cautelares. Está facultado para elegir las más apropiada aunque no coincida con la pretendida, o inclusive puede limitarla.

En esto es similar al art. 204 del Código Procesal, de modo que existe libertad para decidir en los dos planos ya comentados de la seguridad del justiciable y de la eficacia del servicio jurisdiccional. Por tanto, la directriz que encomienda este principio, admite que las medidas cautelares que se requieren deben ajustarse a sus límites precisos, sin ocasionar daños innecesarios a la contraparte, y preservando la materialización de la ejecución en el supuesto hipotético que fuera necesaria.

La ponderación es una facultad del juzgador para proveer únicamente medidas útiles y efectivas, esto es, de acuerdo con la naturaleza de los bienes y demás circunstancias que rodean el proceso. Interesa apuntar que, ordenada la medida precautoria pedida por la parte y puesta ella en ejecución, al juez le está prohibido modificarla por encontrar consentida la precautoria y en etapa de cumplimiento.

(5) Fallos, 327:4495.

5. Suspensión del acto administrativo

La tradición jurisprudencial de la Corte sostiene la improcedencia de dictar providencias que afecten el principio de presunción de validez de los actos administrativos. (6)

Recuerda Comadira que [...]: “Generalmente, el pedido de suspensión resulta accesorio de un recurso administrativo pero puede también operar en forma independiente al mismo. Sin embargo, ello no puede llevar a sostener que exista una suerte de trámite de agotamiento de la vía administrativa —a través del pedido de suspensión— con carácter previo a la solicitud de medida cautelar. Por lo demás, la realidad indica que la administración nunca resuelve los pedidos de suspensión de los efectos del acto, y en todo caso, es difícilmente esperable que lo resuelva con la celeridad que la situación requiere.” (7)

Es cierto lo que afirma Cassagne respecto a que, [...] “nadie sustenta hoy —como antiguamente— la irrevisibilidad *in totum* de la discrecionalidad administrativa; pareciera que cuando se achica el campo de lo que antes se concebía como discrecional, aumenta el margen de control judicial y viceversa. Este fenómeno puede describirse como la paradoja de las reducciones, dado que, en algunas teorías o posiciones doctrinarias, la reducción del concepto responde a la idea de mantener inmunes al control jurisdiccional determinadas zonas de la actividad del Ejecutivo calificadas como actividad discrecional o privativa. Se puede advertir, entonces, que el proceso reduccionista no siempre persigue el mismo objetivo, ya que al poner el acento en dos órganos distintos del Estado (Ejecutivo y Judicial), genera consecuencias radicalmente diversas. Así, mientras para algunos el control es parte de la tutela efectiva de los derechos e intereses individuales y colectivos, para otros, el control de la discrecionalidad es susceptible de impedir o dificultar la realización de los fines económicos y sociales que persigue la Administración, en beneficio de los ciudadanos”. (8)

Con estos parámetros la tutela cautelar sufre el impacto del análisis de consecuencias, de modo que la medida a adoptar (v.gr.: suspensión del acto administrativo; prohibición de contratar; embargo, etc.) no solo judicializa la decisión de gobierno, sino que altera e incide en los derechos individuales o colectivos. Por eso, cuando la precautoria supone en

(6) Fallos, 315:956; 318:2374, entre otros.

(7) COMADIRA, Julio R., El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Buenos Aires, La Ley, 2007, 1ª ed., cap. 9, pp. 159-160.

(8) CASSAGNE, Juan Carlos, La discrecionalidad administrativa, LA LEY, 2008-E, 1056.

sí misma la protección del derecho, tiene que velar para que no influya desde lo individual al perjuicio general, a cuyo fin será preciso analizar si la admisión corresponde a un ámbito de la tutela cautelar individual, o en su caso, si encuentra proyecciones en derechos colectivos que podrán quedar o no alcanzados.

Posiblemente la jurisprudencia se orienta conforme los parámetros que llegan del modelo norteamericano de control de constitucionalidad, en los que el examen de razonabilidad depende del derecho constitucional afectado, antes que del perjuicio sufrido en un derecho patrimonial o convencional. El interés público prevalece sobre el derecho subjetivo individual.

En efecto, [...] “la Corte Suprema distingue entre el ejercicio del control de razonabilidad de leyes que incursionan en el ámbito socio-económico y que afectan derechos de naturaleza económica (“*economic rights*”), en especial el derecho de propiedad y la libertad contractual, y el ejercicio del control de razonabilidad de leyes que afectan derechos de naturaleza no económica (“*noneconomic rights*”), entre los que se encuentran el derecho a la privacidad, la libertad de expresión, la libertad religiosa, y otros derechos fundamentales.” (9)

(9) El origen de esta distinción se remonta a la célebre nota de p. 4 del juez Stone en el fallo *Carolene Products* (304 U.S. 144) (1938). En éste, la Corte Suprema estadounidense estableció una fuerte presunción de constitucionalidad de las regulaciones socio-económicas y subrayó que no iba a declarar inconstitucional una regulación socioeconómica por falta de adecuación entre el medio elegido y los fines perseguidos, a menos que dicha regulación careciera de toda base racional. Sin embargo, en esa nota de página, el juez Stone destacó que dicha presunción de constitucionalidad no existía en otro tipo de casos, y afirmó que: “a) Puede haber una visión más estrecha para la aplicación de la presunción de constitucionalidad cuando la legislación aparece prima facie dentro de una prohibición específica hecha por la Constitución, como es el caso de las diez primeras enmiendas, que son igualmente específicas cuando se las aplica como incorporadas a la decimocuarta; b) es innecesario considerar ahora si la legislación que restringe a aquellos procesos políticos de los que se puede esperar habitualmente la derogación de legislación indeseable, debe estar sujeta a un escrutinio más estricto... que lo que son la mayor parte de otros tipos de legislación [...]; c) ni tampoco debemos indagar si consideraciones similares entran en la revisión de leyes dirigidas a minorías religiosas o raciales, si el perjuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial que tiende seriamente a limitar la operación de aquellos procesos políticos en los que se confía habitualmente para proteger a minorías y que puede convocar a una más inquisitiva investigación judicial” (Cfr. Rivera (h), Julio César, *¿Cómo debe ejercerse el control de*

A diferencia de este criterio, en Europa y particularmente en España, se habla de una “constitucionalización de la protección cautelar”, que es propio de la evolución habida en la justicia administrativa que no tolera ya el privilegio de la ejecutoriedad inmediata de sus decisiones.

El cambio acompaña también las innovaciones en materia de justicia administrativa (10) que se proyectan hacia todos emitiendo un criterio distinto al de consideración tradicional para las medidas cautelares. Es decir, ya no se trata de evaluar los presupuestos comunes a estas providencias, sino de advertir si el principio de ejecutoriedad inmediata de los actos administrativos puede impedir el control de legalidad u obstruir que se dicten medidas provisionales.

Y la respuesta es negativa, principalmente porque las leyes procesales propician una limitación exagerada cuando se trata de aplicar medidas cautelares contra el Estado, de forma tal que los jueces prefieren tomar argumentos de las leyes de procedimiento administrativo que, pese a sus contrariedades, tienen más flexibilidad y discreción para la actuación jurisdiccional.

Por ejemplo, la ley nacional argentina (19.549) (Adla, XXXII-B, 1752) prevé la posibilidad de que la Administración suspenda la ejecución de los actos administrativos por razones de interés público, para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta; condición que de no quedar resuelta de oficio, se extiende al poder cautelar de los jueces con medidas que exceden de la simple suspensión de ejecutoriedad.

El criterio se observa en la mayoría de los ordenamientos procesales de nuestras provincias, que usan las leyes administrativas en lugar de los códigos rituales, lo cual significa no utilizar los presupuestos de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, sino de ampliar el estándar de la suspensión para conseguir más eficacia con medidas que pueden coincidir (satisfacción inmediata o autosatisfactivas) con el fondo del problema planteado.

Tomemos el caso del art. 177 párrafo final del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires (“*Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede*

razonabilidad de leyes que incursionan en materia socio-económica? LA LEY, 2002-D, 1116).

(10) Cfr. CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 28 y ss.

solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aún cuando no estén expresamente reguladas en este Código”), para corresponder nuestras afirmaciones. Surge así que el desplazamiento de los presupuestos tradicionales se cambia por otros de mayor elasticidad como resultan: *a)* la modificación perjudicial del *status quo*, *b)* el perjuicio irreparable, *c)* la inoperancia de la sentencia, *d)* el cumplimiento imposible de ella, *e)* la complicación de saneamiento posterior, etc.

5.1 El art. 13 de la ley 26.854

En lo particular de la ley 26.854 está el art. 13, que permite suspender, *en cualquier estado del proceso*, los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular, siempre que se justifique por el peticionante la concurrencia simultánea de los requisitos siguientes:

a) Probar sumariamente (lo que supone abrir un incidente dentro de lo cautelar, que lo vuelve inadmisibles por esta sola condición) que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior.

b) Verosimilitud del derecho invocado;

c) Verosimilitud de la ilegitimidad, que debe acreditarse por indicios graves, serios y precisos;

d) que no se afecta al interés público y

e) que la suspensión judicial de los efectos de la ley o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

El condicionamiento es tan gravoso para los derechos del administrado que el pedido de suspensión solo será admisible si antes de pedirlo judicialmente, se ha solicitado la pretensión ante la Administración (y resuelta en forma contraria); o esta no fuera respondida en el plazo de cinco -5- días desde la presentación de la solicitud.

En la práctica la suspensión del acto administrativo reviste la calidad de medida cautelar autónoma que, siendo similar a la prohibición de innovar, es distinta por otras características.

Una de ellas proviene de la posibilidad de conseguir la suspensión en sede administrativa (v.gr.: art. 12, ley 19.549, que dice, en su parte pertinente [...] *la administración podrá, de oficio o a pedido de parte mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público o para evitar perjuicios graves al interesado...*); en otras, porque la suspensión viene dispuesta por leyes especiales que al permitir el recurso judicial contra la decisión administrativa, impide la ejecución (a *contrario sensu*,

cuando las leyes determinan la ejecución inmediata y sin efecto suspensivo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la inconstitucionalidad atendiendo a que la definitividad de las decisiones es solo jurisdiccional calidad que no tienen los actos administrativos que, solo pueden quedar firmes e irrevocables por efectos de la preclusión; (11) asimismo, la suspensión se puede pedir sin juicio iniciado, en los términos de los art. 230 y 232 del Código Procesal.

En suma, la presunción de validez y ejecución plena de los actos administrativos no es una valla insuperable para conseguir la suspensión judicial, siempre y cuando, surja clara la arbitrariedad y/o ilegalidad manifiesta. Estos presupuestos son también la base para suspender la aplicación de una ley, decreto u ordenanza, y se razona la procedencia desde el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, las exigencias que suma el art. 13 deben agruparse en una sola condición, lo que produce casi una prueba de imposible cumplimiento. Por ejemplo, acreditar sumariamente que la ejecución del acto o de la norma producirá perjuicios irreparables, trabaja sobre una hipótesis de eventualidad que de los demás términos del precepto se fustiga.

Para ser ilícito un acto o hecho jurídico requiere actividad y concreción; pero también puede surgir de la amenaza o ante la inminencia comprobada que manifiesta su posibilidad de agresión. La ilegalidad tiene así un rostro posible, y otro solapado, pero ambos se combaten a través del instituto del amparo, o de la tutela que prometen las medidas cautelares.

Ahora bien, la ilegitimidad, por sí sola, autoriza la defensa de la Constitución, por la cual se persigue retornar a un estado de Derecho, en tanto es ilegal, justamente, “lo contrario a derecho”. Este es un concepto que tiene una dimensión más amplia que la legalidad, porque agrega un juicio de justificación de algo o de alguien, y ello ocurre cuando de manera plena se conjugan tres condiciones: que la conducta estudiada sea sustancialmente justa (justificación en función de los valores), lícita (justificación por la legalidad), y socialmente aceptada (justificación social).

Es verdad que la ilegitimidad supone calificar algo más que la simple ilegalidad: al hecho comprobado de la actitud contraria a derecho, se analiza la racionalidad de la decisiones, la valoración efectuada, las proyecciones que tiene, los efectos que produce y, en suma, la justicia que del acto surge. Pero también es cierto, que muchas veces un acto lesivo surge de

(11) Cfr. Fallos, 284:150.

comportamientos ajustados a derecho que siendo legales (por su encuadre *de iure*) son ilegítimos por no estar respaldados por la razonabilidad y criterio de justicia que todo acto constitucional porta intrínsecamente.

Para el final resta considerar la exigencia de no afectar el interés para ordenar la suspensión, en la medida que la jurisprudencia ha sido oscilante en su aplicación. Se pensaba que no sólo el acto administrativo debía ser manifiestamente arbitrario o ilegal, sino también, revestir de una gravedad evidente, sin lo cual no era posible admitir la existencia de un gravamen al interés público que pudiera comprometer la orden de suspensión. Es decir que el perjuicio invocado necesitaba un ámbito mayor al de la simple apariencia del buen derecho. Pero después, se atendió el reporte del daño que con el acto se provoca. Es decir, hay que advertir lo “manifiesto” de la ilegitimidad, antes que la gravedad que el hecho importa, porque del vicio se desprende la generalización del interés para ordenar la suspensión cautelar del acto o la norma.

Cabe agregar que la suspensión de actos legislativos (normas en general), es una facultad asignada al órgano jurisdiccional indicada precisamente en el mencionado art. 43 cuando expresa que “*podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*”, vía que quedará como herramienta de primera mano ante el obstruccionismo previsto en la ley 26.854, aunque pueda el Estado argüir que debe ser escuchada en forma previa a la decisión.

5.2 Efectos del recurso

La suspensión —total o parcial— dispuesta se puede recurrir por vía de reposición con apelación en subsidio, o directamente con el recurso de apelación. El efecto del recurso es suspensivo, cambiando así el régimen cautelar tradicional que impone el efecto devolutivo (art. 198 párrafo final del CPCC).

Hemos dicho antes que ahora, que las medidas cautelares y las suspensivas de actos administrativos pueden estudiarse en conjunto en razón de que ambos institutos portan idéntica finalidad preventiva, permitiendo a quien logra el decreto jurisdiccional, postergar hasta la sentencia la eficacia inmediata de las cuestiones que con la medida paraliza. (12)

Es cierto que en los juicios sumarísimos [...] “*la apelación se concede en relación, en efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia*

pudiere ocasionar un perjuicio irreparable en cuyo caso se otorgar en efecto suspensivo...” (art. 498 inciso 5, CPCC); pero después de la reforma del año 1994, el artículo 43 reunió en un sistema superior al adjetivo, los amparos contra actos de autoridades públicas y privadas, dejando en claro así la operatividad del efecto suspensivo como régimen general.

El art. 13 inciso 3 segundo apartado reconoce que tendrá efecto suspensivo el recurso cuando se trate de normas o actos donde se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la salud o u derecho de naturaleza alimentaria o ambiental.

En definitiva el efecto suspensivo que tan mal se interpreta, no es una pantalla para hacer de la medida cautelar de suspensión una pretensión autónoma que se quiere convertir en definitiva, sino, antes que ello, es una herramienta dispuesta para que las partes tengan un marco de certeza dentro del que ambos tienen el mismo deber de instar y llevar la causa con la máxima celeridad que imponen los intereses en pugna. (13)

6. El procedimiento previo a la admisión de cautelares

La ley 26.854 incorpora como etapa previa a la resolución de pretensiones cautelares, una sustanciación del pedido permitiendo que el Estado y/o sus entes descentralizados, dentro del plazo de cinco -5- días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes.

El traslado, como ya se dijo, anula el principio propio de toda cautelar que estriba en postergar la bilateralidad hasta que la medida se haga efectiva. Es el régimen del art. 198 del Código Procesal que ordena decretar y ejecutar las precautorias sin audiencia de la otra parte.

Pero excluir la bilateralidad no significa anular el derecho de defensa, sino apuntalar dos principios elementales para el sistema procesal constitucional

(13) Conviene recordar que los proyectos aún pendientes donde se crean las Cámaras de Casación, han traído al escenario procesal los recursos de casación e inconstitucionalidad que proceden contra medidas cautelares (arts. 288 y 295), asignándoles a los dos, efectos suspensivos. De este modo quien tenga una decisión favorable en primera instancia y aun confirmada por la alzada, no podrá ejecutarla mientras se sustancien los recursos generados.

(12) GOZAÍNI, Osvaldo A., Derecho Procesal Constitucional - Amparo, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 502.

que acuña nuestro país: por un lado profundizar la confianza en que los jueces actúen con prudencia y sana discrecionalidad; y por el otro, resguardar el objeto implícito en lo cautelar, que es actuar antes de que los hechos sucedan, porque el aviso puede producir la inexecución o impedir que se haga efectiva la medida cautelar pedida.

El interés comprometido en la causa puede dar lugar al requerimiento de intervención del Ministerio Público Fiscal, quien responderá la vista con un dictamen no vinculante.

El derecho a contradecir la procedencia es anterior al examen de los presupuestos cautelares. Cuando se deba resolver, primero habrá referencia a los intereses públicos comprometidos y solamente si ellos no promedian se estudiarán los requisitos habituales.

En este sentido, la procedencia de medidas cautelares contra la administración no difiere de las demás precautorias en cuanto a la reunión de presupuestos. La diferencia se encuentra en afirmaciones, no siempre constantes, respecto a señalar que la verosimilitud en el derecho debe ser apreciada con mayor rigurosidad en razón del principio de ejecutoriedad del acto administrativo y/o de la presunción de legitimidad del acto legislativo.

La ausencia de un criterio cierto permite encontrar grados en la apreciación del “*fumus bonis iuris*”, para razonar con mayor severidad respecto al probable interés público comprometido.

Al respecto, aclara Vallefn que [...] “cuando la medida cautelar no persigue mantener el *status quo* existente sino, precisamente, alterar ese estado de hecho o de derecho vigencia e antes de su dictado, requiere además de la concurrencia de los presupuestos básicos generales de toda medida precautoria, esto es: la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela, un cuarto requisito que le es propio, cual es la posibilidad de que se consume un daño irreparable”. (14)

Este perjuicio puede ser considerado en ambos frentes, es decir, o relacionado con la afectación que sufre el Estado, o con el padecimiento que se infringe al individuo. Inclusive, hay una tercera línea que sostiene que la prohibición de innovar cuando actúa como suspensión del acto administrativo no es una medida cautelar y por tanto requiere analizar este presupuesto con otras exigencias. (15)

(14) VALLEFÍN, Carlos A., Protección Cautelar frente al Estado, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 62.

(15) Los presupuestos de las medidas cautelares contra la administración son similares a las de las medidas cautelares

La existencia de *perjuicios irreparables* en el administrado exige demostración y fundamentos, pues ha dicho la Corte Nacional, entre otros casos, que [...] “si no se sustentó adecuadamente el perjuicio irreparable que sufriría la actora de no concederse la medida cautelar solicitada, no existen razones suficientes para adoptar una decisión tan grave como eximir la del cumplimiento de lo ordenado por la ley, que debe ser acatada hasta tanto se resuelva sobre su validez constitucional”. (16)

De igual alcance, pero en sentido inverso al interés del Estado, resulta la afirmación del mismo Tribunal

en cuanto a exigir la existencia, prima facie, de ilegalidad o nulidad en el acto atacado, y la posibilidad de sufrir un daño grave o irreparable en caso de no hacerse lugar a la medida, además de la ausencia de interés público comprometido. El CCAyT. no contempla, en cambio, la necesidad de prestar contracautela, o bien de dar “fianza bastante”, como lo exigen buena parte de los códigos provinciales. Sin perjuicio de ello, consideramos —dice Balbín— que también debería exigirse la concurrencia de este último requisito, por surgir implícitamente de los arts. 6º ley 7 (que hace expresa mención a la exigencia de fianzas o cauciones) y 207, CCAyT. (que contiene una aplicación puntual del instituto para la intervención judicial), y por corresponderse, además, con la naturaleza de las medidas precautorias [...] Entendemos que los dos requisitos enumerados por la norma deben concurrir en forma conjunta a efectos de tornarla procedente, si bien resulta aplicable en la materia la conocida doctrina según la cual los presupuestos de las medidas cautelares se encuentran de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, es menor la exigencia del peligro del daño, e inversamente cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable el rigor del *fumus* se debe atemperar. Fundamos nuestra afirmación, en ese sentido, tanto en la circunstancia de resultar aplicables los principios generales en materia de medidas precautorias, cuanto en la consideración de que, de no exigirse la presencia de ambos requisitos, bastaría con acreditar la gravedad del daño para obtener la suspensión de un acto administrativo, aun cuando el mismo no ostentare una ilegalidad manifiesta, lo cual conspira contra la presunción de legitimidad y la fuerza ejecutoria de que goza el acto, con arreglo al art. 12, Ley de Procedimientos Administrativos. Por otra parte, y teniendo en cuenta que la norma resulta aplicable tanto a la suspensión de la ejecución de los actos administrativos cuanto a la de los hechos y los contratos, entendemos que el análisis de los requisitos de procedencia de la cautela debe efectuarse con menor rigor cuando lo que se presente no es la suspensión de un acto administrativo, sino la de una vía de hecho de la Administración, pues en este supuesto no existe la presunción de legitimidad ni la fuerza ejecutoria que caracterizan a los primeros (Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, comentarios al art. 189).

(16) CS, 1997/05/19, “Universidad Nacional de Mar del Plata c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 250 C.P.C.)”, Fallos, 320:1027.

cuando sostiene que [...] “no concurren los supuestos excepcionales que permiten apartarse del principio que rige la materia respecto del pronunciamiento que —al hacer lugar a la medida cautelar— suspendió los efectos de la resolución del COMFER que revocó la que había conferido una licencia para la instalación y explotación de una estación de radiodifusión sonora por frecuencia modulada, pues la medida dispuesta tiene efectos limitados, tanto en lo que respecta a su beneficiario como en lo concerniente a su duración, y el apelante no demostró que le causa un perjuicio irreparable. (17)

El perjuicio también se resuelve desde la *amenaza cierta* de concretar un peligro inminente, que como en el caso anterior encuentra doble lectura. Para el Estado suspender una licitación en curso, una construcción que de paralizarla lleva más riesgos que los eventuales reclamados, o cualquier otra donde la balanza mide el perjuicio general con el individual, admite resolver con esa vara. Pero, desde la posición del individuo, el grupo o la clase, la ponderación tiene igual relevancia. (18)

(17) Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema. CS, 2004/11/16, “Radio Productora 2000 S.A. c. Poder Ejecutivo Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación”, Fallos, 327:5068.

(18) Al mediar suficiente verosimilitud en el derecho y en particular la posibilidad de perjuicio inminente o irreparable, de conformidad con lo establecido en el art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenar al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región involucrada por la situación de emergencia extrema, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios (CS, 2007/09/18, “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento”, Fallos, 330:4134). Cabe hacer lugar a la medida cautelar requerida en el marco de la acción de amparo promovida contra la provincia de Salta y el Estado Nacional, ordenándose de manera provisional el cese de los desmontes y talas de bosques nativos autorizados por la provincia, pues media suficiente verosimilitud en el derecho y la posibilidad de perjuicios inminentes e irreparables, de conformidad con lo establecido en el art. 232 del CPCCN, y resulta aplicable al caso el principio precautorio previsto en el art. 4º de la ley 25.675, limitándose su alcance a las autorizaciones otorgadas durante el último trimestre del año 2007 en atención a que los demandantes no individualizaron con precisión cuáles eran los desmontes o talas de bosques nativos autorizados que afectaron las áreas de influencia de las comunidades que representan, destacando especialmente que en aquel período se verificó un abrupto incremento en los pedidos de autorizaciones a tales efectos (CS, 2008/12/29, “Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo”).

Otra variable es resolver la admisión cautelar considerando la naturaleza del derecho y su incidencia patrimonial, conforme al cual la carga de acreditar el peligro que supone la ejecución del acto será mayor en las cuestiones económicas respecto de aquellas que no tienen tal compromiso. (19)

7. El plazo de vigencia para las cautelares dispuestas

7.1 El plazo razonable

La referencia a una vigencia temporal de las medidas cautelares contra al Estado (20) puede encontrar

(19) El peligro en la demora se manifiesta en forma objetiva si se consideran los diversos efectos que podría provocar la aplicación de las disposiciones impugnadas, entre ellos el perjuicio patrimonial invocado —que parece vislumbrarse dentro del estrecho marco de conocimiento que permite una medida cautelar—, lo que aconseja —hasta tanto se dicte sentencia definitiva— mantener con el alcance indicado el estado anterior al dictado de la ley provincial cuya constitucionalidad se cuestiona (disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni) (CS, 2008/02/12, “Nobleza Picardo S.A.I.C. y F. c. Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos, 331:108). No corresponde hacer lugar a la medida cautelar por medio de la cual se ordene a la provincia que, por un lado, suspenda la intimación de pago cursada por la autoridad fiscal y, además, que se abstenga de promover acciones ejecutivas por cobro de los tributos en cuestión hasta tanto se haya dictado sentencia, pues que la interesada no demostró el grado de afectación patrimonial que le ocasionaría, en su particular situación económica, hacer frente a los importes que concretamente le están siendo reclamados por el organismo recaudador (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni). CS, 2007/09/18, “T.S.R. Time Sharing Resorts S.A. c. Neuquén, Provincia del s/amparo”, Fallos, 330:4144 Corresponde revocar la decisión que decretó la medida cautelar mediante la cual se ordenó a la Dirección General Impositiva abstenerse de ejecutar los importes adeudados por la actora por obligaciones fiscales, si la materia que se encuentra en discusión, por su carácter patrimonial, no impide que eventualmente (CS, 1998/04/02, “Buenos Aires Catering c. Fisco Nacional (Dirección General Impositiva)”, Fallos, 321:695).

(20) El art. 5º dice: Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado. “Al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis -6- meses. En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres -3- meses. No procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2. Al vencimiento del término fijado, a petición de parte y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis -6- meses, siempre que ello resultare procesalmente

dos lecturas enfrentadas. Una línea de pensamiento trabaja sobre el derecho a que el proceso sea resuelto dentro de un *plazo razonable* (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en cuyo caso el período establecido para la eficacia precautoria guarda relación con el tiempo que se espera sea resuelto el caso donde se aplican.

Pensar en esta dirección supone poner en el primer lugar de los intereses la satisfacción rápida y expedita de los procesos contra el Estado. En consecuencia, si esta fuera la intención, se debieran derogar los beneficios que se tienen para contestar la demanda en el plazo de sesenta -60- días hábiles (art. 338, CPCC); revocar la comunicación que se debe hacer a la Procuración del Tesoro de la Nación (art. 6, ley 25.344) (Adla, LX-E, 5547) (21) así como la

indispensable. Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida. Si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º segundo párrafo”.

(21) El artículo dice: En todos los juicios deducidos contra organismos de la administración pública nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, obras sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales, fuerzas armadas y de seguridad, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, y todo otro ente en que el Estado nacional o sus entes descentralizados posean participación total o mayoritaria de capital o en la conformación de las decisiones societarias se suspenderán los plazos procesales hasta que el tribunal de oficio o la parte actora o su letrado comuniquen a la Procuración del Tesoro de la Nación su existencia, carátula, número de expediente, radicación, organismo interviniente, estado procesal y monto pretendido, determinado o a determinar. La Procuración del Tesoro de la Nación tendrá un plazo de veinte (20) días a partir de la notificación para tomar la intervención que ella considere pertinente, vencido el cual se reanudarán los términos procesales. En materia previsional de amparo y procesos sumarísimos el plazo será de cinco -5- días. La comunicación indicada en el párrafo primero de este artículo podrá ser efectivizada por medio de oficio, o a través del formulario que apruebe la reglamentación o por carta documento u otro medio fehaciente. En todos los casos el instrumento deberá ser conformado por el tribunal interviniente mediante la imposición del sello respectivo. Será nula de nulidad absoluta e insanable cualquier comunicación que carezca de los requisitos anteriormente establecidos o contenga información incorrecta o falsa. La Procuración del Tesoro de la Nación deberá mantener actualizado el registro de los juicios del Estado. Para los juicios que se inicien a partir de la presente ley, regirá lo dispuesto en los artículos 8º, 9º, 10 y 11.

habilitación de instancia aquí regulada; igualar con los derechos de las partes la declaración por oficio prevista en el artículo 407 del Código Procesal, o al menos, hacerla más útil y efectiva permitiendo que los funcionarios implicados sean llevados al proceso; entre otras tantas diferencias que se tienen en favor del Estado.

En este campo de operaciones sobre hipótesis, también se podría argumentar que el plazo se acomoda al régimen del art. 167 del Código Procesal, que después de la reforma de la ley 25.488 (Adla, LXI-E, 5468) se preocupa en considerar el tiempo dilatado para resolver, como falta grave y elemento de juicio importante para la calificación de los jueces y magistrados responsables respecto de su idoneidad en el desempeño de sus funciones.

Pero el plazo razonable, es un derecho subjetivo de las personas humanas, que pueden exigir que el proceso sea resuelto mientras perdure el interés jurídico. (22) Y en el sistema interamericano hay estándares pensados como derechos de las personas contra el Estado, no a favor de éste.

Estos presupuestos no se relacionan estrictamente con el deber de pronunciarse con términos perentorios, sino a considerar si el proceso puede ser resuelto en tiempos razonables teniendo en cuenta: a) a naturaleza y complejidad de la causa; b) la actividad de las partes en el proceso, y c) la actuación del órgano jurisdiccional.

Inclusive desde el caso “*Valle Jaramillo y otros v. Colombia*” (3/04/09), se añade la afectación que genere la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

7.2 Limitación temporal de las cautelas

Otra línea se dirige a poner un límite a lo cautelar. Hay un plazo máximo de seis -6- o tres -3- meses según el tipo de proceso, y la renovación depende que sea el beneficiado quien demuestre el impulso procesal permanente para llevar el proceso al estado de ser resuelto, pues las acciones retardatorias o la omisión de actividades serán suficientes para decretar la caducidad de la cautelar respectiva. Lo curioso es que cuando no se dispone el plazo de vigencia, se genera la nulidad (relativa) de la providencia ordenatoria.

Obsérvese que la obligación de instar se pone en el actor cuando en los procesos ordinarios y sumarísimos rige el art. 36 inciso 1º del Código Procesal

(22) GOZÁINI, Oswaldo A., *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 356 y ss.

que establece el deber de los jueces, aun sin existir requerimiento de partes, en [...] *tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso.*

Nada se dice respecto a la conducta del Estado, quien además de las ventajas que tiene por el uso de un tiempo demasiado extenso respecto del que la contraria dispone, puede usar ese plazo de vigencia para usar en su provecho la dilación indebida.

La norma no tiene presente que una cosa es la temporalidad de la medida y otra la provisoriedad de la misma. Es temporal cuando la situación de hecho obliga a dar una duración limitada; (23) en cambio, lo provisorio es aquello que está destinado a durar hasta tanto no ocurra un hecho sucesivo y esperado.

La provisionalidad es una característica de las medidas cautelares y significa cuanto se regula en el artículo 6º, cuando afirma que [...] 1. *Las medidas cautelares subsistirán mientras dure su plazo de vigencia.* 2. *En cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento.*

El precepto coincide con el art. 202 del Código Procesal, solo que esta transitoriedad no es igual, porque se refiere a la medida que se puede modificar, no revocar. Sí combina con el último párrafo, es decir con el pedido de levantamiento cuando cambiaron las circunstancias de hecho que le dieron origen.

En consecuencia lo provisorio de la precautoria contra el Estado no depende del tiempo que dure el proceso principal, sino de un término perentorio y fatal que juega su suerte con el principio de buena fe en el proceso. Es de esperar que la aplicación jurisprudencial de la vigencia tenga en cuenta el desatino de confrontar estos plazos que se cuenten con los modos de contar los intervalos del derecho (art. 25, Código Civil) a diferencia de los tiempos procesales que corren (art. 155, Código Procesal) solo para los días hábiles.

(23) La Corte Suprema en el resonado caso “Grupo Clarín y otro s/ medidas cautelares” (27/11/2012) sostuvo que [...] “se debía requerir al juez de primera instancia el inmediato dictado de la sentencia definitiva. Con ese objeto, cualquier incidente que planteen las partes o terceros deberá ser interpretado restrictivamente en función de la rápida finalización del proceso; además, el juez de la causa deberá exigir a las partes y terceros el cumplimiento del deber de buena fe procesal, adoptando las medidas necesarias para prevenir conductas obstruccionistas y, en su caso, aplicar las sanciones que correspondiesen” (cfr. CARBONE, Carlos A., Plazo razonable de la medida cautelar vs. Plazo razonable de la sentencia de fondo, Suplemento de Derecho Procesal de Doctrina Judicial, Año V n° 3 (abril 2013), p. 26 y ss.).

Sumando así los sesenta -60- días para contestar la demanda más el tiempo para que se expida la Procuración del Tesoro en los términos de la ley 25.344, estaremos prácticamente orillando el plazo de vigencia de la cautelar.

Finalmente cabe observar que la prórroga debe solicitarse antes del vencimiento. Este opera de forma automática lo que obliga a plantear la renovación (que solo puede ser por un período similar de seis meses) aduciendo el interés público comprometido en el proceso y la necesidad de mantener el *status quo*.

7.3 Agotamiento de la vía administrativa

El párrafo de cierre de este artículo considera el supuesto especial de medidas cautelares dispuestas encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa; en estos casos, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que culmina el tránsito por la instancia previa.

La disposición se complementa con el párrafo segundo del inciso primero del art. 8 que dice: “*Cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez -10- días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa*”.

De este modo, la vigencia de una cautelar ordenada mientras sustancia el procedimiento administrativo solo tiene aplicación hasta que se agota la vía, y ella no puede renovarse porque caduca automáticamente a los diez -10- días de notificar al interesado que la vía se agotó y que solo restan los recursos judiciales de revisión que correspondan.

Este impedimento que es similar al que tienen varios códigos en lo contencioso administrativo del país, en cuanto a la previa solicitud en sede administrativa de la suspensión de los efectos del acto, en el marco de un proceso sancionatorio, se encuentra reñida con la garantía de acceso a la justicia y el principio de tutela judicial continua y efectiva.

Con líneas comunes la legislación provincial exige iguales requisitos para otorgar la suspensión del acto impugnado, la irreparabilidad del perjuicio que ocasiona la ejecución, y/o la ilegalidad manifiesta; pero cuando ellas no se agregan a los recaudos generales de las medidas cautelares, sino que trabajan en la misma dimensión con objetivos distintos. Por ejemplo, la irreparabilidad del perjuicio es, ni más ni menos, que el peligro en la demora; y la ilegalidad manifiesta, supone *mutatis mutandi*, el *fumus bonis iuris*.

Por lo demás, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en establecer una fórmula compositiva, por la cual a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar.

En la práctica la suspensión del acto administrativo reviste la calidad de medida cautelar autónoma que, siendo similar a la prohibición de innovar, es distinta por otras características. Una de ellas proviene de la posibilidad de conseguir la suspensión en sede administrativa (v.gr.: art. 12, Ley 19.549, que dice, en su parte pertinente [...] la administración podrá, de oficio o a pedido de parte mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público o para evitar perjuicios graves al interesado...); en otras, porque la suspensión viene dispuesta por leyes especiales que al permitir el recurso judicial contra la decisión administrativa, impide la ejecución; asimismo, la suspensión se puede pedir sin juicio iniciado (duda que, pese a que no está presente en nosotros, planteó la doctrina con la vigencia de la ley 17.454).

7.4 Improcedencia del plazo de vigencia

Las medidas cautelares ordenadas contra el Estado y/o sus entes descentralizados no tiene plazo de vigencia y persiste su eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental (art. 2 inciso 2°).

Sin embargo, esta excepción debe interpretarse con el art. 9 que establece una limitación general sobre la cual ya nos hemos referido.

8. Contracautela

8.1 La contracautela establecida en el art. 10 es un resguardo por los daños y perjuicios emergentes que pudiera ocasionar una cautelar obtenida sin derecho o ejercitando un franco abuso, o bien, para utilizar la medida como una acción conminatoria.

La calidad impuesta queda a expensas del arbitrio judicial. Es el juez quien resuelve el tipo de fianza y el monto, a cuyo fin se ha de tener en cuenta la intensidad de la verosimilitud del derecho y otras circunstancias particulares de la causa.

Existe una regla no escrita —de evolución jurisprudencial— que establece la contracautela sobre la base de la solidez del *fumus bonis juris*, y de la magnitud

de los peligros patrimoniales que, eventualmente, pudiere ocasionar la medida cautelar.

La prudencia para la fijación es vital en este aspecto, porque una determinación gravosa tornaría ilusoria la posibilidad de trabar cualquier precautoria. Al mismo tiempo, se debe alertar sobre los peligros que importa una caución nimia o de escaso compromiso económico.

Dentro de los tipos posibles de contracautela, la caución juratoria tiende a eliminarse en la aplicación actual, en tanto como solo importa una promesa de responder por los daños posibles, nada agrega a la responsabilidad genérica que la norma procesal dispone. De todos modos, esta supresión es discrecional aunque resulta razonable en procesos de contenido patrimonial, pero en otros, la estimación sobre las causas y razones puede ser más justa y equitativa.

8.2 Otro supuesto, aunque relacionado, es el que surge de las costas emergentes del art. 8 inciso 2° respecto a la responsabilidad que tiene el que consigue una medida cautelar que caduca, y por ello está inhibido de proponerla nuevamente. Solamente podrá hacer el replanteo una vez iniciada la demanda, siempre que concurriesen los requisitos para su procedencia.

No son costas derivadas de una conducta impropia que se relacionen con la responsabilidad implícita en la conducta desenvuelta, sino aquellas que se derivan de la caducidad del incidente autónomo que dio lugar al proveimiento de la precautoria.

8.3 La exención de contracautela se redacta en forma similar al art. 200 del Código Procesal. Es propio de la calidad de suficientemente abonado que tienen los organismos estatales señalados para los que la suficiencia económica se presume.

Ahora bien, si la medida precautoria se dicta a resultados del beneficio de litigar sin gastos, corresponde atender si ya se otorgó, o se encuentra en trámite. En el primero caso, el carácter provisional del beneficio de pobreza no impide proceder tal como a ley procesal establece, esto es, asignando la medida cautelar sin caución alguna.

Si la precautoria se ordena condicionada al beneficio de litigar sin gastos que se encuentra en trámite, no es pertinente establecer fianza, ya que dicho beneficio está destinado a asegurar la defensa en juicio, la que se vería frustrada de no contarse con los medios suficientes para afrontar los gastos que comporta.

8.4 El art. 12 coincide con el art. 201 del Código Procesal, donde se regula una etapa posterior a la traba de la precautoria. Ahora quien se encuentra

sometido a una medida cautelar tiene derecho a exigir un mejoramiento de la contracautela, a cuyo efecto debe demostrar sumariamente la insuficiencia de la prestada.

El trámite procesal es el incidente, si bien el juez puede disponerla sin más trámite cuando se trata de ampliar una cautela ya otorgada. En todo caso, se afirma que la modificación de la contracautela debe basarse no sólo en la mayor o menor verosimilitud del derecho y en las circunstancias del caso, sino también en la magnitud del menoscabo patrimonial que eventualmente pudiera derivarse, elementos de ponderación que el art. 199 del Cód. Procesal ha encomendado a la discreción y prudencia del juzgador. (24)

9. La medida positiva

Las medidas cautelares positivas (art. 14) son aquellas que imponen al Estado demandado una obligación de hacer. Se diferencia de las medidas de no innovar (art. 15) en que éstas tienden a evitar perjuicios de imposible reparación ulterior. La exigencia se extiende a cualquier medida de naturaleza innovativa.

La procedencia depende de varios requisitos que deben darse concurrentemente, es decir, que solo uno de ellos no basta. Ellos son: *a*) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada; *b*) fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante, a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista; *c*) se acreditare sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; *d*) no afectación de un interés público; *e*) que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.

La suma de presupuestos, prácticamente, elimina estas medidas dispuestas como anticipo jurisdiccional o para revertir un peligro en curso o que acecha. Cuanto dijimos al comienzo puede repetirse en este momento para apoyar la renovación del sistema cautelar argentino y el modelo constitucional de confianza en los jueces.

Una medida positiva obliga a la administración a hacer cuando su inactividad produce daños irreparables, o cuando por vías de hecho produce mayores perjuicios a la sociedad aunque tenga beneficios individuales. Son disposiciones de ejecución

provisional, por oposición a la suspensión del acto cuestionado.

Son medidas positivas también las que dispone el art. 232 del Código Procesal que se fundan en el derecho que tiene quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable. El código las llama “medidas urgentes” y su repertorio depende de las circunstancias que fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

En estos supuestos, la suma de recaudos agrega a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, y la prestación de contracautela, otros elementos que tornen manifiesta e incontrastable el deber de obrar del demandado.

El riesgo de efectividad surge de los incisos finales donde el plafón amplio que ofrece el “interés público” y el carácter irrevocable que pueda tener la decisión cautelar, comprimen y estrechan la posibilidad de conseguir acciones positivas.

En efecto, el peligro de usar al interés público como límite cautelar no es una preocupación que surja de esta ley, al punto que la doctrina ya dijo que [...] “no puede admitirse sin más, debiendo por el contrario indagarse —en cada caso— la efectiva presencia de las razones de interés general que imponen la ejecución inmediata del acto administrativo. Y ello es así, pues como hemos señalado, no cualquier interés invocado por la Administración Pública será suficiente para concluir en que la suspensión compromete, por sí misma y apriorísticamente, el cumplimiento de fines generales impostergables”. (25)

10. Medidas cautelares pedidas por el Estado

El art. 16 faculta al Estado nacional y sus entes descentralizados a solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, sujetando el pedido a circunstancias de hecho que se deben demostrar, sin perjuicio de igualar la admisión con los demás presupuestos precautorios.

Lo primero impone acreditar que existe un riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre: *a*) el interés público, *b*) el patrimonio estatal u, *c*) otros derechos de su titularidad. Los otros recaudos inciden en la verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada. Además debe demostrarse la idoneidad y necesidad del pedido en relación con el objeto de la pretensión principal.

(24) Del voto en disidencia parcial del doctor López, en CS, 1997/05/19, “Distribuidora Química S. A. c. Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables y otra”, LA LEY, 1997-D, 679.

(25) SIMÓN PADRÓS, Ramiro, La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 292.

El requerimiento de una “protección” no es acorde con el sentido particular de cualquier medida cautelar; en realidad, toda medida provisional procede para asegurar el objeto del proceso, o anticipar un derecho que se torna visible, o para guarecer con medidas adecuadas, el fin naturalmente ejecutivo que para una sentencia se espera.

Si la norma refiere a una especie de salvoconducto, auxilio o ayuda, en la dimensión de lo que hoy se conoce como “protección precautelar”, será evidente la necesidad de equilibrar los derechos de ambas partes con el test de ponderación sobre el mejor derecho a tutelar. Inclusive, a tono con el principio de bilateralidad que establece para las medidas cautelares posibles que contra el Estado se decreten, debiera darse derecho de contradicción a la contraparte.

Es decir, cuando hablamos de función precautelar, referimos a los medios que escudan al Estado de la producción de ciertos riesgos o peligros; por eso son medidas anteriores a lo precautorio, propiamente dicho, y con una dimensión más amplia que el de una medida cautelar. En la práctica se usan como prevención de consecuencias, o impedimentos de realización.

El argumento del “interés público” sube una vez más al escenario, pero se puede sustituir con otras razones más directas, como la afectación del patrimonio estatal o, más elusivo como otros derechos de legítima oposición.

Como las medidas cautelares a favor del Estado se pueden plantear aún desde la posición de demandado, el derecho que el artículo confiere puede servir para actuar con anticipación al peligro de oposición de precautorias de la otra parte; y será “precautelar” porque tiene que predecir el riesgo que invoque, en cualquiera de los parámetros dispuestos.

Alguna doctrina señala que la jurisdicción precautelar comienza con la plenitud de las medidas cautelares genéricas, luego con la medida cautelar innovativa y en la actualidad de la satisfacción provisional. Esta última en una forma distinta a las medidas cautelares tradicionales y más cerca de la anticipación. (26)

11. Tutela de urgencia por la interrupción de los servicios públicos

El art. 17 fomenta una legitimación especial por representación adecuada (vale decir que tendrán

derecho de postulación las entidades que ejerzan la supervisión, fiscalización o concesión del servicio público afectado), para requerir medidas preventivas contra los actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpen o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos.

El derecho trabaja sobre la amenaza cierta o cuando existan vías de hecho, permitiendo que el Estado nacional o sus entidades descentralizadas actúen con requerimientos anteriores, simultáneos o posteriores a la demanda principal.

Lo expuesto precedentemente no será de aplicación cuando se trate de conflictos laborales, los cuales se registrarán por las leyes vigentes en la materia, conforme los procedimientos a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su carácter de autoridad de aplicación (último párrafo, art. 17).

La autonomía que tiene la pretensión cautelar en este modelo, pone de relieve una actuación de urgencia, de tipo precautorio, que persigue conseguir la regularidad de gestión y ejecución del servicio público.

La afectación que la ley menciona obra sobre el funcionamiento general del servicio (por ejemplo, la energía eléctrica, el transporte ciudadano, la provisión de agua corriente, la asistencia social, etc.), puede ejecutarse a través de empresas privadas, sin alterar la prosperidad de la medida. Ocurre que si la acción paraliza la continuidad del servicio (vgr.: medida cautelar que impida la conexión de líneas eléctricas nuevas en razón de los errores sufridos al instalar las del recurrente) la incidencia se generaliza, y el perjuicio individual se proyecta consumando más gravámenes que el singular producido.

La finalidad del precepto nos parece correcta, pero corre el riesgo de ser desvirtuada por su imprecisión conceptual. Otorga demasiada elasticidad y fomenta el proteccionismo judicial.

Ahora bien, esta normativa se debe espejar con el artículo 43 constitucional, pues evidencia cierta oscuridad cuando se trate de servicios públicos atacados en la condición de consumidor, usuario, empresario que defienda el derecho de competencia, o a través de un amparo colectivo por la supuesta agresión conjunta al tejido social. En estos casos, una vez más —y en ausencia de reglamentación especial— el juez tiene en sus manos dar inteligencia y equidad al problema, considerando en consecuencia, que subsiste la vigencia de este recaudo de admisión previsto en la ley 16.986.

(26) RAMÍREZ, Jorge Orlando, *Función Precautelar*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 92.

12. Procesos excluidos

Cierra el capítulo el art. 19 que excluye la normativa en los procesos de amparo regidos por la ley 16.986, salvo respecto de lo establecido en los artículos 4°, inciso 2, 5°, 7° y 20 de la presente.

El inciso 2° del art. 4 se relaciona con el plazo establecido como informe previo a disponer una medida cautelar, el que se reduce en el juicio sumarísimo y de amparo, en tres -3- días.

El art. 5°, se relaciona con el plazo de vigencia de la medida provisional ordenada en los procesos de conocimiento o de amparo, que no podrá exceder de los tres -3- meses.

El art. 7° y el 20° se relacionan con la modificación de la cautelar y con la inhibitoria de jurisdicción, respectivamente.

En consecuencia, antes que una exclusión es una alteración manifiesta del objetivo que persigue un proceso de amparo, que siendo un juicio constitucional donde la bilateralidad está diluida aunque haya derecho de contradicción (esto quiere decir que el informe circunstanciado que se pide en el art. 8 de la ley 16.986 no es una contestación de demanda sino la justificación por la autoridad implicada de los actos lesivos que se denuncian), se convierte en un proceso contradictorio con la incorporación de este traslado inesperado e inconstitucional. ♦

MEDIDAS CAUTELARES REQUERIDAS CONTRA EL ESTADO NACIONAL

BOTIQUÍN DE INOCUOS PLACEBOS (*)

POR MARCELO S. MIDÓN

Reflexiones en punto a la ley de virtual derogación de las medidas cautelares requeridas en contra el Estado Nacional

1. El Dr. Pisa Escalante, otrora miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desempeñándose como juez del Tribunal Constitucional de Costa Rica, contaba que una vez vio a su secretaria arrojar al cesto un papel. Al preguntarle de qué se desprendía, ésa le explicó se trataba de una irrelevante carta remitida al tribunal. Le pidió leerla e inmediatamente dispuso dar curso cautelar al arrugado papel. Era el pedido de un niño que, separado de sus padres y habitando un hogar de protección, solicitaba pasar las fiestas de navidad y año nuevos con ellos.

Se constituyó el juez de inmediato en el lugar de donde se había remitido la carta. Le informaron que su autor procedía del interior del país y que la autoridad que lo depositó allí lo hizo en el convencimiento de que sus padres lo sometían a intensos castigos físicos. Advertido que a pesar de que hacía buen tiempo se hallaba a resguardo de sus mentados victimarios sus heridas parecían de reciente data, pidió el auxilio de peritos, que así lo confirmaron. El niño narró que sus padres lo trataban bien y que quien lo trajo al hos-

picio creyó que sus cicatrices eran fruto de golpizas y no de una enfermedad que los médicos detectaron como real motivo. La dolencia hacía que este infante perdiera el equilibrio regularmente, varias veces al día, lo que explicaba que viviera lesionado.

El niño, por supuesto, volvió a su hogar, medida cautelar innominada mediante. Con el tiempo estudió medicina. Es, actualmente, un profesional exitoso. Y ante la cercanía de las fiestas de fin de año remite siempre a la Sala Constitucional de Costa Rica una postal en la que recuerda a los jueces que, por honrar a su misión de administrar justicia, pudo pasar una navidad en compañía de sus padres.

2. La pintoresca escena, adrede escogida entre la riqueza de la casuística, pone de manifiesto dos relevantes datos. Se destaca, en primer lugar, la virtud del activismo judicial: la manera en la que un magistrado comprometido, que sufre internamente la injusticia que experimenta el justiciable, puede —mediante el solo ejercicio de sus poderes deberes— neutralizar esa aflicción. Y, en segundo lugar, que las medidas cautelares son, precisamente, una de las más eficientes “drogas” de las que dispone en su “botiquín”, destinadas a mitigar aquel sufrimiento.

3. La recientemente sancionada Ley 26.854, de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en lo relativo al instituto cautelar solicitado en contra del Estado Nacional y/o de sus entes descentralizados, representa —a nuestro entender— un despojo. Por la razón que, en su virtud, con violación de la garantía del debido proceso (o de tutela judicial

(*) “Fe. Y a no tener vergüenza de ser feliz. Cantar la belleza de ser un eterno aprendiz.

Sé que nuestra Argentina debería ser mejor, y SERA Mas eso no impide que repita, es bonita, es bonita y es bonita...”

efectiva), del principio de la razonabilidad y con involución del aporte de las otras fuentes —léase la doctrina y jurisprudencia— a ese botiquín judicial no le quedan excepto inocuos placebos. Veamos porqué lo decimos:

a) Según el art. 3, inc. 4°, de la mencionada ley, *“las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal”*. Se derogan, pues, de golpe y plumazo, las llamadas “medidas cautelares innovativas”.

Sin advertir, en primer lugar, que semejante determinación implica preterir la garantía del proceso justo (CN, art. 18; Pacto de San José, arts. 8 y 25), cuyos contenidos esenciales prometen, además del derecho a una sentencia motivada, respetuosa de la ley, de la jerarquía normativa y del principio de la congruencia, la más elemental prerrogativa del justiciable a obtener el cumplimiento del fallo, a cuyo efecto las medidas cautelares prestan una vital función de garantía.

Y, en segundo término, que dicha especie cautelar, la de mayor desarrollo en los últimos veinte años, ha suministrado —en la praxis forense— comprobadas muestras de conveniencia y utilidad ¿Qué hubiera sido, sino, verbigracia, de la propiedad de millones de ahorristas argentinos, literalmente confiscados con motivo del llamado “corralito”, sin la operatividad y vigencia de tales medidas?

b) Según el art. 4, por principio, previo a resolver sobre el mérito del pedimento cautelar, el juez dará traslado al Estado y/o ente descentralizado. Quiénes, al evacuarlo, podrán introducir documentos y recusar al juez interviniente (con relación a la chance de recusación, si bien la ley no la prevé expresamente, tampoco lo prohíbe; por lo que, a *contrario sensu*, la interpretamos como posible).

Reforma cuando menos opinable. Que sí bien el ortodoxo trámite *in audita et altera pars* no es de la esencia cautelar, la “bilateralización” introducida se acuerda con privilegio exclusivo —y, por lo tanto, con potencial violación del principio de la igualdad— del Estado Federal. Que si bien goza de la “estrella” consistente en la “presunción de la legitimidad de sus actos”, es —al mismo tiempo, y sobre la base de las estadísticas tribunales— el principal autor de los atropellos e ilegitimidades que son la fuente de pretensiones jurisdiccionales.

c) Según el art. 5, *“al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses”*. Empero, *“en los procesos que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no*

podrá exceder de los tres (3) meses”. En cualquiera de los casos, *“al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable”*.

La norma, otra vez, avanza en desmedro del derecho a una tutela judicial efectiva y del principio de igualdad. Que la duración de una medida cautelar, mas únicamente con relación al Estado (en un país en el que, de ordinario, la extensión de los procesos judiciales se prolonga por años), jamás podría depender de factores abstractos, establecidos apriorísticamente por la ley con prescindencia de las especiales circunstancias del caso.

No pretendemos, ni alentamos —valga la aclaración— una duración indefinida y aun desnaturalizante para el instituto; empero estamos convencidos que esa su proyección temporal, mayor o menor, debe depender de la prudencia judicial, de la coyuntura del caso y, todavía más, de la singular naturaleza y necesidad de la pretensión cuya efectividad se quiere tutelar.

Por si fuera poco, la innovación tampoco supera el test de la razonabilidad (y, por consiguiente, la condición de validez prevista por el art. 28 de la Constitución Nacional). Que tan restrictiva y escasa la vigencia temporal de una medida cautelar implica, al final de cuentas, enmascarar una negación (sin motivación plausible y en puro beneficio estatal) de aquel grito de socorro que dimana de la entrecortada voz del justiciable.

d) Según el art. 9, *“los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”*.

En otras palabras, con supresión del eufemismo legislativo, los jueces no podrán —salvo rigurosa excepción— decretar medidas cautelares, cualquiera sea su objeto o finalidad tuitiva, en contra del Estado y/o sus entes. Por la razón que, por principio y definición, la inmensa mayoría de las medidas, regladas o innominadas, repercuten sobre el patrimonio (“bienes o recursos”, según la fórmula legal) del afectado por aquellas.

Pretender, por consiguiente, investir al Estado de un aura de inmunidad, que preserve incólume sus “bienes o recursos” de cualquier afectación preventiva, representa, la derogación casi plena del instituto cautelar. Que ya no se prohíbe aquí el otorgamiento,

por el juez, de medidas meramente innovativas sino, más intolerable todavía, la dación de aquellas más antonomásticas (léase, embargo, secuestro, inhibición de bienes, intervención judicial, prohibición de innovar y/o de contratar, etcétera).

e) Según el art. 11, por principio, la eficacia de las medidas cautelares decretadas en contra del Estado y/o sus entes descentralizados dependerá de la previa y eficaz prestación de contracautela real o personal.

Disposición que, cuando más en el contexto, provoca cierto recelo. Porque si bien es cierto que, en la praxis forense, sobre la base de las fuentes procesales vigentes, la caución juratoria es de excepción (por la razón que constituye una mera formalidad, que nada agrega a la responsabilidad genérica que tiene todo aquel sujeto que ocasiona un daño), no lo es menos que continúa gozando de operatividad y conveniencia en variada gama de situaciones, tales, verbigracia, cuando se verifica una máxima verosimilitud en el derecho del peticionante; o ése obtuvo sentencia favorable, aunque haya sido recurrida; o no existe peligro por su falta de responsabilidad patrimonial; o la urgencia que subyace al pedido es de singular magnitud, etcétera.

f) Por si fuera poco, artículos siguientes (13 a 15), restringen todavía más la concesión de especiales medidas precautorias, intensificando los presupuestos comúnmente exigidos a tales efectos. Y, por lo tanto, a las clásicas verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, se adicionan requisitos de mérito tales como “la acreditación de peligros graves de imposible reparación ulterior” (art. 13, inc. 1°, ap. c); la “no afectación del interés público” (arts. 13, inc. 1°, ap. d; 14, inc. d; 15, inc. d); etcétera.

g) Para concluir el legislador reincidiendo en uno de los vicios que, otrora cometido al sancionar la ley federal de amparo, le valió a ésa el merecido mote de “ley del desamparo”: el mamarracho de asignar efecto “suspensivo” al recurso de apelación interpuesto por el Estado y/o ente descentralizado en contra de la resolución cautelar que lo dañifique (art. 13, inc. 3°).

4. Resulta imposible efectuar un juicio crítico de la ley 26.854 sin alusión a su par, asimismo aprobada junto a las leyes llamadas de “democratización de la justicia”, y en cuya virtud se politizó el procedimiento para la elección de miembros del Consejo de la Magistratura Nacional.

Así, mientras la primera de las normas propone la virtual derogación de las medidas cautelares solicitadas en contra del Estado —que, naturalmente y en su virtud, gozará de menores limitaciones y cortapisas—, la segunda implica una amenaza latente —que gravemente compromete la independencia e imparcialidad del juez, contenidos esenciales del debido proceso— para aquel magistrado que, por su compromiso con el justiciable y voluntad de afianzar la justicia, ose desoír la voluntad del soberano. “No lo hagas”, le dice al juez la primera ley, que “sino...”, lo reprime la segunda.

5. No será, sin embargo, tan pálido y desalentador el panorama. Que si bien las generalizaciones son siempre odiosas, la República todavía conserva jueces que, aún privados de su botiquín, sufren en su interior las injusticias que padecen sus clientes, los justiciables. De esos magistrados y de su compromiso funcional depende, pues, el feliz desenlace para esta historia. ♦

EL CERCENAMIENTO DE LA GARANTÍA A LA PROTECCIÓN CAUTELAR EN LOS PROCESOS CONTRA EL ESTADO POR LA LEY 26.854

POR EDUARDO OTEIZA

Sumario: I. Propósito del breve comentario a la ley 26.854. — II. ¿Qué razones justifican que las limitaciones a las medidas cautelares contra el Estado Nacional integren el paquete de iniciativas presentadas para “democratizar la justicia”? — III. Los pasados errores del Estado al restringir las medidas cautelares. — IV. Reglamentación autónoma de las medidas cautelares sin considerar los efectivos problemas de la administración de justicia. — V. Cautelares contadas por meses en procesos que duran años. — VI. Inexistente armonización del interés público y el privado. La reducción del estándar de derechos a su mínima expresión. — VII. El informe. Quiebre del principio de ausencia de sustanciación previa. — VIII. El efecto de la apelación. De devolutivo a suspensivo con Casación. — IX. Por si se necesita más tiempo: la Casación. — X. La ley 26.854 no respeta la doctrina de la CSJN sobre el límite temporal de las cautelares. — XI. Deber de pronunciarse sobre la competencia. — XII. Coincidencia de objeto asegurativo de la cautelar y la pretensión principal. — XIII. La simple afectación excluye la medida. — XIV. Primero pague. — XV. ¿Volverán a repetirse declaraciones repetitivas de inconstitucionalidad?

I. Propósito del breve comentario a la ley 26.854

Estas notas tienen por objetivo señalar objeciones generales y particulares de la ley 26.854. La perspectiva aquí utilizada parte de un enfoque general sobre el contexto político en el que la norma fue dictada y ciertos antecedentes que recuerdan anteriores intentos normativos de limitar el derecho de protección cautelar cuando el reclamo judicial se formula contra el Estado Nacional. Desde ese posicionamiento inicial se señalan diversos aspectos de la ley que

presentan serias objeciones constitucionales y convencionales. Las inconstitucionalidades y las alegaciones sobre la violación de normas convencionales que la ley 26.854 presenta permiten prescindir de una descripción detallada de sus dispositivos.

II. ¿Qué razones justifican que las limitaciones a las medidas cautelares contra el Estado Nacional integren el paquete de iniciativas presentadas para “democratizar la justicia”?

Debo decir que no encuentro ninguna explicación plausible que permita justificar que las restricciones

impuestas por el proyecto de ley enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo permitan sostener que por su intermedio la justicia será *más democrática*. Más allá de las dificultades teóricas desde un punto de vista filosófico, político, constitucional y de respeto a los derechos humanos que la relación entre justicia y democracia presenta, que obviamente desnaturalizarían el propósito de estas notas, desconcierta la falta de una argumentación que permita al menos discutir la relación que pareciera sostenerse que existe entre la limitación de las medidas cautelares que los ciudadanos pueden peticionar y obtener cuando reclaman ante la justicia la protección de sus derechos frente a alegadas violaciones del Estado y la democracia.

Ante la ausencia de una justificación al respecto cabe recordar brevemente el contexto en que fue lanzado el texto que se convirtió en ley. En diciembre del 2012 el Poder Ejecutivo anunció que resultaba necesario *democratizar la justicia*, frente al profundo desagrado provocado tanto por la decisión de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal, que decidió postergar la vigencia de la medida cautelar que suspendía la aplicación de la desinversión prevista por la art. 161 de la ley 26.522, de medios de comunicación audiovisual, en beneficio del Grupo Clarín, como la resolución de la Corte Suprema de Justicia (1) que la confirmaba. La tensión entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema fue explícita. La sanción de la ley 26.854 encuentra en el pronunciamiento antes mencionado de la Corte Suprema una de las causas que provocaron la presentación del proyecto que limita el derecho a obtener la protección cautelar contra el Estado Nacional, lo cual es particularmente grave dado que las restricciones así planteadas pueden ser vistas como una reacción frente a una decisión que considera que debe protegerse provisoriamente un derecho.

La Presidenta, el concluir su discurso de inauguración del 131º periodo de sesiones ordinarias del Congreso, sostuvo que entendía imprescindible realizar una *profunda democratización* del Poder Judicial mediante una serie de leyes que se someterían a consideración del Parlamento. Entre esas propuestas expresamente mencionó a las medidas cautelares. Poco tiempo después, el 8 de abril, el Poder Ejecutivo envió al Senado el Proyecto PE-007-13, de regulación de las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional. El 24 de abril, con su paso final por la Cámara de Diputados, después de una larga

sesión precedida por las discusiones sobre la nueva conformación del Consejo de la Magistratura, se sancionaba la ley que el 29 de abril sería promulgada con el número 26.854.

A diferencia de otros proyectos legislativos con respecto a los cuales se permitió un amplio debate de distintos sectores sociales, la iniciativa careció de un proceso de deliberación abierto. Sin ningún fundamento explícito se privilegio obtener la aprobación del proyecto. Los tiempos empleados y las declaraciones políticas que anunciaban que no se introducirían modificaciones demuestran que la mayoría parlamentaria impidió un proceso deliberativo con el simple recurso del número de votos, por sobre las buenas razones. La idea de democracia pareciera al menos ir asociada a la participación social fruto de un debate amplio que permita la deliberación sobre los problemas que se intentan solucionar. Es al menos sorprendente que sobre un tema tan relevante para los derechos se hable de democratizar la justicia cuando se acude a un proceso parlamentario restrictivo de las voces que podían manifestarse y, en ese sentido, poco respetuoso de las reglas democráticas de la participación en la discusión pública.

III. Los pasados errores del Estado al restringir las medidas cautelares

Uno de los síntomas evidentes de la crisis económica que se avecinaba sobre Argentina a fines del 2001 fue el dictado del Decreto 1387/2011 que agregó al Código Procesal Civil y Comercial Nacional el art. 195 bis que disponía que ante el dictado de medidas cautelares que pudieran afectar al Estado permitía el acceso directo a la Corte Suprema. Desatada la crisis se sancionó la ley 25.561 de emergencia pública, que modificó el referido art. 195 bis, regulando un recurso de apelación directa a la Corte Suprema, al que le siguió primero el Decreto 214/2002 que suspendió por 180 días los procesos judiciales y las medidas cautelares y después el 320/2002 que lo modificó suspendiendo solamente el cumplimiento de las medidas cautelares. Esa zaga concluyó con la sanción de la ley 25.587 que estableció que solamente era admisible la medida cautelar reglada por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial Nacional en los supuestos excepcionales allí previstos.

La opción de limitar las medidas cautelares mediante la normativa citada no dio el resultado esperado debido a la sucesión de declaraciones de inconstitucionalidad de esas restricciones.

Esos antecedentes recientes, latentes en la memoria colectiva aconsejaban dar precisiones sobre los verdaderos motivos de la nueva regulación.,

(1) Caso: Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares, sentencia del 27.12.2012. Ver en La Ley 31/12/2012, 11.

más aún cuando el caso que se presentaba como el precipitante de la iniciativa se encuentra vinculado con el derecho de libertad de expresión.

IV. Reglamentación autónoma de las medidas cautelares sin considerar los efectivos problemas de la administración de justicia

El proyecto que determinó la sanción de la ley 26.854 destacó que la legislación nacional carece de un código procesal en lo contencioso administrativo pero omite explicar cuáles son las razones que impiden proponerlo. Solamente se regulan las medidas cautelares sin tener en consideración los problemas centrales de una justicia que es asombrosamente lenta, sin intermediación y con un predominio absoluto de la escritura y la formalidad, con limitaciones en cuanto al acceso de los sectores de mayor vulnerabilidad, con una *fuga constante hacia adelante* debido a mecanismos de impugnación que inciden sobre la duración de los juicios.

El Estado Nacional ha sido recientemente condenado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso *Furlan* (2), por violación al derecho a la protección judicial al exceder el plazo razonable de duración del proceso. La responsabilidad internacional fue determinada por la Corte Interamericana al examinar el proceso judicial entablado por el señor Sebastián Furlan y sus familiares contra el Estado Nacional que duró unos trece años. El examen de esa condena internacional debió haber convencido al Estado Nacional que resultaba imprescindible una amplia reforma a la administración de justicia y no solamente sancionar una norma que lo liberaba de sus responsabilidades al protegerlo, en procesos de excesiva duración, de ser pasible de la adopción de medidas provisionales de defensa de derechos individuales.

(2) Sentencia del 31.08.2012. La Corte Interamericana expresamente desatacó en el párrafo 211 que ... de conformidad con el artículo 25.2.c de la Convención Americana, el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. Adicionalmente, las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias sin que exista interferencia por los otros poderes del Estado y garantizar el carácter vinculante y obligatorio de las decisiones de última instancia. La Corte estima que en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho todas las autoridades públicas, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución.

V. Cautelares contadas por meses en procesos que duran años

Los plazos de vigencia de las medidas cautelares (3), fijados en seis meses para los procesos ordinarios y de tres meses para los sumarísimos y el amparo, son absolutamente inadecuados para resguardar los derechos hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva, si se tiene en consideración la duración efectiva de los procesos en los cuales el Estado Nacional es parte.

Además, debe tenerse particularmente en cuenta que resultan totalmente desproporcionadas las limitaciones temporales a la vigencia de las cautelares si se considera la práctica del Estado Nacional de agotar todos los recursos posibles frente a decisiones adversas, situación que se agrava en materia previsional, ámbito en el cual los abogados de la Administración Nacional de la Seguridad Social suman la práctica de recusar a los jueces (4).

No obstante estar prevista la prórroga de la medida cautelar, ella no podrá tener una duración mayor de seis meses y será concedida con especial consideración del interés público, no del derecho a proteger.

El trato desigual dado al particular que litiga contra el Estado Nacional, se pone de manifiesto cuando el proyecto sostiene que será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida. De ningún modo puede sostenerse fundadamente que sólo incida en el dictado de la prórroga la conducta de una sola de las partes, la que litiga contra el EN.

(3) Art. 5º.- Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al estado Al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses. En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres (3) meses. No procederá el deber previsto en el párrafo anterior, finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2. Al vencimiento del término fijado, a petición de parte y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable. Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida...

(4) Ver el caso de la Corte Suprema de la Nación "Aguilera Grueso, Emilio c/ ANSeS y otro s/ reajustes varios", A. 41. XLVIII, del 4.12.2012, que da cuenta de las reiteradas recusaciones contra el juez Luis René Herrero.

VI. Inexistente armonización del interés público y el privado. La reducción del estándar de derechos a su mínima expresión

El proyecto del Poder Ejecutivo que propicio la ley 26.854 sostenía que tenía por objetivo armonizar el interés público con el privado, lo cual es una falacia que queda demostrada con un examen del contenido de las propuestas. El único interés contemplado en la norma es el circunstancial del Estado Nacional.

El derecho constitucional de la defensa en juicio de todos los derechos, previsto en el art. 18, y el derecho convencional al debido proceso, establecido en el art. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, queda reducido a la tutela de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, la vida digna conforme la Convención Americana, la salud, los derechos de naturaleza alimentaria y los derechos de naturaleza ambiental, lo cual supone postergar la tutela efectiva (que equivale a dejar sin protección) de todos los otros derechos que pueden ser reclamados al Estado Nacional con base legal, constitucional o convencional hasta el dictado de la sentencia definitiva, la que demanda en la actualidad varios años.

El artículo 25 de la Convención Americana dispone que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*.

La Corte Interamericana, con respecto a la efectividad de las vías procesales previstas por las jurisdicciones internas, ha entendido que un Estado para cumplir con su deber convencional no solamente debe tenerlas previstos, sino que además ellas deben ser efectivas y no meramente ilusorias.

Hitters y Fappiano (5) ponen el acento sobre la idea de tutela de los derechos prevista en la Convención

(5) HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar L. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ediar 2012, T. II, V. 1, pág. 474, sostienen que todas las garantías en la Convención están diseñadas y tipificadas en favor del ser humano y no del Estado, como las que en general surgen de os tratados de este tipo, pues no olvidemos que, como antes puntualizamos, el Pacto, lo mismo que su similar europeo, reconoció derechos para los individuos y no para los Estados signatarios, ya que estos últimos tienen obligaciones y deberes, como lo dictan los artículos 1 y 2 del instrumento americano... Ver en la citada obra el Capítulo

Americana. El sujeto protegido es el del ciudadano frente al Estado. La lógica es resguardar al hombre ante los excesos del poder. Desde ese punto de vista la ley 26.854 toma el criterio contrario al bloquear cualquier medida de salvaguarda de los derechos frente a avances estatales indebidos.

Ello significa que los procesos judiciales y administrativos deben ser adecuados para proteger la situación jurídica infringida y, además, capaces de producir el resultado para el cual han sido concebidos. Así lo entendió ese tribunal en la Opinión Consultiva N° 9/87 (OC9/87) y, entre otros, en los casos *“Bámaca Velásquez vs. Guatemala”*(6), *“Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”*(7) y *“Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”*(8).

La eliminación de la posibilidad obtener medidas cautelares con vigencia efectiva hasta la finalización del proceso genera, por lo tanto, una nítida situación inconstitucional y la violación por parte del Estado Nacional de cumplir con los arts. 8 y 25 de la Convención Americana.

No está demás decir que esa garantía no se limita a la protección de ciertos derechos mínimos como proponía el proyecto convertido en ley, la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional y la prevista en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana alcanza a todos los derechos.

VII. El informe. Quiebre del principio de ausencia de sustanciación previa

La regla en materia de medidas cautelares consiste en que ellas son dictadas sin contradictorio previo. El principio *inaudita pars* se funda en razones de urgencia y efectividad. Es indiscutible que la intervención del sujeto pasivo de la medida cautelar demanda una considerable inversión de tiempo, que cuando hay una situación de peligro debe ser evitada para proteger a quien justifique que su derecho, en el supuesto de no ser tutelado, puede sufrir una seria afectación.

La iniciativa no ha tomado una formula moderada, facultando al juez a sustanciar el pedido cuando existan razones que lo justifique. Ha invertido totalmente el principio obligando a una sustanciación previa, a

IX, Garantías judiciales. Debido proceso legal, en el cual los autores explican con claridad el alcance de los arts. 8 y 25 y sus relaciones con el resto de la Convención.

(6) Sentencia del 25.11.2000.

(7) Sentencia del 31.08.2001.

(8) Sentencia del 7.06.2003.

la que se agrega la posibilidad de darle intervención al Ministerio Público (9).

Cabe destacar que la norma nada dice sobre qué sucede si el Estado Nacional ofrece prueba, en cuyo caso resultarán de aplicación las pautas del Código Procesal fijadas para los incidentes. Tampoco contiene previsiones sobre el plazo con que cuenta el juez para resolver el pedido de medida cautelar. Por otro lado, la sustanciación obligatoria previa revela que se trata de un mecanismo creado para oír con parcialidad la justificación del sujeto estatal que posiblemente ha conculcado derechos fundamentales de particulares, en lugar de tratarse de una instancia dirigida al resguardo efectivo y oportuno de la víctima de esas afectaciones.

VIII. El efecto de la apelación. De devolutivo a suspensivo con Casación

Con una técnica legislativa poco precisa la ley 26.854 se ocupa de los efectos del recurso en el artículo referido a la suspensión de un acto estatal. Allí está previsto que el recurso se concederá con efecto suspensivo (10) en contradicción con la concesión con efecto devolutivo que actualmente contempla el Código Procesal (11) y con la profusa jurisprudencia y doctrina que ha declarado la inaplicabilidad inconstitucionalidad del regresivo efecto suspensivo de la apelación establecido en el artículo 15 de la Ley N° 16.986.

IX. Por si se necesita más tiempo: la Casación

La ley 26.853 de creación de tres Cámaras de Casación modifica el Código Procesal al incorpora un

(9) Art. 4°.- Informe Previo. 1. Solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes. Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción. Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar una vista previa al MINISTERIO PÚBLICO.

(10) Art. 13.- Suspensión de los efectos de un acto estatal...El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2.

(11) Último párrafo del art. 198.

nuevo art. 288 que permite el planteo de un recurso de casación, con efecto suspensivo, contra “*las resoluciones que decidan la suspensión de los efectos de actos estatales u otra medida cautelar frente a alguna autoridad pública*”.

A las dos instancias actuales se asuma ahora la Casación, lo cual determina que los plazos sean mayores siendo más profunda la desprotección de los derechos fundamentales.

X. La ley 26.854 no respeta la doctrina de la CSJN sobre el límite temporal de las cautelares

En el precedente *Grupo Clarín y otros S.A. s/ medidas cautelares* (12) la Corte Suprema sostuvo que *no sólo debe ponderarse la irreparabilidad del perjuicio del peticionante de la medida, sino también el del sujeto pasivo de ésta, quien podría verse afectado de manera irreversible si la resolución anticipatoria es mantenida “sine die”, de lo cual se deriva que la alteración del estado de hecho o de derecho debe encararse con criterio restrictivo (Fallos 331:941).*

Es importante tener en cuenta que la Corte Suprema funda su criterio tomando en consideración el caso *M.D.H. c/M.B.M.F* (Fallos 331:941), en el que se discutían los efectos de una tenencia provisoria de un menor y la pérdida de la guarda provisoria de hecho que venía ejerciendo el padre. La CSJN en el caso procuró equilibrar los derechos de ambas partes de acuerdo con los hechos planteados por las partes.

Desde esa perspectiva en *Grupo Clarín y otros S.A. s/ medidas cautelares*, antes citado, la CSJN sostiene que *para evitar ese efecto no deseado, se considera conveniente la fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar.*

De ningún modo puede entenderse que de esa doctrina puede derivar el establecimiento de un plazo legal de vigencia de las cautelares independiente de las circunstancias de la causa.

El principio imperante en materia de medidas cautelares, que quiebra la ley 26.854, es que *ellas subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron.* (13)

A ello cabe agregar que la noción de plazo razonable ha sido analizada por la Corte Interamericana bajo los siguientes criterios: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Ninguno de esos parámetros fue utilizado

(12) G. 456. XLVI., sentencia del 10.05.2012. C. 7°.

(13) Art. 202 del CPCCN.

para fijar una pauta de vigencia razonable de las medidas cautelares

XI. Deber de pronunciarse sobre la competencia

La legislación vigente permite a un juez incompetente pronunciarse sobre una medida cautelar (14), a quien le impone la carga de remitir la causa al juez competente.

La ley establece que esas medidas contra el Estado Nacional no tendrán eficacia (15), en un evidente cercenamiento del principio de igualdad.

En el caso que, se hubiere dictado una medida de protección sobre los derechos mínimos reconocidos como excepción, el nuevo juez sin petición de parte deberá pronunciarse sobre la procedencia de la cautelar. Se da así una especie de *doble conforme* en materia cautelar que carece absolutamente de otro sentido que no sea crear una nueva limitación.

A ello se agrega que cualquier cuestión de competencia puede terminar ante la Cámara de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal (16). Elección

(14) Art. 196 CPCCN.

(15) Art. 2°. - Medidas cautelares dictadas por juez incompetente: 1. Al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia, si no lo hubiere hecho antes. Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. 2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental. En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los CINCO (5) días.

(16) Art. 20. - Inhibitoria: La vía de la inhibitoria además del supuesto previsto en el artículo 8° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, procederá también para la promoción de cuestiones de competencia entre jueces de una misma circunscripción judicial, en todas las causas en que el Estado nacional, o alguno de sus entes, sean parte. Todo conflicto de competencia planteado entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de otro fuero, será resuelto por la Cámara Contencioso Administrativa Federal; mientras que cuando el conflicto de competencia se suscitare entre la Cámara Contencioso Administrativa y un Juez o Cámara de otro fuero, el conflicto será resuelto por la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal.

del fuero no justificada por ningún otro criterio que no sea la desigualdad de trato preferencial hacia el Estado Nacional.

XII. Coincidencia de objeto asegurativo de la cautelar y la pretensión principal

La ley repite el error de la Ley N° 25.587, dictada en tiempos de la salida de la convertibilidad y crisis económica, durante el cual el legislador también intentó -sin suerte- cercenar el derecho a dar tutela efectiva durante el desarrollo de un proceso contra el Estado. Como con acierto señala Falcón (17), es incorrecta la jurisprudencia que señala de modo general que *no corresponde establecer medidas de índole cautelar que coincidan con el objeto de la pretensión de fondo, aspecto que resultó más político que jurídico durante la época de la salida de la convertibilidad en Argentina.*

Es un error considerar que el objeto del pedido de una medida asegurativa no puede coincidir con aquello que se intenta asegurar. (18) La Jurisprudencia de la Corte Suprema ha otorgado numerosas medidas asegurativas que coincidían con el objeto de la pretensión sustantiva, especialmente en materia de salud. Igual criterio se advierte en diversos precedentes emitidos por Tribunales Inferiores Nacionales y Provinciales.

XIII. La simple afectación excluye la medida

Basta para neutralizar una medida cautelar contra el Estado Nacional demostrar que se puede afectar o perturbar un bien que le pertenece. El alcance en nuestro derecho del término "bien" y la amplitud de la noción "afectar o perturbar" pueden servir para defender al Estado Nacional y obstaculizar cualquier pedido de medida cautelar, ya que si tiene un resultado específico de algún modo afectará al sujeto pasivo de ella (19).

XIV. Primero pague

La ley exige que el solicitante de la medida cautelar preste caución real o personal, limitando la caución juratoria al estándar mínimo de derechos. La tutela

(17) Falcón, E. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, 2007, T. II, p.656 y ss.

(18) Art. 3°. - Idoneidad del objeto de la pretensión cautelar: 4. Las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal.

(19) Art. 9°. - Afectación de los recursos y bienes del estado. Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias.

de todo otro derecho no contemplado en las excepciones exigirá caución real.

La norma (20) afecta los derechos consagrados en los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional y a los arts. 8, 24 y 25 de la Convención Americana y 14

(20) Art. 10.- Contracautela: 1.- Las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar. 2.- La caución juratoria sólo será admisible cuando el objeto de la pretensión concierna a la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2.

del Pacto de Derechos DCyP al imponer un criterio totalmente desigual. Si el Estado Nacional demanda a una persona privada no tiene que prestar caución, por el contrario ella sí debe hacerlo.

XV. ¿Volverán a repetirse declaraciones repetitivas de inconstitucionalidad?

Los desbordes del Estado Nacional al limitar la potestad judicial de proteger cautelarmente los derechos fueron limitados por reiteradas declaraciones de inconstitucionalidad. La gravedad de las restricciones impuestas por la ley 26.854 es de esperar que reciban la misma suerte. Se trata de una norma cuyas disposiciones se oponen a la vigencia plena del debido proceso legal. ♦

LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY 26.854

POR HÉCTOR M. POZO GOWLAND Y RAMÓN ZUBIAURRE

Sumario: I. La suspensión de los efectos del acto administrativo como una medida cautelar propia del proceso contencioso administrativo.- II. La suspensión de los efectos del acto administrativo antes de la ley 26.854. III. Los cambios normativos que introduce la ley 26.854. - IV. Ambito temporal de aplicación de la ley 26.854. El principio de irretroactividad de las leyes. Su aplicación en las leyes de procedimiento.- V. El derecho a la tutela judicial efectiva.- VI. Reflexiones finales.

I. La suspensión de los efectos del acto administrativo como una medida cautelar propia del proceso contencioso administrativo

El derecho, considerado como una potestad individual, se encuentra liberado de todo control y regulación en tanto no ofendan el orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. El derecho, como ciencia social, tiene como finalidad regular las relaciones y brindar soluciones en las situaciones de conflicto. Buscar el equilibrio para superar los conflictos, exige contemplar adecuadamente los diferentes derechos e intereses que se muestran contrapuestos. Es esta la actitud indispensable de quienes actúan respecto de los conflictos, en el ejercicio del poder público, ya sea en el dictado de normas, en su aplicación y al momento de resolver las controversias.

La Administración, cualquiera sean sus funciones y atribuciones, debe sujetar su actuación al principio de legalidad, que no es otra cosa que someterse a las reglas del derecho, que el propio Estado dicta en las distintas jurisdicciones. El ejercicio de la función administrativa, que tiene lugar a través de la emisión

de actos administrativo, da lugar a diferentes tipos de relaciones con los particulares, con carácter positivo o negativo según el fortalecimiento o la limitación que producen en los derechos de los sujetos que son alcanzados en su aplicación. A este respecto, la reforma de 1994 incorporó al texto constitucional el concepto de *afectado* -art. 43-, para referirse al sujeto que ha sido o puede ser menoscabado o perjudicado en sus derechos o intereses. Ello permitió superar antiguas discrepancias vinculadas a la legitimación. Esto genera un primer ámbito o nivel de conflictos a resolver, que se soluciona o supera si se concilia el interés público que persigue la Administración a través del acto administrativo, con el resguardo de los derechos e intereses privados afectados. Este conflicto en primer término se busca resolver en el ámbito de la propia Administración, y si ello no es posible la solución se debe intentar en la instancia judicial.

Frente al conflicto que deriva de la ilegitimidad de un acto administrativo, si no es posible resolverlo por la propia Administración, son tres las cuestiones básicas que se plantea quien se siente afectado por dicho acto: (i) si está habilitado y legitimado para recurrir a la instancia judicial; (b) qué tipo de pro-

ceso debe encarar -ordinario o sumario-; (c) de qué manera puede evitar o limitar los perjuicios que sufre mientras el acto administrativo se encuentra vigente y se aplica hasta que la controversia sea resuelta.

La extensión en el tiempo que en nuestro país tienen los procedimientos de impugnación de los actos administrativos, tanto en la instancia administrativa como en la judicial, han hecho que frente a la ilegitimidad del acto, tanto el afectado como quien lo defiende, de inmediato se pregunten si es posible que el conflicto sea resuelto por la vía del amparo y si es posible el otorgamiento de una medida cautelar. La práctica judicial indica en forma notoria, que la impugnación judicial de los actos administrativos siempre va acompañada por la solicitud de una medida cautelar que suspenda sus efectos, mientras tramita el proceso hasta la sentencia definitiva. Esto crea un conflicto de segundo orden, ya que al entablado entre la Administración y el particular afectado por el acto, se agrega el conflicto entre la potestad de la Administración con el principio de ejecutoriedad del acto administrativo, por un lado, y la potestad de los jueces de suspender provisoriamente los efectos del acto durante la tramitación del proceso judicial. En este caso el conflicto no es entre el interés público y el interés privado, sino en cuanto al alcance que debe otorgarse al principio de separación de poderes.

La posibilidad de que un juez suspenda los efectos de un acto administrativo durante la tramitación del procedimiento administrativo y del proceso judicial de impugnación, ha sido un capítulo tradicionalmente conflictivo, tanto en nuestro derecho como en el extranjero. No es posible hacer mención en extenso de la problemática que desde hace años plantea esta materia, a la cual recientemente nos hemos referido en otra publicación, y que ha sido expuesta con profundidad y amplitud por numerosos autores (1).

Sin embargo, en esta oportunidad, consideramos importante destacar dos circunstancias especiales.

La primera es que a la suspensión de los efectos del acto administrativo se la encuadra dentro del concepto de las medidas cautelares, cuya finalidad es disponer las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia que resuelva el fondo del pleito. Acerca de los procesos cautelares, Palacio decía *"en virtud de que la satisfacción instantánea de cualquier pretensión o petición extracontenciosa resulta materialmente irrealizable, el legislador ha*

debido contemplar la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva, lo que ocurriría, entre otros casos, si desaparecieren los bienes o disminuyese la responsabilidad patrimonial del presunto deudor, se operase una alteración del estado de hecho existente al tiempo de interponerse la demanda o la solicitud, o se produjese un daño irreparable a la integridad física o moral de las personas. A conjurar ese tipo de riesgos obedece la institución de las diversas medidas que pueden requerirse y disponerse dentro del denominado proceso cautelar, cuya finalidad se reduce a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe recaer en otro proceso"; a lo cual agregaba que el proceso cautelar *"tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva"*.

Más allá de los fines genéricos de los procesos cautelares, lo cierto es que en el caso de los actos administrativos manifiestamente ilegítimos, la suspensión de sus efectos tiene por finalidad evitar la continuidad de los perjuicios que derivarán de su aplicación, los cuales no podrán ser debidamente reparados, ya sea porque los efectos efectivamente se cumplieron, por las limitaciones -procesales y económicas- para que el Estado efectivamente se haga cargo de una ulterior justa reparación y porque en muchos casos las compensaciones económicas no logran cubrir la totalidad de los padecimientos sufridos.

La otra circunstancia a destacar, propia de la jurisdicción federal, es que la suspensión de los efectos del acto administrativo en sede administrativa está prevista y regulada en la LNPA -art. 12-, mientras que por la ausencia de un código contencioso administrativo el proceso cautelar judicial se rige por las reglas que el CPCCN establece en los arts. 230 a 232 para la medida cautelares, concebidas para otros tipos de procesos, con características diferentes a las del proceso contencioso administrativo y a las del proceso cautelar destinado a suspender los efectos de los actos administrativos (2).

En este contexto, resulta llamativo que mientras los códigos contenciosos más recientes en el ámbito provincial regulan con acierto la posibilidad de solicitar

(1) Pozo Gowland, Héctor: "Procedimiento Administrativo" Tomo III Ley 19.549, Decreto 1759/72, págs. 351 y ss. Obra colectiva, Directores Pozo Gowland, Halperín, Aguilar Valdez, Juan Lima y Canosa, La Ley 2012. Nos remitimos a la bibliografía que allí se menciona en págs. 370 a 373.

(2) Pozo Gowland, Héctor "Los Principios Generales del Proceso Administrativo" LA LEY 2011-E, 785.

cautelamente la suspensión de los efectos del acto administrativo que ha sido impugnado, en el orden federal sea cubierto el vacío normativo con ley 26.854, que mas que regular las medidas cautelares establece un conjunto de normas destinadas claramente a impedir las, evitarlas y restringirlas. En la Pcia. de Buenos, el código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo en el art. 22 dispone que podrán disponerse medidas cautelares siempre que: a) Se invocare un derecho verosímil en relación al objeto del proceso. b) Existiere la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho. c) La medida requerida no afectare gravemente el interés público (3). En la ciudad Autónoma de Buenos Aires, el art. 177 del código contencioso administrativo y tributario prevé expresamente la posibilidad de solicitar la suspensión del acto administrativo impugnado, cuando su ejecución pudiere causar graves daños al administrado, en tanto de ello no resulte un grave perjuicio para el interés público, y si el acto ostentare una ilegalidad manifiesta o su ejecución o cumplimiento tuviere como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión -art. 189-.

II. La suspensión de los efectos del acto administrativo antes de la ley 26.854

Hasta la sanción de la ley 26.854 la suspensión de los efectos del acto administrativo ha sido encuadrada bajo la figura de la prohibición de innovar, regulada en el art. 230 del CPCCN. Allí se establece que *“podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) El derecho fuere inverosímil. 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria”*. Debido a que el acto administrativo es la expresión de la función administrativa, la jurisprudencia agregó como un cuarto requisito el resguardo del interés público. A ello se agrega lo dispuesto en el art. 195 del mismo CPCCN que dispone que *“...los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del*

(3) Cabe señalar que ya el código Varela de 1905 en su art. 22 disponía: *“La Suprema Corte podrá acordar la suspensión de la ejecución de las resoluciones administrativas reclamadas, cuando su cumplimiento pudiese producir perjuicios irreparables; pero, en esos casos, quien solicite la suspensión deberá dar fianza bastante por los perjuicios en el caso de que fuese condenado”*

Estado, ni importe a los funcionarios cargas personales pecuniarias...”

Este encuadre normativo planteó respecto del pedido de suspensión de los efectos del acto administrativo diversas dificultades específicas que pueden obstaculizar su procedencia: a) falta de idoneidad de la prohibición de innovar para suspender los efectos de un acto administrativo, ya que tal medida tiende a que no se modifique una situación de hecho ya existente, cuando precisamente el administrado pretende todo lo contrario, vale decir que se suspenda la ejecución de un acto que al momento de solicitarse la medida cautelar ya se está cumpliendo (4); b) que el objeto de la medida cautelar no se confunda con el fondo de la cuestión reclamada como objeto de la demanda, en cuyo caso se entiende que la medida precautoria -que tramita inaudita parte- podría tener el mismo resultado que la sentencia final, sin que fuese necesaria la tramitación de todo el juicio; y, c) que se aplique un exigente criterio respecto de la verosimilitud del derecho cuya acreditación no se alcance con la prueba acompañada -principalmente la documental-. A ello se agrega, para algunos y en ciertos casos, el prejuizamiento que la suspensión de los efectos del acto administrativo supone respecto del fondo del pleito.

III. Los cambios normativos que introduce la ley 26.854

La ley 26.854 regula específicamente la suspensión de los efectos del acto administrativo en su art. 13º, que habremos de analizar, junto con otras disposiciones de carácter general para las medidas cautelares que también son aplicables en este caso.

(a) Requisitos para la procedencia de la suspensión de los efectos del acto administrativo

La ley 26.854 establece que la suspensión de los efectos *“de un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles”*.

(4) Ello hace que la suspensión de los efectos del acto administrativo debiera encuadrársela, en sentido estricto, como una medida innovativa, cuya procedencia es considerada con mayor restricción, ya que se le agrega como requisito adicional la existencia de gravamen irreparable.

La ley mantiene la exigencia de la acreditación de los presupuestos tradicionales en esta materia -verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la no afectación del interés público-, a los cuales le agrega que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles. Esta condición deberá ser evaluada por el Juez, junto con los restantes presupuestos, considerando en paralelo los efectos que resultan del mantenimiento de la ejecutoriedad del acto administrativo y de la suspensión de sus efectos.

(b) La medida cautelar autónoma

La ley 26.854 dispone que *“El pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida. En este supuesto la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el inciso anterior”* -art. 13, inc. 2-.

Cabe agregar que la ley 26.854 establece un régimen de caducidad de las medidas cautelares autónomas: *“1. Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivos antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba. Cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa. 2. Las costas y los daños y perjuicios causados en el supuesto previsto en el primer párrafo del inciso 1 del presente, serán a cargo de quien hubiese solicitado y obtenido la medida caduca, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción de la demanda; una vez iniciada la demanda, podrá requerirse nuevamente si concurrieren los requisitos para su procedencia”* -art. 8º-.

Al tiempo que se contempla expresamente la posibilidad de solicitar en sede judicial la suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras tramita su impugnación en sede administrativa, se exige que previamente haya sido requerido ante esta última instancia. Con acierto se fija un plazo para dicho pronunciamiento. Cabe advertir acerca de la fijación de un plazo especial de caducidad de diez días para la interposición de la demanda, lo cual altera injusti-

ficadamente el plazo previsto en el art. 25 de la LNPA para la interposición de la impugnación judicial del acto administrativo.

(c) La idoneidad de la medida cautelar. El problema de la coincidencia de la medida cautelar con el objeto de la demanda principal

El art. 3º se refiere con carácter general a la idoneidad del objeto de la pretensión cautelar. Allí se establece que de manera *“Previa, simultáneamente o con posterioridad a la interposición de la demanda se podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que de acuerdo a las reglas establecidas en la presente resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso”*; sin embargo, también dispone que las *“medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal”*.

Se trata de una cuestión frecuentemente invocada por la Administración al oponerse a la procedencia de esta medida cautelar. Se indica que ello afecta el principio de división de poderes: *“Las medidas cautelares, en cuanto disponen la suspensión de los efectos y aplicación del Decreto de Necesidad y Urgencia 2437/02 hasta tanto se dicte la sentencia definitiva, implican una clara intromisión del Poder Judicial en la zona de reserva del Poder Ejecutivo, que no es sólo lo que el Poder Ejecutivo puede hacer sino lo que los demás de los poderes del Estado no pueden hacer. Dichas medidas -violatorias del principio republicano de división de poderes- en modo alguno pueden aceptarse como autolimitación o neutralización del ejercicio del deber positivo de actuación de la Administración pues ello implicaría, lisa y llanamente, una renuncia de competencia -de los inalienables poderes de la Administración- no sólo inadmisibles sino reprochables en nuestro derecho público. La apreciación de la autoridad administrativa acerca de la justicia y razonabilidad de las tarifas es facultad privativa del Poder Ejecutivo, sin que los jueces puedan revisarlas dejándolas sin efecto o modificándolas, ya que ello implicaría el ejercicio de una potestad tarifaria que no es de su competencia. La invasión que un poder del Estado pudiera hacer respecto de la zona de reserva de actuación de otro, importa siempre, por sí misma, una cuestión institucional de suma gravedad. La misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones. Si el decreto de necesidad y urgencia no presenta defectos formales ni aparece emitido fuera del complejo normativo que regula su dictado y se presenta regularmente inscripto en el*

ejercicio privativo de las funciones propias de uno de los poderes del Estado, sin exceder el marco en que constitucional y legalmente éstas se insertan, sólo puede considerarse sometido al pertinente contralor del Poder Legislativo de la Nación (conf. Fallos 320:2851)” (5).

La jurisprudencia con frecuencia entiende que es un obstáculo para la procedencia del pedido de suspensión de los efectos del acto administrativo mientras tramita la impugnación judicial que tiene por finalidad su anulación, debido a la identidad entre el objeto de la pretensión cautelar y la acción de fondo. Se ha entendido que en este caso, la admisibilidad de la medida cautelar constituye un prejuzgamiento sobre la ilegalidad planteada por el actor. La ley 26.854 incorpora al ordenamiento jurídico este criterio.

La garantía jurisdiccional cautelar encuentra la razón y fundamento para su procedencia, en situaciones de manifiesta ilegitimidad y de urgencia que requieren una solución inmediata, a los efectos de resguardar los derechos afectados mientras transcurre el proceso judicial hasta el dictado de la sentencia definitiva. No en todos los casos la suspensión de los efectos debe ser admitido. Solo si la ilegalidad del acto administrativo es manifiesta y si sus consecuencias son graves.

En principio, la medida cautelar que tiene por finalidad la suspensión de los efectos del acto administrativo tiene el propósito de garantizar que la sentencia final que lo anule pueda efectivamente cumplirse, lo cual difícilmente habrá de ocurrir al momento de quedar firme dicha sentencia, los efectos del acto administrativo se han íntegra o parcialmente cumplido.

En los procesos contencioso administrativos, la realidad es que las medidas cautelares que suspenden los efectos de los actos administrativos impugnados, tienen por finalidad limitar el ejercicio de lo dispuesto por los otros poderes del Estado, en la medida que su cumplimiento aparece como ilegítimo de manera manifiesta, para evitar los perjuicios que tendrán lugar durante su vigencia y aplicación. Ello solo podrá lograrse mediante la suspensión de los efectos del acto administrativo.

Frente a la regla de que proceden todas las medidas cautelares “*idóneas para asegurar el objeto del proceso*”, en los casos de impugnación judicial de actos administrativos resulta contradictorio que con carácter general se disponga que las “*medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la*

demanda principal”. Es prácticamente imposible que en aquellos casos la medida cautelar idónea no sea la suspensión de sus efectos. Si durante el tiempo que exige el agotamiento de la vía administrativa y el del transcurso de todo el proceso judicial no es posible la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado por coincidir ello con el objeto de la impugnación, lo más probable es que al momento de la sentencia definitiva sus efectos ya se hayan cumplido íntegramente.

La Procuración del Tesoro reconoció expresamente el sentido y fundamento de las medidas cautelares. En este sentido ha expresado: “*Las medidas cautelares son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso, o previamente a él, a pedido de un interesado -es decir que dan lugar a un conocimiento limitado y por información unilateral-, que poseen un carácter netamente instrumental con el objeto de asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho, como un anticipo de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes y para no tornar ilusorias las sentencias de los jueces. La decisión cautelar es una verdadera decisión jurisdiccional, valorativa de las circunstancias de hecho y de derecho aparentes al momento de su dictado, reclamada como una reacción inmediata y provisional, y tendiente a superar el peligro de la pérdida o el perjuicio de pruebas, cosas, personas o derechos. El cumplimiento de una decisión judicial es incuestionable, máxime cuando el que debe cumplirla es el propio Estado. Por tanto, los funcionarios de la administración deben acatar las órdenes judiciales, toda vez que su colaboración es un presupuesto de la organización estatal (conf. Dict. 106:80 y 324; 237:199 y 225; 239:39 y 239)” (6).*

La instauración de la precautelar, el informe previo que se debe requerir a la demanda, el carácter provisional de las medidas cautelares, la procedencia de adecuarlas en función de posteriores circunstancias y el interés público que el juez de manera obligatoria debe considerar, conforme lo establece la ley 26.854, constituyen resguardos suficientes que desvirtúan la legalidad y razonabilidad de la imposibilidad genérica de que procedencia de las medidas cautelares cuando coincida con el objeto de la demanda principal.

La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como del fuero federal -en lo contencioso administrativo y en lo civil y comercial-, han tenido un criterio no uniforme en cuanto a si esta circunstancia es o no un impedimento para la procedencia de la suspensión de los efectos del acto administrativo. En

(5) Dictámenes 244:175

(6) Dictámenes 242: 565.

este sentido, a título de ejemplo, cabe reseñar los siguientes casos:

- *“Corresponde rechazar la medida cautelar solicitada por una empresa de origen extranjero que pretende la suspensión de la disposición mediante la cual el Sub Director Nacional de Migraciones le impuso la sanción de cancelación temporal por dos años de la inscripción en el Registro Nacional Único de Requerientes de Extranjeros, si no se satisfacen los requerimientos necesarios para considerar configurada la verosimilitud del derecho invocado ya que no se advierte acreditada prima facie la existencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, máxime cuando la admisión de la medida implicaría pronunciarse anticipadamente sobre aquello que constituye la pretensión principal articulada en la causa”* (7).

- *“Procede disponer de modo cautelar la suspensión de los efectos de la Resolución de la Aduana 3/2010 que excluyó a dos aduanas para las operaciones de importación definitiva para consumo de productos químicos, pues la citada resolución no exterioriza los fundamentos concretos que dan sustento a la exclusión, la cual importó una modificación de la situación existente y un perjuicio para la firma peticionante, afectando sus actividades y generando un notorio incremento en los costos de logística y distribución”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala III - 05/07/2010 - Uniliver de Argentina S.A. - Inc. Med. - (4/3/10) c. E.N. - D.G.A. Resol. 3/10 (24/8) - La Ley Online - AR/JUR/33329/2010)

- *“Corresponde suspender, con carácter cautelar, los efectos de las resoluciones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que impiden aumentar por 60 días el precio del abono del servicio de televisión por cable, ordenan el reintegro del incremento en el supuesto de haberlo percibido y anticipan la fijación de una multa para el caso de realizar acciones tendientes a la suba, si las decisiones impugnadas habrían sido dictadas por un órgano incompetente y el aumento de los abonos cobrados por la peticionaria estuvo justificado en el alza de los costos de la prestación del servicio ocasionado por la inflación y la aplicación de un nuevo impuesto a ciertas tecnologías, pues dichos extremos tornan verosímil el derecho invocado”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II - 25/02/2010 - Direct TV Argentina S.A. - LA LEY 31/03/2010, 7 con nota de Sebastián García Me-

néndez - LA LEY 2010-B, 543 con nota de Sebastián García Menéndez - AR/JUR/222/2010).

- *“Corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada a fin de que se suspenda la ejecución de una multa impuesta por el Banco Central de la República Argentina, hasta tanto se resuelva el recurso judicial establecido en el art. 42 de la ley 21.526 pues, si bien éste posee efecto devolutivo, el hecho de que el sancionado perciba una jubilación por invalidez, permite concluir que la ejecución de la aludida sanción podría provocarle graves daños”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala III - 12/11/2009 - Mencia, Jorge Raúl c. Banco Central de la República Argentina - La Ley Online - AR/JUR/43738/2009”).

- *“Resulta procedente la medida cautelar solicitada por una firma dedicada a la venta de juguetes importados a fin de que se suspendan los efectos de la resolución 485/05 del Ministerio de Economía que impone la tramitación de un certificado adicional de importación como requisito para el libramiento de la mercadería a plaza pues, tal exigencia aparece en principio como irrazonable, en tanto los datos solicitados en la resolución impugnada pueden ser obtenidos verificando el despacho de importación y el certificado de seguridad establecido en la resolución S.C.T. 163/05”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala III - 03/11/2009 - Mega Baby S.A. - inc. med. c. E.N. - M° Economía resol. 485/05 - D.G.A. - La Ley Online - AR/JUR/43534/2009).

- *“Es improcedente la prohibición de innovar tendiente a que la provincia de Entre Ríos se abstenga de exigir el pago del impuesto resultante de una determinación administrativa -en el caso, se planteó la cautelar en el marco de una acción declarativa de certeza a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la Ley local 8293-, pues dicha medida no procede, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, lo cual implica adoptar un criterio de particular estrictez en el examen de medidas suspensivas en materia de reclamos y cobros fiscales”* (Corte Suprema de Justicia de la Nación - 12/08/2003 - Banco Sudameris Argentina c. Provincia de Entre Ríos - La Ley Online - AR/JUR/2517/2003).

- *“Corresponde revocar la decisión que decretó la medida cautelar mediante la cual se ordenó a la Dirección General Impositiva abstenerse de ejecutar los importes adeudados por la actora por obligaciones fiscales, cuando la materia que se encuentra en discusión es de estricto carácter patrimonial, y nada impide que pueda obtener del Estado el reintegro de las sumas que eventualmente resultare obligada a*

(7) CNACAF, Sala III. “SAP Argentina S.A.-Inc. Med. (5-VIII-10) c. EN-DNM Disp 2273/09 544/10” 28/09/2010, La Ley Online Cita online: AR/JUR/59576/2010).

desembolsar en los juicios de apremio en el supuesto de que, en definitiva, se le reconozca razón en las objeciones que formula respecto de las resoluciones del organismo recaudador" (Corte Suprema de Justicia de la Nación - 02/04/1998 - Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa: Buenos Aires Catering c. Fisco Nacional (Dirección General Impositiva) - AR/JUR/4755/1998).

Si bien son numerosos los casos en los que los tribunales rechazan la suspensión de los efectos de un acto administrativo impugnado por la identidad que tiene con el objeto de la demanda principal, la jurisprudencia mencionada indica que es irrazonable establecer normativamente con carácter general la improcedencia de esta medida cautelar. Por el contrario, ello requiere en cada caso un análisis más profundo, que permita determinar si efectivamente existe una ilegalidad manifiesta, que el juez puede verificar con el informe que la ley 26.854 prevé en el art. 4º, los daños que los efectos del acto habrán de producir durante su vigencia, en qué medida la suspensión de sus efectos habrá de afectar el interés público y de qué manera es posible conciliar este último con los intereses privados comprometidos.

Los antecedentes expuestos indican que el impedimento de las medidas cautelares que suspenden los efectos de los actos administrativos por la identidad de su objeto con el del proceso principal, no es una cuestión novedosa. El cambio radica en que hasta ahora se trató de un criterio jurisprudencial aplicado específicamente según la opinión del juez actuante, mientras que la Ley 26.854 pretende hacerlo con carácter general.

En la reforma de la Constitución de 1994 es tal la importancia que se le otorgó al derecho a la tutela judicial efectivo, que dispuso en el art. 75 inc. 22 que diez tratados internacionales vinculados a los derechos humanos suscriptos por la Argentina *"tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos"*.

Por lo tanto, si bajo la prohibición normativa que impide las medidas cautelares cuando coinciden con el objeto de la pretensión principal se pretende limitar la procedencia de las suspensiones de los efectos del acto administrativo impugnado, entendemos que ello debe ser considerado junto con las garantías constitucionales indicadas en el párrafo anterior y el examen de los restantes recaudos que establece la ley 26.854 que tienen por finalidad asegurar su razonabilidad. En este sentido es acertada la jurisprudencia que señala: *"Si la medida cautelar tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la sentencia, mal puede*

entenderse que dicha medida sea improcedente por confundirse con el objeto principal de la demanda" (CNFed. Contencioso-administrativo, sala I, "Peralta Ramos Horacio Patricio y otros c. B.C.R.A.- resol 180/06, del 09/10/2007; sala III, "Pesquera Galfrío S.A. c. E.N. -Subsecretaría Pesca- disp. 149/07 s/ medida cautelar autónoma", del 26/12/2007, sala IV, "Rizzo, Jorge Gabriel y otros c. En Mº de Trabajo y otros s/ proceso de conocimiento", del 25/09/2007; sala V, "Productos y Servicios Industriales S.A. c. EN - ley 26.095 -Mº Economía - resol. 2008/06 - resol. 3689/07 ENGS s/ Amparo ley 16.986", del 28/09/2007).

(d) Vigencia temporal de la medida cautelar

La ley 26.854 en sus arts. 5º y 6º establecen un límite temporal para la vigencia de las medidas cautelares contra el Estado. Allí establece dos reglas especiales:

- *"Al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis meses. En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres meses..."*

- *"...Al vencimiento del término fijado, a petición de parte y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable. Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida. Si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º segundo párrafo."*

- *"1. Las medidas cautelares subsistirán mientras dure su plazo de vigencia. 2. En cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento"*

Las declaraciones públicas del Poder Ejecutivo, el mensaje de elevación del proyecto al Congreso y las manifestaciones vertidas en el debate parlamentario, indican que uno de los motivos del propósito de regular las medidas cautelares contra el Estado Nacional, fue la prolongación de su vigencia, que lógicamente

coincide con el de los procesos principales (8). Si las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el dictado de la sentencia final, lógicamente las mismas -en principio- deben estar vigentes hasta que dicha sentencia tenga lugar y se encuentre firme. Si en función de la solicitud del peticionante y de los elementos que resulten del informe presentado por el Estado, el juez considera procedente suspender -total o parcialmente- los efectos del acto administrativo impugnado, en la medida que dichas circunstancias se mantengan, resulta irrazonable e ilegítimo que pueda establecerse con carácter general un plazo para la vigencia de la medida cautelar.

El límite temporal solo puede estar justificado si razones de interés público lo justifican. Ello está cubierto por el carácter provisional que tienen las medidas cautelares. La Corte reiteradamente ha dicho que sus fallos *“deben atender a las circunstancias existentes al momento de su dictado aunque ellas fueren sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario...”* (9) y que *“...deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión -aunque aquéllas sean sobrevinientes a la interposición del recurso federal-...”* (10). La propia ley 26.854 en el art. 7º brinda un resguardo que hace injustificado el límite que con carácter general se dispone a la vigencia temporal de las medidas cautelares, al disponer: *“1. Quien hubiere solicitado y obtenido una medida cautelar podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución, justificando que ésta no cumple adecuadamente la finalidad para la que está destinada. 2. Aquél contra quien se hubiere decretado la medida cautelar podrá requerir su sustitución por otra que le resulte menos gravosa, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho de quien la hubiere solicitado y obtenido”*.

No parece razonable el establecimiento con carácter general de un plazo máximo para la vigencia de las medidas cautelares, por dos motivos: (i) por cuanto el plazo máximo en ningún caso debería ser preestablecido ni generalizado, sino que debe definirse en función de las circunstancias concretas de cada caso; y (ii) por cuanto el plazo de 6 meses (o de 1 año como máximo) resulta sumamente exiguo.

(i) En primer término cabe aclarar que, en términos generales, la fijación de un plazo para la

(8) Al respecto de se invocaron medidas cautelares otorgadas en favor del Grupo Clarín en los acciones en las que impugnó la Ley de Medios y del diario La Nación vinculada al alcance del Impuesto al Valor Agregado sobre actividades periodísticas.

(9) Fallos 311:1680.

(10) Fallos 333:1474.

vigencia de la medida cautelar no puede juzgarse como arbitraria como criterio general, sino que debe analizarse cada situación, ya que tal como ha señalado la Corte *“...el plazo de 36 meses fijado en la cautelar...no resulta irrazonable y se ajusta a los tiempos que insume la vía procesal intentada (acción meramente declarativa), a la prueba ofrecida por las partes y a la naturaleza de la cuestión debatida, cuya dilucidación no admitiría, en principio, una excesiva prolongación en el tiempo, sin afectar los intereses de ambos litigantes...”* (11).

(ii) Sin embargo, lo que sí resulta irrazonable, es que la Ley 26.854 disponga con carácter general un término fijo y preestablecido de vigencia de las medidas cautelares, ya que ese plazo debe determinarse según las circunstancias del caso y la conducta de las partes en el proceso.

En el Mensaje de Elevación N° 377 del proyecto de la Ley 26.854, se invocó como fundamento del límite de vigencia temporal de las medidas cautelares contra el Estado dispuesto en el art. 5º, la doctrina de la Corte Suprema en el caso “Grupo Clarín”, en su sentencia del 5 de octubre de 2010, en el cual se había limitado la vigencia de la cautelar allí dictada a un plazo máximo de 36 meses.

No obstante, no se tuvo en cuenta lo señalado por la propia Corte en la misma causa pero en el fallo del 22 de mayo de 2012, en cuanto a que dicho plazo había sido fijado en función de los tiempos que insumía la vía procesal, la prueba ofrecida por las partes y la naturaleza de la cuestión debatida, como así también la conducta de las partes durante el desarrollo del proceso. En dicha sentencia, la Corte señaló que: *“...Cuando se trata de daños reparables (como pueden ser los intereses puramente patrimoniales en demandas contra el Estado), la vigencia de la medida cautelar no puede quedar librada al hiato temporal del proceso cognitivo, cuya excesiva prolongación puede convertirla en los hechos en definitiva. Es en este campo, precisamente, donde las medidas cautelares deberían ser cuidadosamente limitadas en el tiempo, mediante plazos razonables, adecuados a las características particulares de cada supuesto, atendiendo en especial al gravamen que la medida pueda causar a su sujeto pasivo, a la naturaleza del proceso o acción en que se la impetra, al alcance de la prolongación excesiva del proceso en comparación con la pretensión de fondo, etc...”*. Como puede advertirse, la Corte condiciona la fijación de un plazo para la vigencia de las medidas cautelares a los siguientes

(11) CSJN in re “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional [jefatura de Gabinete de Ministros] en la causa Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares”, G.589. XLVII, del 22 de mayo de 2012.

requisitos: que sean “*cuidadosamente*” limitadas en el tiempo; que los plazos fijados sean razonables; deberán ser adecuados a las características particulares de cada supuesto; también deberán atender en especial al gravamen que la medida pueda causar a su sujeto pasivo, a la naturaleza del proceso o acción en que se la impetra, al alcance de la prolongación excesiva del proceso en comparación con la pretensión de fondo, etc.

Ninguno de estos requisitos se cumplen si se dicta una ley que con carácter general establece, para todos los casos, un mismo plazo máximo de vigencia de la cautelar de 12 meses, ya que de esa manera no se atiende en modo alguno a las circunstancias particulares de cada caso, ni a los tiempos que insume la vía procesal intentada, ni a la prueba ofrecida por las partes, ni a la naturaleza de la cuestión debatida.

Por otra parte no debe perderse de vista que la Corte, en el fallo del 27 de mayo de 2012 que estamos analizado señaló en su considerando 11 que “*...lo aquí decidido en cuanto al plazo de vigencia de la medida cautelar podrá ser revisado en caso de que se verificasen conductas procesales orientadas a obstaculizar el normal avance del pleito...*”. De este modo, la Corte dejó en claro que la fijación de un plazo de vigencia de las medidas cautelares no resulta una cuestión rígida, sino que admite revisión de acuerdo a las circunstancias del caso. Es que la Corte, en ese mismo caso, también había dicho que todo lo que expuso “*...no implica dejar de reconocer el valor de las soluciones urgentes en numerosos ámbitos del derecho, como esta Corte lo ha declarado reiteradamente. La protección de los derechos fundamentales está inescindiblemente unida a la tutela oportuna, la cual requiere de procedimientos cautelares o urgentes, y de medidas conservativas o innovativas...*”. De este modo la Corte reconoció en forma clara y contundente la importancia fundamental que tienen las medidas cautelares en la protección de los derechos constitucionales.

Cabe destacar que como prueba de todo lo expuesto, la propia Corte, en el mismo caso “Grupo Clarín” que venimos comentando, pero esta vez en su fallo de fecha 26 de diciembre de 2012, tuvo oportunidad de señalar que “*...la decisión —correspondiente al consid. 4 del fallo— de prorrogar la vigencia de la medida cautelar por considerar que “la acción principal se encontraba en una etapa próxima al dictado de la sentencia de fondo”, y afirmar que éste es “el momento crítico en que la medida debe desplegar plenamente toda su función de garantizar la eficacia del pronunciamiento de fondo a dictarse que dirima las pretensiones sustanciales de las partes”, es fruto de una solución posible que hace pie en las alternativas anticipatoriamente reconocidas en el consid. 11 de*

la sentencia del 22 de mayo, además de que permite asegurar la jurisdicción útil del a quo hasta tanto se dicte la sentencia definitiva. En este punto el Estado Nacional no ha logrado demostrar en su recurso que el fundamento invocado por la cámara, aludido precedentemente, no constituya una razonable circunstancia sobreviniente a las consideradas por esta Corte en el pronunciamiento del 22 de mayo, y que debía ser válidamente atendida. En efecto, el hecho de que se hubiera disipado el riesgo de una excesiva prolongación del proceso resulta un dato relevante para que la solución adoptada por la cámara aparezca como una razonable interpretación de lo decidido en la sentencia citada de este tribunal, que pretendió evitar que se desnaturalizara “la función netamente conservativa de la medida cautelar...” (12).

De este modo es claro que la Corte Suprema de Justicia, cuando estableció un límite a las medidas cautelares lo hizo con suma prudencia, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, y con un criterio flexible que permite extender su vigencia, aún cuando se le hubiera fijado un plazo, si los antecedentes del litigio lo ameritan. Ninguna de estas características es atribuible respecto de lo establecido por el art. 5° de la Ley 26.854. El solo establecimiento de un plazo máximo, sin atender a los hechos de cada caso en particular, dan fundamentos para sostener que la norma resulte arbitraria. Por ello es incorrecto lo afirmado en el Mensaje de Elevación N° 377 cuando se señala que “*el proyecto de ley que se pone a vuestra consideración tiende a concretar, en una norma jurídica, la más reciente doctrina asumida por el Alto Tribunal en relación con las medidas cautelares frente a las autoridades públicas del Estado Nacional. La norma proyectada persigue atenuar las consecuencias gravosas que produce la prolongación desmesurada de medidas cautelares sobre los bienes y valores comunes protegidos, en cada caso, por el interés público*”.

La “más reciente doctrina” de la Corte impone considerar no sólo lo que en su fallo del 5 de octubre de 2010, sino, y especialmente las pautas de prudencia, flexibilidad y razonabilidad expresamente expuestas en sus fallos del 22 de mayo y del 26 de diciembre de 2012. Las pautas que allí brinda la Corte para determinar cual debe ser el plazo razonable de una medida cautelar no se observan, siquiera remotamente, en el art. 5° de la Ley 26.854.

(iii) A lo expuesto se suma el hecho que el plazo máximo de un año es claramente insuficiente en función de la duración de un proceso ordinario en

(12) CSJN, 27/12/2012 “Grupo Clarín SA y otros”, SJA 2013/02/27-84 JA 2013-I.

primera y segunda instancia. El solo frente del plazo del art. 5° de la Ley 26.854 (que se considera en días corridos), con los tiempos del procedimiento contencioso administrativo (que se computa en días hábiles judiciales), advierte claramente sobre la insuficiencia de los plazos.

En este sentido, si se considera un proceso tipo, en el que no existan dilaciones de parte de las partes ni del Tribunal, y en el que se cumplan estrictamente los plazos del CPCCN y de otras leyes especiales aplicables, las diversas etapas del proceso y los plazos mínimos de cada una de ellas excede largamente el plazo de un año:

1) Al iniciar la demanda, en el Fuero Contencioso Administrativo Federal, debe cumplirse con la Acordada 7/94 de la Cámara de Apelaciones. Por lo tanto, la prueba documental debe acompañarse por separado y luego del inicio. El primer proveído demora entre 7 y 10 días corridos.

2) Luego el expediente pasa al Agente Fiscal por la competencia y la habilitación de la instancia. Este trámite insume entre 7 y 15 días corridos.

3) De conformidad con lo dispuesto por el art. 6° de la ley 25.344 el procedimiento queda suspendido hasta tanto venza el plazo de 20 días hábiles fijado para que la Procuración del Tesoro tome la intervención que considere pertinente. El trámite, entre la presentación del oficio a confronte, su firma, presentación, y vencimiento del plazo insume un plazo no menor a 40 días corridos.

4) En caso de habilitarse la instancia, el traslado de la demanda al Estado Nacional, de conformidad con lo dispuesto por el art. 338 del CPCCN, es por 60 días hábiles, que equivalen a 90 días corridos, es decir, la mitad del plazo del art. 5° de la nueva ley. Entre el traslado de demanda, el diligenciamiento de la cédula pertinente, la contestación del Estado y su proveído, pueden transcurrir un total de 110 días.

5) Si el Estado Nacional opone algún tipo de excepción o defensa previa, la resolución definitiva de la Cámara de Apelaciones puede llegar a insumir un total de 90 días corridos.

6) Las actuaciones deben abrirse a prueba por 40 días. Asumiendo que la prueba se produzca en ese período, lo cual nunca sucede por más diligencia que pongan las partes, estamos hablando de un total de aproximadamente 60 días corridos para la producción de la prueba.

7) Los alegatos, conforme los plazos del art. 482 del CPCCN, demorarán un mínimo de aproximadamente 30 días corridos.

8) La sentencia de 1° Instancia debe ser dictada en 40 días hábiles, o 60 días corridos.

9) La notificación, elevación a Cámara, y sustanciación de las apelaciones insume un plazo mínimo de 40 días corridos.

10) La sentencia de Cámara insume un mínimo de 90 días corridos (60 días hábiles conforme art. 34 del CPCCN).

Lo expuesto indica, sin contar la instancia extraordinaria ante la Corte cuya duración no es estimable, que en el mejor de los casos cualquier proceso ordinario llevado en forma extremadamente diligente, sin perder un solo día, insume un mínimo de 450 días corridos. Ello implica aproximadamente un año y tres meses de duración del proceso, sin que exista ningún incidente o incidencia que lo demoren, y exista un estricto cumplimiento de los plazos tanto por parte de las partes como de los tribunales. Visto desde este punto de vista, el plazo de 6 meses, con opción a otros 6 meses, es notoriamente arbitrario por exiguo, resultando por lo tanto manifiestamente irrazonable.

De hecho, la Corte en el caso “Grupo Clarín” invocado por el propio Mensaje de Elevación N° 377, fijó un plazo de 36 meses en un proceso que ya se encontraba en trámite. En estas condiciones el plazo máximo de 6 meses, resulta exiguo e insuficiente.

Así, el límite temporal que se ha impuesto a las medidas cautelares contra del Estado nacional desnaturaliza el instituto, el que debería prolongarse en la medida en que subsistan las circunstancias que dieron motivo a su concesión, ya que ni procesal ni jurídicamente resultan aceptables restricciones que se fundan exclusivamente en su caducidad por el mero transcurso del tiempo.

En conclusión, los arts. 5° y 6° de la ley 26.854, resultan irrazonables por arbitrarios, en tanto fijan con carácter general un plazo máximo de duración de la medida cautelar —cuando en realidad ello debería quedar librado al análisis del juez en cada caso en particular—, y por cuanto además ese plazo máximo resulta manifiestamente exiguo.

(e) El carácter provisional de las medidas cautelares

La ley 26.854 dispone respecto de las medidas cautelares dictadas que “...en cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento...” -art. 6° inc. 2°-.

La ley establece de este modo como regla expresa para las medidas cautelares contra el Estado Nacional

un principio procesal clásico en materia de medidas cautelares (su carácter provisional), que ya estaba consagrado en el art. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el cual dispone que “...las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que estas cesaren se podrá pedir su levantamiento...”

(f) *Afectación de los recursos y bienes del Estado y del interés público*

La ley 26.854 establece que “Aquél contra quien se hubiere decretado la medida cautelar podrá requerir su sustitución por otra que le resulte menos gravosa, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho de quien la hubiere solicitado y obtenido” -art. 9º-, que “Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias” -art. 9º-, y que “La entidad pública demandada podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del acto estatal en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco días, resolverá el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declarará a cargo de la entidad pública solicitante la responsabilidad por los perjuicios que irroge la ejecución, en el supuesto en que se hiciera lugar a la demanda o recurso” -art. 13 inc. 4º-.

La afectación de los recursos y bienes del Estado y del interés público que las medidas cautelares pueden producir ha sido un principio y una regla tradicional en la materia. Así ha ocurrido cuando tienen por finalidad la suspensión de los actos administrativos vinculadas con el pago de obligaciones tributarias, siendo un obstáculo específico para justificar su procedencia en la medida que la suspensión pudiera afectar el funcionamiento del Estado por la indisponibilidad de recursos que ello puede significar.

Se trata de un supuesto típico en el que la Corte Suprema ha considerado la invocación del interés público como un presupuesto necesario de análisis para la procedencia de las medidas cautelares, en razón del impacto que puede tener en la percepción de las rentas públicas. En tales situaciones, para la procedencia de la suspensión de los efectos del acto administrativo se exige un mayor rigor en la acreditación de la verosimilitud del derecho invocada por el solicitante. En este sentido, la Corte dijo: “Es admisible el recurso extraordinario contra la sentencia que, al hacer lugar a la medida precautoria solicitada, ordenó a la Dirección General Impositiva

que se abstuviera de aplicar a la actora los arts. 8º y 9º de la ley 23.473 -referidos a la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social y de la presentación de la expresión de agravios- y 18 de la ley 18.820 -diligenciamiento de los mandamientos y notificaciones en las acciones judiciales en que sea parte la Dirección Nacional de Previsión Social- (Adla, XLVII-A, 106; XXX-C, 3092) pues, lo resuelto excede el interés individual de las partes y atañe también a la comunidad, en razón de su aptitud para perturbar de la oportuna percepción de los recursos públicos” -; (13) “Es procedente el recurso extraordinario contra resoluciones que decretan medidas cautelares, si la decisión recurrida puede perturbar la oportuna percepción de la renta pública”. (14) “Es procedente el recurso extraordinario contra la decisión que, no obstante carecer del carácter de sentencia definitiva, excede el interés individual de las partes y atañe también a la comunidad por su aptitud para perturbar la percepción de la renta pública” (15).

Sin embargo, frente a situaciones de aparente ilegitimidad del acto administrativo a partir de los argumentos invocados por el peticionante y el informe presentado por el Estado, este análisis exige de que manera la medida cautelar habrá de afectar los recursos y bienes del Estado junto con la afectación que su aplicación inmediata habrá de tener en la situación particular del contribuyente.

La Corte Suprema ha considerado con especial cuidado el impacto de este tipo de medidas cautelares señalando que “Corresponde revocar la decisión que decretó la medida cautelar mediante la cual se ordenó a la Dirección General Impositiva abstenerse de ejecutar los importes adeudados por la actora por obligaciones fiscales, cuando la materia que se encuentra en discusión es de estricto carácter patrimonial, y nada impide que pueda obtener del Estado el reintegro de las sumas que eventualmente resultare obligada a desembolsar en los juicios de apremio en el supuesto de que, en definitiva, se le reconozca razón en las objeciones que formula respecto de las

(13) “Bonanno, Raúl E. c. Dirección Gral. Impositiva” LA LEY 1997-E.

(14) 16/07/1996 - Frigorífico Litoral Argentino S.A. c. D.G.I.

(15) 25/06/1996 - Pérez Cuesta S.A. c. Estado Nacional, AR/JUR/5425/1996. Cám.Nac.Cont.Adm.Fed., Sala III, “Banco Macro Bansud S.A. c/ EN-Dtos. 1387/01 471/02-AFIP DGI s/ Proceso de Conocimiento”. 13/09/2006; Sala V “Cablevisión S.A. (TF 20.325-1) y Acum. c/ DGI s/ Medida” Cautelar Autónoma”. 03/10/2006.

resoluciones del organismo recaudador" (16); "Aun en casos en que se admite la procedencia de la acción declarativa en relación al cobro de impuestos, la sustanciación de juicio no debe impedir la percepción de éstos, pues el procedimiento declarativo reglado por el art. 322 del Cód. Procesal Civil y Comercial no excluye necesariamente el cobro compulsivo que la demandada puede intentar por las vías procesales pertinentes" (17); "Es procedente el recurso extraordinario contra resoluciones que decretan medidas cautelares, si la decisión recurrida puede perturbar la oportuna percepción de la renta pública" (18); "Es procedente el recurso extraordinario contra la decisión que, no obstante carecer del carácter de sentencia definitiva, excede el interés individual de las partes y atañe también a la comunidad por su aptitud para perturbar la percepción de la renta pública" (19).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los tribunales no han hecho una aplicación del criterio expuesto, como limitativo de las medidas cautelares que impactan en los recursos económicos del Estado, sino que han hecho mérito de las circunstancias particulares de cada situación, referidas en especial a la ilegitimidad del acto administrativo que se suspende y las consecuencias que resultan para el particular. En este sentido se ha resuelto: "Es procedente la medida cautelar solicitada para que no se retengan porcentajes de los sueldos del actor por aplicación del decreto 290/95, que dispuso la reducción de las retribuciones del personal del sector público nacional comprendidos en el art. 8° de la ley 24.156 (Adla, LV-B 1584; LII-D, 4002), pues la alegada discriminación que el sistema instaurado produce dentro del sector público contiene un grado de razonabilidad suficiente para tornar verosímil el planteo y, simultáneamente, el peligro en la demora se justifica por la reducción de los haberes y por haber quedado indeterminado el alcance temporal de la medida" (20); "La falta de

fundamentos razonables en el acto administrativo que se opone al ejercicio del derecho de la actora a solicitar la compensación de sus saldos favorables -en el caso, del impuesto al valor agregado con las deudas por aporte y contribuciones destinadas al régimen de la seguridad social-, origina un proceder "prima facie" arbitrario por parte de la demandada -en el caso, la D.G.I.- y, en consecuencia, debe suspenderse la ejecución del mismo mientras se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución denegatoria en el marco de lo dispuesto en el art. 12 de la ley 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752)) que prevé dicha suspensión por razones de interés público, para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alega fundadamente nulidad absoluta" (21).

(g) Efectos del recurso contra la medida cautelar que suspende los efectos del acto administrativo

Bajo el régimen del Código Procesal Civil y Comercial los recursos interpuestos contra medidas cautelares, se conceden con efecto devolutivo (art. 198). Ello significa que el recurso no suspende la medida cautelar. En la Ley 26.854 se dispone que "El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo" (art. 13, inc. 3°).

La ley 26.854 dispone que el recurso de apelación interpuesto contra la medida cautelar que suspenda los efectos de una disposición legal o un reglamento tendrá efecto suspensivo: "La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2." -art. 13 inc. 3°-.

Como puede advertirse, la norma sólo otorga efecto suspensivo al recurso de apelación que suspenda los efectos de una disposición legal o de un reglamento. Quedan por lo tanto fuera del efecto suspensivo el resto de las medidas cautelares previstas en la ley (medidas de no innovar y medidas positivas), e incluso las cautelares que suspendan los efectos de actos administrativos de alcance particular.

(21) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, sala III - 07/03/1995 - Exxon Chemical Argentina S.A. c. Dirección Gral. Impositiva. - LA LEY 1998-C, 345 - AR/JUR/4238/1995

(16) Corte Suprema de Justicia de la Nación - 02/04/1998 - Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa: Buenos Aires Catering c. Fisco Nacional (Dirección General Impositiva) - AR/JUR/4755/1998

(17) Corte Suprema de Justicia de la Nación - 10/10/1996 - Empresa Distribuidora Sur S.A. - Edesur S.A. c/ Provincia De Buenos Aires - IMP 1997-A, 931 - AR/JUR/2516/1996

(18) Corte Suprema de Justicia de la Nación - 16/07/1996 - Frigorífico Litoral Argentino S.A. c. D.G.I. - AR/JUR/5421/1996

(19) Corte Suprema de Justicia de la Nación - 25/06/1996 - Pérez Cuesta S.A. c. Estado Nacional - AR/JUR/5425/1996

(20) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, sala III - 10/05/1995 - Pulichino, Roberto M. c. Estado nacional. - LA LEY 1996-A, 648 - AR/JUR/2383/1995

IV. Ambito temporal de aplicación de la ley 26.854. El principio de irretroactividad de las leyes. Su aplicación en las leyes de procedimiento

Una cuestión relevante que plantea la ley 26.854 es su aplicación en el tiempo respecto de las medidas cautelares que se encuentran en trámite y las que se encuentran vigentes al momento de la entrada en vigencia de esta norma.

En este análisis debe partirse del principio de irretroactividad de las leyes y que las mismas rigen a partir de su publicación, conforme el art. 3° del código civil que dispone: “*A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales*”. De acuerdo a estas reglas generales, las disposiciones de la Ley 26.854 se aplican a todas las medidas cautelares vigentes, pero no tiene efectos retroactivos.

En este sentido, Borda señala que en materia de retroactividad de leyes de procedimiento “*...en principio, pueden tener efectos retroactivos y por lo tanto pueden aplicarse a las causas pendientes; pero esta solución está supeditada a la circunstancia de que dicha aplicación retroactiva no comporte una alteración de actos ya concluidos, o sea que se deje sin efecto lo actuado de conformidad con leyes anteriores...*” (22).

La ley 26.854 se aplica, conforme lo dispone su artículo 1°, a “*...las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos...*”. Es claro entonces que cualquier administrado que a partir de la entrada en vigencia de la ley se vea en la obligación de solicitar la suspensión de los efectos de un acto estatal, deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos generales y particulares exigidos por la nueva ley, y la medida deberá ser analizada y otorgada en base y con el alcance contenido en sus disposiciones (23).

Sin embargo, la ley 26.854 no ha previsto en forma expresa su aplicación a otras situaciones que se

verifican en innumerables procesos que se encuentran en trámite (24). La ley se refiere a pretensiones cautelares “postuladas” contra actos u omisiones del Estado nacional. Ese sólo término resulta insuficiente para desentrañar, mediante una interpretación literal de la norma, cuál ha sido la intención del legislador. ¿Se puede aplicar la ley 26.854 a medidas cautelares ya dictadas y vigentes respecto de las cuales se agotaron todos los recursos? ¿Es aplicable a medidas cautelares ya solicitadas pero todavía no resueltas? ¿con qué alcance puede aplicarse la ley 26.854 a estas nuevas situaciones?

Como hemos señalado, la doctrina y la jurisprudencia han admitido la retroactividad en materia de leyes de procedimiento, salvo para los actos precluidos al momento de entrada en vigencia de la ley, y que por lo tanto han quedado firmes bajo la vigencia de la ley anterior.

Ahora bien, en lo que hace a la materia específica de medidas cautelares resulta de aplicación el principio general del carácter “provisional” de las mismas, legislado expresamente en el art. 202 del CPCCN, según el cual las medidas cautelares subsisten mientras duren las circunstancias que las determinaron (25). En virtud de dicho principio, cuando se modifica la situación de hecho o jurídica tenida en cuenta por el juez para dictar una medida cautelar, tales cambios deben reflejarse en el anticipo jurisdiccional hasta ese entonces dispuesto (26). De este modo, cuando nos referimos a medidas cautelares, no cabe invocar la cosa juzgada ni la preclusión (27).

(24) Ello constituye un defecto legislativo que atenta contra la seguridad jurídica. Tal como señala Palacio, es frecuente que las disposiciones transitorias de las nuevas leyes determinen que sus normas se aplicarán a todos los asuntos que sucesivamente se promuevan, con excepción de los trámites, diligencias y plazos que hayan tenido principio de ejecución o empezado su curso, los cuales se regirán por las disposiciones hasta ese entonces aplicables. Este tipo de disposiciones —que no encontramos en la ley 26.854—, tiende a dar certeza a los litigantes acerca de las normas en base a las cuales se regirá el proceso.

(25) El art. 6° inc. 2° de la ley 26.854 consagra el mismo principio de provisoriedad al disponer respecto de las medidas cautelares que “*...en cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento...*”

(26) Cfr. De Lázzari, Eduardo N. “Medidas Cautelares”, T° 1, pag. 141, 2° edición, Ed. Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1995.

(27) Cfr. Morello, Sosa, Berizonce “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentarios y Anotados”, T° II-C, pag. 585, 2° Edición reelaborada y Ampliada, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot., La Plata, 1996; Palacio, Lino E.

(22) Cfr. Borda, Guillermo A. “Retroactividad de la ley y Derechos Adquiridos”, pag. 79, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1951.

(23) Ello sin perjuicio de los eventuales planteos de inconstitucionalidad que pueden formularse respecto de diversos artículos de la nueva ley, conforme veremos en el capítulo 7 de este artículo.

Contrastado entonces este último principio con el de retroactividad de las leyes de procedimiento, concluimos que la ley 26.854 constituye una circunstancia novedosa, que modifica la plataforma jurídica tenida en consideración por el juez, y que por lo tanto puede ser aplicada retroactivamente, en tanto no existe ni preclusión ni cosa juzgada alguna que se vea afectada por la entrada en vigencia de la nueva norma.

De este modo, consideramos que la nueva ley resulta de aplicación no sólo para futuras medidas cautelares, sino para aquellas pedidas y pendientes de resolución, para las otorgadas y apeladas, e inclusive para las ya otorgadas y respecto de las cuales no existen recursos pendientes de interposición. Hacemos la salvedad sin embargo en cuanto a que la aplicación retroactiva permitiría reexaminar el cumplimiento de los presupuestos para el otorgamiento de la medida cautelar, pero no así otros actos conexos, vinculados a trámites procesales que tienen lugar con motivo del otorgamiento de una medida cautelar, que sí están sujetos a preclusión.

Seguidamente analizaremos el alcance de la aplicación de la nueva ley a las situaciones antes descriptas:

(a) Medidas cautelares solicitadas y no resueltas

En los casos que un administrado hubiera solicitado en sede judicial la suspensión cautelar de los efectos de un acto administrativo y dicha medida no estuviera resuelta al momento de entrada en vigencia de la ley, es indudable que el peticionante deberá ajustar su pedido a las exigencias de la nueva ley —efectuando, de considerarlo necesario y en esa misma presentación, los planteos de inconstitucionalidad pertinentes—. El juez por su parte debe verificar si se encuentran reunidos los requisitos pertinentes requeridos por el nuevo texto legal.

En consecuencia, si el Juez no se hubiera expedido sobre la competencia, deberá hacerlo (conf. art. 2). Si se considera incompetente, deberá abstenerse de decretar la medida solicitada, salvo cuando la misma involucrara de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria, o cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental, en cuyo caso podrá dictarla y remitir inmediatamente la medida al juez competente.

“Derecho Procesal Civil”, Tº VIII, pag. 50, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1992.

Es esperable que el juez competente como primera medida otorgue un plazo razonable para que el administrado ajuste su pedido a la ley 26.854 (28).

El peticionante de la suspensión de los efectos de un acto estatal deberá por lo tanto adaptar su pedido de medida cautelar, demostrando el cumplimiento de los siguientes requisitos generales y particulares:

1. Requisitos generales

a. Acreditar que la medida solicitada resulta idónea para asegurar el objeto del proceso (art. 3º, inc. 1).

b. Indicar de manera clara y precisa el perjuicio que se procura evitar (art. 3º, inc. 2º);

c. Indicar la actuación estatal que lo produce (art. 3º inc. 2);

d. Indicar el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar (art. 3º inc. 2);

e. Justificar que la medida cautelar no coincide con el objeto de la demanda principal (art. 3º inc. 4º). La suspensión de los efectos del acto administrativo por su propia naturaleza y entidad tiene una identificación con el objeto principal de la demanda, en la que la pretensión es la extinción del acto administrativo suspensión se solicita. De esta manera, la ley 26.584 incurre en una contradicción cuando por un lado prohíbe la identificación de la cautelar con el objeto de la demanda y por el otro establece los requisitos para su procedencia de la suspensión de los efectos del acto estatal (art. 13).

f. Acreditar que la medida solicitada no afecta, obstaculiza, compromete, distrae de su destino o de cualquier forma perturba los bienes o recursos propios del Estado (art. 9º). Cuando la medida provoque esta afectación, el administrado deberá plantear la inconstitucionalidad de la norma, y del art. 195 del CPCCN —cuya vigencia no fue derogada (29)—; para

(28) El art. 2º de la ley 26.854 presenta una inconsistencia en su párrafo final respecto del art. 4º ya que dispone respecto del nuevo juez que entienda en la causa que “...una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días...”. De ese modo, pareciera que la ley, en estos casos prescinde de la exigencia de requerir a la autoridad pública demandada que produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud.

(29) Y que además podría aplicarse ya que el art. 18 de la ley dispone que serán de aplicación al trámite de las medidas cautelares contra el Estado nacional o sus entes descentralizados, las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación “...en cuanto no sean incompatibles con las prescripciones de la presente ley...”. Es evidente que el art. 195 del Código Procesal, por tener

ello contará con gran cantidad de fallos dictados por tribunales federales, que ya han declarado la inconstitucionalidad del art. 195 del CPCCN (30).

g. Ofrecer caución real, a fin de satisfacer el requisito de contracautela del art. 10, salvo en el caso que el objeto de la pretensión concierna a la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2 —en cuyo caso se admitirá la caución juratoria-, o cuando se actuare con beneficio de litigar sin gastos —en el que se exime al peticionante del requisito en cuestión-.

2. Requisitos particulares

Además de los requisitos generales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 13º, para la suspensión de los efectos de un acto estatal deberán reunirse simultáneamente los siguientes requisitos particulares:

a. Acreditar sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;

b. Acreditar la verosimilitud del derecho invocado;

c. Acreditar la verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto (31).

idéntica redacción al art. 9º de la ley es perfectamente compatible con la ley 26.854, y por lo tanto podría aplicarse. De todos modos, la falta de impugnación constitucional de esa norma no obstaría a que el juez la declare de oficio, aplicando la doctrina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó a partir del precedente “Mill de Pereyra” (Fallos 324:3219).

(30) Ver, entre otros, CNACAF, sala V, “Frigorífico Morro-
ne S.A. y otros c/ A.F.I.P.-D.G.I.”, 19/09/2001; “Agropecuaria
La María Pilar S.A. c/ E.N. -A.F.I.P.- Resol.1745/04 (RG) s/
Medida Cautelar (Autónoma)”, del 05/02/2009; Cam. Fed.
Apel. Seg. Social, sala II “Defensor del Pueblo de la Nación
c/ P.E.N.”, 10/09/2002, LL 2002-F, p. 322; Juzgado Nacional
de 1ª Instancia en lo Contencioso administrativo Federal
Nro. 6, “A.F.A. c/ P.E.N.” 06/09/2001.

(31) Este requisito se confunde a nuestro criterio con la exigencia de la verosimilitud en el derecho. Para la suspensión de los efectos de un acto administrativo, el art. 12 de la ley 19.549 exige que se alegue fundadamente una nulidad absoluta. Si el administrado acredita prima facie la existencia de esa nulidad, estará demostrando no sólo la verosimilitud de su derecho, sino, como contracara de ello, la verosimilitud de la ilegitimidad, ya que si el acto es verosímelmente ilegítimo, el derecho a la suspensión de sus efectos debe también ser necesariamente verosímil. De todos modos, pareciera que la ley quiere agravar la exigencia de demostración de la verosimilitud, requiriendo que existan indicios serios y graves. La jurisprudencia de los tribunales federales deberá ir definiendo, mediante la solución de los casos particulares que se vayan planteando,

d. Acreditar que el interés público no se ve afectado;

e. Acreditar que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produce efectos jurídicos o materiales irreversibles (32).

f. De encontrarse pendiente el agotamiento de la vía administrativa —es decir, en los casos de medidas cautelares autónomas-, se deberá acreditar que se ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que transcurrieron 5 días desde la presentación de la solicitud y la misma no fue respondida.

Como ya hemos señalado, en la presentación antedicha el administrado, en caso de así considerarlo, deberá adicionalmente cuestionar los artículos de la ley 25.854 que considere que vulneran sus derechos constitucionales (33).

Verificado el cumplimiento de los requisitos generales y particulares antes descriptos, el juez, previo a resolver y salvo en los supuestos del art. 2º inc. 2, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro de los cinco días en juicios ordinarios y tres días en juicios sumarísimos o amparos (34), produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud (conf. art. 4º). Cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez puede dictar una medida interina —comúnmente conocida como precautelar-, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de

qué entiende por un concepto tan subjetivo como el de “indicios serios y graves”.

(32) Esta exigencia resulta también cuestionable, en tanto se impone al administrado la carga de la prueba de un hecho negativo. Hubiera sido esperable que la norma pusiera en cabeza de la Administración la acreditación de este extremo, en oportunidad de presentar el informe exigido por el art. 4º de la ley 26.854, o en cualquier otro momento, de conformidad con lo previsto por el art. 6º inc. 2 de dicha ley.

(33) Un caso interesante podrá plantearse en caso que un administrado pidiera la declaración de inconstitucionalidad del art. 4º, que dispone la sustanciación del pedido de medida cautelar con el estado nacional. En ese caso, entendemos que la cuestión debería ser resuelta sin sustanciación, con carácter previo a disponer el traslado del referido artículo, ya que en caso contrario, el planteo de inconstitucionalidad se volvería abstracto.

(34) En los casos de amparo, dado su carácter de proceso urgente, constituiría una sana práctica que los jueces exijan también la presentación del informe del art. 8º de ley 16.986 en forma conjunta con el informe del art. 4º de la ley 16.986.

la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción (35).

Cumplidos los pasos descriptos, el juez estará en condiciones de resolver la medida cautelar, y en caso de hacer lugar al pedido deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los 6 meses en los juicios ordinarios y de 3 meses en proceso sumarísimos o de amparo, con opción a extenderla a otros 6 meses (36) si así lo requiriese la parte al vencimiento del plazo original y el Juez considerase que el interés público no se encuentra comprometido. En los supuestos del artículo 2º, inciso 2 no rige esta limitación temporal.

Si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el art. 6º prevé que el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía.

(b) Medidas cautelares otorgadas y apeladas.

En los casos de medidas cautelares de suspensión de efectos ya otorgadas pero en las que, al momento de entrada en vigencia de la ley 26.854, se encontraban pendientes de resolución recursos de apelación interpuestos por el estado nacional, la situación resulta un poco más compleja desde el punto de vista procesal.

Como hemos ya analizado, la ley 26.854 resulta también aplicable a esta situación. En consecuencia el primer interrogante que se plantea es si, pese a que la cámara de apelaciones no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, se encuentra habilitada para aplicar la ley 26.854, o si por el contrario, debe remitir las actuaciones al juzgado de origen a fin de que se efectúe un nuevo examen de la medida cautelar, para luego

(35) El límite temporal de la precautelar luce aceptable en tanto y en cuanto la medida precautoria se dicte en forma inmediata a la recepción del informe o al vencimiento del plazo para hacerlo. Caso contrario, toda vez que lo que se persigue con la precautelar es evitar el acaecimiento de hechos graves e impostergables, su vigencia debería mantenerse hasta el dictado de la resolución que otorgue o deniegue la suspensión de los efectos del acto estatal. En este sentido, véase Cassagne, Juan Carlos "Las Medidas Cautelares en el Contencioso administrativo", LL 2001-B, pag. 1097.

(36) En el caso de la prórroga la ley nueva no distingue entre juicios ordinarios y sumarísimos o amparos. Podría darse el caso entonces que una medida cautelar en un amparo sea concedida por un plazo de 3 meses iniciales y luego prorrogada por 6 meses adicionales.

entender la cámara sobre el recurso que se deduzca contra la resolución que se apele.

Conforme lo dispone el art. 277 del CPCCN, el tribunal de alzada "*...no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del Juez de 1º Instancia. No obstante deberá resolver sobre... otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia...*".

En línea con lo establecido por la citada norma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que "*...los fallos de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de su dictado aunque ellas fueren sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario...*" (37). Cabe destacar que según la doctrina de la Corte, entre las "*circunstancias existentes al momento del dictado de sentencia*", corresponde considerar no solo nuevos hechos, sino también nuevas normas (38).

Por lo tanto, la cámara de apelaciones estaría facultada para resolver los recursos de apelaciones de medidas cautelares pendientes tomando en consideración las exigencias de la ley 26.854.

Sin embargo, a fin de resguardar el derecho de defensa de las partes, el tribunal de alzada debería dar a las mismas una oportunidad razonable a fin de que formulen las alegaciones que consideren pertinentes con relación a la nueva ley —cumplimiento de requisitos, eventuales planteos de inconstitucionalidad etc.—. Es que no sería razonable que, por ejemplo, la cámara considere no cumplido algún requisito de la medida cautelar, sin previamente haber escuchado a las partes.

El hecho que las partes formulen en sus presentaciones alegaciones que no estén vinculadas a los agravios que eran materia del recurso originario, no impide a nuestro criterio que la Cámara conozca y resuelva estos planteos. Ello por las siguientes razones:

i) En primer término, porque como ya hemos visto, la cámara debe hacer mérito de cuestiones posteriores a la sentencia de primera instancia (art. 277 del CPCCN), las que por una sencilla razón cronológica resulta materialmente imposible que hayan sido consideradas por las partes en sus apelaciones.

ii) Por otra parte, conforme pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la doble instancia judicial no es, por sí misma, requisito constitucional de la defensa en juicio, salvo en cuestiones

(37) Cfr. Fallos 311:1680.

(38) Cfr. Fallos 333:1474.

de naturaleza penal (39). En consecuencia, no existe óbice constitucional para que la cámara resuelva directamente las cuestiones que planteen las partes, sin necesidad de hacerlo en primera instancia.

iii) Finalmente, razones de economía y celeridad procesal, como así también las que imponen considerar a la suspensión cautelar de los efectos de un acto como un requerimiento urgente -en el que no sólo se encuentran en juego los intereses del particular sino los del estado nacional-, justifican que la cuestión sea directamente abordada por la cámara.

Otra duda que se plantea a la hora de analizar este supuesto, es qué ocurre con los efectos del recurso de apelación concedido. Los recursos de apelación deducidos contra medidas cautelares de suspensión de efectos de actos administrativos, son habitualmente concedidos en efecto devolutivo, por aplicación de lo dispuesto en el párrafo final del art. 198 del CPCCN. Con la entrada en vigencia del art. 13° inc. 3 de la ley 26.854, el recurso de apelación interpuesto contra la medida cautelar que suspenda los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico (40), tiene efecto suspensivo.

Ello genera el interrogante acerca de si la parte apelante podría invocar la nueva norma y pretender que el recurso interpuesto y no resuelto a la entrada en vigencia de la ley, pase a tener efectos suspensivos de la medida cautelar otorgada, y por lo tanto la ley o reglamento impugnado recupera su fuerza ejecutoria.

En este punto, entendemos que debe distinguirse el carácter provisional y la consecuente posibilidad de revisar a la luz de la ley 26.854, la medida cautelar otorgada, de otros actos procesales conexos, como pueden ser los vinculados al trámite de apelación de las medidas cautelares, respecto de los cuales sí cabe aplicar el principio de preclusión.

Al analizar los efectos de las normas procesales en el tiempo, Palacio sostiene que el principio según el cual los procesos en trámite pueden ser alcanzados por la ley nueva, es también aplicable a las normas reguladoras de los procedimientos y de los actos procesales. Destaca en este sentido que es frecuente que las disposiciones transitorias de las nuevas leyes determinen que sus normas se aplicarán a todos

(39) Cfr. Fallos 312: 195, 320:1847, 330:1036, entre otros.

(40) Adviértase que la ley no contempla el efecto suspensivo para actos administrativos de alcance particular cuyos efectos hubieran sido suspendidos por una medida cautelar. Para estos supuestos debe concluirse entonces que el recurso de apelación interpuesto contra la resolución pertinente debe continuar otorgándose en efecto devolutivo.

los asuntos que sucesivamente se promuevan, con excepción de los trámites, diligencias y plazos que hayan tenido principio de ejecución o empezado su curso, los cuales se regirán por las disposiciones hasta ese entonces aplicables (por ejemplo art. 2° ley 22.434 (41)). Por “principio de ejecución” debe entenderse a juicio del citado autor, el cumplimiento del acto o actos procesales que constituyan el presupuesto inmediato de otro acto posterior. Finalmente el procesalista considera que no ofrece dificultad alguna el caso de los actos procesales ya cumplidos bajo la vigencia de la ley anterior. Cita como ejemplo de este último caso, un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el cual se decidió que si el recurso de apelación contra la sentencia que desestimó la demanda de insania fue interpuesto y concedido antes de la vigencia de la ley 14.327, cuyo art. 82 autorizaba la apelación libre, aquel sólo procede en relación (42).

Siguiendo las directrices establecidas por el citado autor podemos extraer las siguientes conclusiones:

i) si la ley 26.854 entró en vigencia estando pendiente la concesión del recurso de apelación contra la medida cautelar de suspensión del efecto de la ley o reglamento, debe aplicarse la nueva norma y concederse el recurso con efecto suspensivo.

ii) si la nueva ley entró en vigencia estando ya concedido el recurso en efecto devolutivo, y pendiente de presentación la expresión de agravios y la formación del incidente del art. 250 del CPCCN, se trata a nuestro criterio de un acto con principio de ejecución, y por lo tanto deben aplicarse las disposiciones del citado código, manteniéndose el efecto devolutivo del recurso.

iii) Finalmente si la nueva ley entró en vigencia cuando el recurso ya fue concedido en efecto devolutivo y debidamente sustanciado entre las partes, nos encontramos ante un supuesto de un acto ya cumplido bajo la vigencia de la ley anterior, y por lo tanto corresponde mantener el efecto devolutivo del recurso (43).

(41) La ley 26.854 no contiene una disposición en este sentido, lo cual hubiera sido deseable para dar mayor certeza a los litigantes sobre el alcance de sus derechos. De todos modos, entendemos que aún a falta de regulación expresa, el criterio del principio de ejecución resulta aplicable al supuesto bajo análisis, como aplicación de los principios generales que en materia de irretroactividad dispone el art. 3° del Código Civil.

(42) Cf. Palacio, Lino E, op. cit., T° I, pag. 47 y sgtes, con cita de CNCiv., Sala C, LL T° 80, pag. 501.

(43) Cfr. CNCiv., sala M, “Blayker S.A. c/ Avellaneda”, 30/10/1995, JA 1996-IV, síntesis.

De todos modos, en los casos en que corresponde aplicar la nueva ley, cabe no obstante la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad el efecto suspensivo del recurso dispuesto por el art. 13 inc. 3° de la Ley 26.854, por los fundamentos que serán expuestos en el capítulo 7 de este artículo.

Por último resta analizar qué ocurre con los efectos ya cumplidos de la suspensión mientras estuvo vigente la cautelar, en caso de revocación de esta con fundamento en la nueva ley. La determinación de esta cuestión es importante especialmente en los casos en que el acto administrativo atacado impone el cumplimiento de obligaciones periódicas. Así, si con fundamento en la nueva regulación se revocara una cautelar que dispone la suspensión de los efectos de un acto que dispone el pago de un tributo en forma periódica, podría el Estado Nacional exigir el pago de ese tributo por los períodos en que estuvo vigente la medida cautelar?

Sobre este particular consideramos que para no aplicar retroactivamente la nueva ley, los efectos de la revocación deben regir de allí en adelante, y los ya cumplidos de la suspensión mientras estuvo vigente la cautelar, solo caerán si finalmente se extingue el acto administrativo en oportunidad del dictado de la sentencia de fondo.

(c) Medidas cautelares otorgadas firmes

El último supuesto que resta analizar es el vinculado a medidas cautelares otorgadas y confirmadas por tribunales de alzada.

En virtud de los principios generales enunciados al comienzo de este capítulo, la nueva ley resulta también aplicable a este caso. En consecuencia el juez de la causa debería dar la oportunidad a las partes de que se expidan sobre la nueva ley, y justifiquen el cumplimiento de sus requisitos, y en base a ello evaluar nuevamente el otorgamiento de la medida precautoria.

Mientras el juez no se expida sobre el efectivo cumplimiento de los requisitos de la nueva ley, y no resuelva los eventuales planteos de inconstitucionalidad que se pudieran formular, consideramos que los efectos de la medida cautelar originaria deben permanecer incólumes, puesto que no existe disposición alguna que la deje sin efecto.

En caso que el Juez confirme la medida cautelar dictada debe ser mantenida, entendemos que en esa resolución debe fijar el plazo máximo de vigencia de cautela, el cual comenzará a contarse a partir de la notificación de la misma. No puede por lo tanto considerarse que ese plazo transcurrió total o parcialmente por el solo hecho de haber sido la medida cautelar dictada tiempo antes de la vigencia de la ley, ya que ello importaría aplicar retroactivamente

la ley, en tanto significaría considerar que el plazo de vigencia comenzó a computarse aún antes de la entrada en vigencia de la ley 26.584.

V. El derecho a la tutela judicial efectiva

Son diversos los derechos constitucionales comprometidos dentro del régimen de las medidas cautelares. Sin embargo, con carácter general, las mismas se vinculan de manera especial con el de la tutela judicial efectiva. El art. 18 de la Constitución Nacional constituye una de las máximas garantías de la libertad personal frente al abuso del poder, disponiendo la inviolabilidad de la “*defensa en juicio de las personas y los derechos*”, y consagrando una serie de garantías procesales que se inician con el derecho a la jurisdicción -el cual comprende el derecho a peticionar ante tribunales la emisión de una sentencia justa (44) en un plazo razonable-.

Estas garantías, han resultado sustancialmente res-paldadas en virtud de la recepción de la tutela judicial efectiva en nuestro ordenamiento constitucional, la cual, tal como enseña Cassagne, guarda respecto de la garantía defensa en juicio un relación de género a especie, en el sentido de que la primera comprende a la segunda, y al propio tiempo es más amplia, habida cuenta que tutela, entre otras cosas, el acceso a la justicia para que esta sea efectiva (45).

En la reforma de la Constitución de 1994, los constituyentes otorgaron gran importancia al derecho a la tutela judicial efectiva, a punto tal que dispusieron en el art. 75 inc. 22 que diez tratados internacionales vinculados a los derechos humanos suscriptos por la Argentina “*tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”.

Entre ellos se destaca el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por el cual “*Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*”, el art. 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos por el que “*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales naciones*

(44) Cfr. Gelli, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada”, T° I, pag. 276, Ed. La Ley, 4° Edición, Buenos Aires, 2008.

(45) Cfr. Cassagne, Juan Carlos “Tratado de Derecho Procesal Administrativo”, T° I, pags. 96/97, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007.

competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”, y en especial el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica que dispone que “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso. B) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Se requiere, además y según el objeto de la pretensión, acceder a la posibilidad de solicitar y obtener medidas cautelares como un anticipo de la garantía jurisdiccional. Al respecto se ha dicho que “...en el contencioso administrativo las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas del poder público...” (46).

En este orden de ideas, las medidas cautelares constituyen una parte indispensable del derecho a la tutela judicial efectiva y garantizan la plena eficacia de las decisiones jurisdiccionales sobre el fondo del asunto, de forma tal de lograr que la protección dispensada sea cierta y no meramente nominal. Es por ello que cualquier disposición legal o reglamentaria que pretenda cercenar indebidamente este derecho, al punto de desnaturalizarlo, es pasible de ser tachada de inconstitucional, por violación del art. 18 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales *supra* referidos, que en virtud del art. 75 inc. 22, cuentan con jerarquía constitucional. Así, en tanto la dilación o restricciones que imponen las nuevas normas tengan virtualidad para frustrar los derechos que se procura proteger mediante la cautela solicitada, cabrá plantear y declarar la inconstitucionalidad

Partiendo de las premisas expuestas, es claro a nuestro criterio que diversos artículos de la ley 26.854 merecen cuestionamientos en cuando a su constitucionalidad:

(46) Cfr. Cassagne, Juan Carlos “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL 2001-B, pag. 1093.

Tal situación se refiere en primer término a los artículos de la ley 26.854 que de manera más patente violan el derecho bajo análisis, son el 5º, 6º inc. 1 y 8º, segundo párrafo (47), que disponen que las medidas cautelares frente al Estado pierden vigencia a los 3 o 6 meses —según el tipo de proceso—, y a los 10 días posteriores al agotamiento de la vía administrativa en los casos de medidas cautelares autónomas. Conforme veremos al analizar la arbitrariedad de la norma, la limitación impuesta torna ilusorios los derechos del administrado mientras se sustancia el proceso. La fijación de un límite temporal a la vigencia de la medida cautelar importa desnaturalizar dicho instituto, puesto que si al momento del vencimiento de ese plazo subsisten las razones que justificaron su dictado, el sólo transcurso del tiempo no constituye motivo suficiente para privar al administrado del único remedio judicial rápido y efectivo con el que actualmente cuenta en el ordenamiento vigente para evitar la conculcación de sus derechos. La jurisprudencia federal ya ha declarado la inconstitucionalidad de normas que pretendieron limitar la facultad de dictar medidas cautelares, con fundamento en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Un ejemplo de ello lo constituye el caso del art. 1º de la ley 25.587 (48) y del art. 1º del Decreto P.E.N.

(47) Se advierte al respecto que esta disposición resulta claramente contradictoria con lo dispuesto por el párrafo final del art. 5º. En efecto, esta última norma dispone que “... si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º segundo párrafo...” El art. 8º segundo párrafo por su parte dispone que “...Cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite de agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa...” Por más que el art. 5º tiene expresamente en cuenta lo dispuesto por el art. 8º, una norma dispone que la medida cautelar perdura hasta la notificación del acto administrativo que agota la vía, y la otra extiende la vigencia de la cautelar a los 10 días posteriores a la referida notificación. Esta incongruencia de la ley entendemos que debe ser resuelta en favor del administrado.

(48) Dicha norma (B.O. 26/04/02), disponía que “En los procesos judiciales de cualquier naturaleza en que se demande al Estado nacional, a entidades integrantes del sistema financiero, de seguros o a mutuales de ayuda económica en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en la ley 25.561 y sus reglamentarias y complementarias, sólo será admisible la medida cautelar reglada por el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando existiere el peligro de que si se mantuviere o alterare, en

1316/2002 (49) los cuales fueron invalidados sobre la base de los siguientes fundamentos: “...la limitación impuesta en el art. 1 ley 25.587 por el Poder Legislativo al Poder Judicial para dictar medidas cautelares resulta contraria a las disposiciones de la Constitución Nacional y a la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que desnaturaliza la esencia de tal instituto y resulta contraria al principio de tutela judicial efectiva...” (50); como así también que “...en el art. 1 del decreto 1.316 al disponerse la suspensión por el plazo de 120 días hábiles del cumplimiento y la ejecución de todas las medidas cautelares y sentencias definitivas dictadas en los procesos judiciales a los que se refiere el art. 1 de la ley 25.587 viola de manera flagrante el principio de la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 18 y en los tratados internacionales de igual rango conforme al art. 75 inc. 22, párrafo 2, de la C.N. Su aplicación impediría -a espaldas de la Norma Fundamental- que a través del cumplimiento de medidas cautelares se eviten los perjuicios que trae consigo la necesaria tramitación de los procesos judiciales —obstaculizando la eficacia del pronunciamiento definitivo-, e implicaría un avasallamiento de las funciones judiciales. (cfr. esta Sala “Nine”, del 26/12/02)...” (51). Otro supuesto en el que se cuestionó una norma que pretendió limitar el derecho al dictado de medidas cautelares, fue el del tercer párrafo del art. 195 del CPCCN, lo cual veremos en el siguiente punto.

Otro de los artículos que merece la tacha de inconstitucionalidad es el 9º, en cuanto con carácter general establece que “...Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias...” Esta norma no hace más que replicar de manera exacta lo que ya había establecido

su caso, la situación de hecho o derecho la modificación pudiere interferir en la sentencia o convirtiere su ejecución en imposible o ineficaz”.

(49) El art. 1º, primer párrafo de dicho decreto (B.O. 24/07/2002) disponía lo siguiente: “Suspéndase por el plazo de ciento veinte días hábiles el cumplimiento y la ejecución de todas las medidas cautelares y sentencias definitivas dictadas en los procesos judiciales a los que se refiere el art. 1 de la ley 25.587, las que se ejecutarán conforme lo previsto en el presente decreto”.

(50) CNACAF, sala II, “Grimberg, Marcelo Pablo c/ Estado Nacional s/amparo ley 16986”, 25/06/2002.

(51) CNACAF, sala IV, “Krell de Goijman Dora c/ E.N. -Dto. 71/02- Resol. 6 y 9/02 -Mº Economía y otros s/amparo ley 16.986”, 26/12/2002.

el último párrafo del art. 195 del CPCCN (52). Esta última fue en reiteradas oportunidades declarada inconstitucional por numerosos tribunales federales, con fundamento precisamente en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Así se ha dicho que “...la restricción dirigida a los jueces por el art. 14 de la ley 25.453 (Adla Bol 20/2001, p.6) -en cuanto establece que no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice o comprometa los recursos propios del Estado- no puede aplicarse de manera absoluta, en virtud de los principios de separación de poderes, igualdad procesal de las partes y tutela judicial efectiva, ya que cada uno de los tres poderes aplica e interpreta la Constitución por sí misma cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente” (53); también se señaló que “...la prohibición de dictar medidas cautelares que recaigan sobre recursos del Estado nacional -art. 195 párr. 3º, Cód. Procesal, texto según art. 14, ley 25.453 (Adla, LXI-D, 4057)- atenta contra los principios de división de poderes, exclusividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional por el Poder Judicial y tutela judicial efectiva -arts. 1º, 18 y 109, Constitución Nacional y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos-, pues dicha limitación equivale a prohibir que el Congreso sancione cierta ley o que el Poder Ejecutivo promulgue determinado decreto...” (54); y finalmente que “...Es inconstitucional el art. 14 de la ley 25.453 que modifica el art. 195 del Cód. Procesal y dispone que los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar -en el caso, pedida por la A.F.A. para que el Estado se abstenga de determinar y cobrar el IVA por espectáculos deportivos- que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o perturbe los recursos propios del Estado, pues viola el derecho a la tutela judicial efectiva y el deber de adoptar medidas legislativas para efectivizar los derechos y libertades mencionados en el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...” (55).

Merece también reproche por la afrenta que provoca al derecho a la tutela judicial efectiva lo dispuesto por el inciso 3 del art. 13º de la ley 26.854, que otorga efectos suspensivos al recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda,

(52) Agregado por el art. 14 de la ley 25.413 (B.O. 31/07/2001).

(53) CNACAF, sala V, “Frigorífico Morrone S.A. y otros c/ A.F.I.P.-D.G.I.”, 19/09/2001.

(54) Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, sala II “Defensor del Pueblo de la Nación c/ P.E.N”, 10/09/2002, LL 2002-F, pag. 322.

(55) Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso administrativo Federal Nro. 6, “A.F.A. c. P.E.N” 06/09/2001.

total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo. El fundamento por el cual puede cuestionarse esta disposición legal, es el mismo por el cual se ha impugnado —con éxito— la constitucionalidad del art. 15 de la ley 16.986, en tanto se entendiera que el mismo resulta de aplicación en los casos de apelaciones a medidas cautelares dictadas en procesos de amparo, y por lo tanto dicho recurso se concediera con efectos suspensivos. En esos casos, se ha señalado que la medida cautelar no tolera una suspensión en la efectivización de su aseguramiento, y que el otorgamiento de la apelación con efectos suspensivos desnaturaliza completamente el sentido de la cautelar y del propio proceso de amparo (56), puesto que coloca al administrado en un grave riesgo de ver frustrado el derecho que busca precaver. En este sentido Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal tuvo oportunidad de señalar que frente al “...grave peligro derivado de los alcances con los que fue concedida la apelación —según surge del art. 15 de la Ley de Amparo, aplicado en el caso, que podrían tornar abstracta la decisión que pudiera adoptarse en la especie, no puede sino disponerse, en forma previa, a la decisión de la apelación deducida, la suspensión de toda actividad referente a la Licitación Pública Plan Nacional de Radarización-Primera Etapa (cfr. arg. esta Sala, 29/10/99, “Pescasur S.A., Incid. Med. y otro c. PEN, ME, Sec. De AGPA, decr. 792/99 s/ Amparo Ley 16.986”)...” (57).

La norma en cuestión torna totalmente inoperante la decisión del juez de la causa, y deja en un claro estado de indefensión al administrado frente al acto administrativo del cual intentó protegerse. Si bien es cierto que uno de los principios medulares del derecho administrativo es la presunción de legitimidad de sus actos, no puede dejar de señalarse que su ejecución muchas veces puede crear situaciones irreparables. En estas condiciones, otorgar efecto suspensivo a una medida que suspende los efectos

(56) Cfr. Morello, Augusto y Vallefin, Carlos, “El Amparo. Régimen Procesal”, pág. 150, Platense, Argentina, 1998; Rossi, Alejandro, “El efecto de la apelación de las medidas cautelares en el proceso de amparo (la derogación del artículo 15 de la ley 16.986 y las fuentes supranacionales del derecho. Notas para el litigante)”, LL 31/05/ 2000; Sagüés, Néstor, “La inconstitucionalidad de la concesión con efecto suspensivo de la resolución admisorio de una medida cautelar en el amparo”, LL 16/12/2000, y Gil Domínguez, Andrés, “El amparo del artículo 43 y el desamparo de la ley 16.986”, Revista Argentina de Derecho Constitucional, N° 3, Ediar, Argentina, 2001.

(57) Cfr. CNACAF, Sala IV, “Thomson C.S.F. c/ Ministerio de Defensa s/ incidente de medida cautelar”, 11/11/2009.

de un acto por causar un perjuicio irreparable, resulta a nuestro criterio inconstitucional, en tanto anula el derecho a la tutela judicial efectiva.

Como puede advertirse, son varias las disposiciones de la ley que resultan manifiestamente violatorias del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. El avasallamiento ha resultado tan evidente que ha merecido por parte de la Relatora Especial de las Naciones Unidas, Gabriela Knaul, la emisión de un documento en el que exhortó al Gobierno de Argentina a que reconsidere el proyecto de ley de regulación de medidas cautelares en el país, respecto del cual señaló que “*el uso y el periodo de vigencia de las medidas cautelares contra el Estado no pueden ser restringidos. En caso contrario, el acceso a la justicia no se encuentra plenamente garantizado*”, agregando que “*Las limitaciones aprobadas a las medidas cautelares son contrarias a los artículos 2 - 3 y 14 - 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre otros estándares internacionales relevantes*” (58).

VI. Reflexiones finales

Como síntesis, cabe señalar que resulta importante la regulación de las medidas cautelares contra el Estado Nacional. Sin embargo, la misma debe contribuir a mantenerlas como un instrumento que permita la actuación judicial a los fines de lograr el justo equilibrio entre los intereses públicos y los privados en la afectación que en muchos casos tiene lugar con motivo del ejercicio de la función administrativa. La ley 26.854 merece diversos cuestionamientos, que hemos procurado exponer. Sin duda, cabe a los jueces el importante rol que buscar el equilibrio que en la aplicación de la norma necesariamente habrá de requerirse.

Tanto la Corte Suprema como los tribunales del fuero Federal admiten actualmente las medidas cautelares que suspenden los efectos de los actos administrativos. Por ello, cabe terminar con palabras de la Corte, que en una sentencia de hace pocos meses ha dicho: “5º) *Que con relación a la pretensión cautelar el Tribunal ha decidido reiteradamente que la finalidad de este tipo de actuaciones consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia, y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica.*”

(58) <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13275&LangID=S>.

De lo contrario, si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir, de no emitir, una opinión o decisión anticipada a favor de cualquiera de las partes sobre la cuestión sometida a su jurisdicción (Fallos: 329:2949; 330:3126, entre muchos otros). 6º) Que asimismo, ha dicho en “Albornoz, Evaristo Ignacio c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación” —Fallos: 306:2060— que “como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el

examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad” (59). ♦

(59) LA LEY 24/07/2012, 7 - Sup. Adm. 2012 (agosto), 73 - LA LEY 2012-E, 70 - DJ 05/09/2012, 25.

EL NUEVO RÉGIMEN DE LAS CAUTELARES FRENTE AL ESTADO

POR JORGE A. ROJAS

Sumario: 1. Introducción. — 2. El contexto del nuevo régimen. — 3. La denominada “cautela autónoma”. — 4. Los caracteres de la cautela autónoma. — 5. Los lineamientos de la nueva ley. — 6. La igualdad ante la ley. — 7. Los “nuevos” requisitos: bilateralidad y ordinarización. — 8. La cuestión de la vigencia de las cautelares. — 9. Tutela anticipada: el objeto cautelar y la pretensión. — 10. Algunas conclusiones preliminares.

1. Introducción

La sanción por parte del Congreso Nacional de la ley 26.854 (Adla, Bol. 12/2013, p. 1), que crea un nuevo régimen para las medidas cautelares que se adopten contra el Estado Nacional y sus entes descentralizados, ha generado una vasta polémica por las distintas aristas que presenta, de las cuales se advierte sumamente difícil que varias de ellas toleren ni un test de constitucionalidad ni de convencionalidad.

Por ello, partiendo de la premisa fundamental que un análisis de su contenido no puede ser efectuado en términos binarios, éste debería realizarse en forma contextualizada desde su fundamentación originaria, que no aparece manifiestamente desproporcionada, aunque sí confusa cuando no contradictoria cuando se plasma en la realidad de algunos de sus preceptos.

Por lo tanto, con ese alcance se analizará el proyecto de ley que acaba de recibir sanción en el Congreso Nacional para concebir un régimen especial que regule la operatividad de las medidas cautelares que se dirijan contra el Estado Nacional y sus entes descentralizados.

2. El contexto del nuevo régimen

Es importante tener en cuenta, que de los fundamentos del que fuera proyecto de ley surgen algunos aspectos que resultan importantes tenerlos en cuenta para no perder de vista la visión contextualizada que se señalara.

Allí se indica la conveniencia de regular ese nuevo régimen pues se parte de la base que no existe uno adecuado para implementar las medidas cautelares que se adopten contra el Estado Nacional, toda vez que se utiliza el previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y se pasa por alto que desde ese ordenamiento se regulan las relaciones de derecho privado.

Sin embargo, desde esa óptica lo que ha pasado por alto esta normativa, es que no solo el Derecho Procesal constituye una rama del derecho público, sino que además existe un régimen de hecho que nace a partir de la interpretación que se ha hecho jurisprudencialmente del amparo y de las medidas cautelares que regula aquél ordenamiento adjetivo, toda vez que el sistema previsto en la Ley de Procedimientos Administrativos, ni el Estado a través de sus órganos centrales, ni tampoco desde los descentralizados es proclive a utilizarlo.

Esta circunstancia por demás evidente que inexplícitamente se ha omitido, es la que ha dado nacimiento a aquella medida que en líneas generales existe consenso en denominar desde la vía pretoriana y también por la doctrina, como cautela autónoma.

Esta cautela fue denominada así solo por su carácter atípico, ya que si bien podía reportar a un proceso principal que le diera sustento, en muchos supuestos, podía no serlo, de ahí que su tramitación independiente en sede judicial hizo a su identificación como “autónoma”.

3. La denominada “cautela autónoma”

Esta medida propia de la órbita del llamado contencioso-administrativo, o más específicamente del campo del derecho administrativo. La doctrina la ha caracterizado siguiendo a la jurisprudencia, y consiste en la petición formulada a la jurisdicción para que ordene la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, hasta que la Administración resuelva el recurso administrativo que agota la vía en un sentido o en otro (1).

Mientras tanto, el administrado obtiene tutela, aparentemente sin forzar el sistema de agotamiento de la vía administrativa previa y sin un perjuicio mayor para la Administración, quien con su propia diligencia determina la duración de la medida cautelar dictada en su contra, resolviendo el recurso que agota la vía, si el juez ha condicionado la vigencia de la cautela a dicha situación (2).

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 12 de la ley 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752), el acto administrativo goza de presunción de legitimidad. Su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.

Frente a los reclamos del administrado ante la administración, por vía pretoriana, los tribunales han generado este tipo de cautela denominada autónoma, cuando un administrado recurre un acto en

(1) Ver VALLEFÍN, Carlos A., Protección cautelar frente al Estado, Lexis-Nexis, 2002, p. 125, quien señala, siguiendo a Gordillo, que a través de esta medida se persigue impedir la ejecución del acto impugnado hasta tanto se resuelva dicho recurso.

(2) ZAMBRANO, Pedro, Medidas cautelares autónomas y la garantía de defensa en juicio ¿Por el art. 230 del Código Procesal o por el art. 12 de la ley 19.549?, LA LEY, 1998-C, 344. La cita del autor se apoya en el fallo Hughes Tool Company S.A. c. Gobierno Nacional s/Amparo (LA LEY, 1984-D, 360).

sede administrativa solicitando al órgano jerárquico competente que lo deje sin efecto.

Desafortunadamente, la experiencia indica que cuando ese pedido de suspensión de los efectos del acto es planteado en el procedimiento administrativo, la Administración sencillamente guarda silencio.

En una primera etapa, se llegó a admitir (aunque con carácter excepcional) que por vía de amparo se pusiera un freno a la actuación de la Administración a través de un acto lesivo, habiendo destacado en este sentido la Cámara Nacional en lo Contencioso-administrativo Federal, que “no existe óbice legal para que el juicio de amparo tenga por finalidad la suspensión de los efectos de un acto administrativo en situaciones excepcionales en que la ejecutoriedad de éste ocasione, por sí misma, agravio irreparable al derecho constitucional cuya tutela se procura”(3).

Más allá que este pronunciamiento luego fue revocado por la Corte, las razones para ello no apuntaban a la inidoneidad del amparo a esos fines, sino a otros aspectos que tenían que ver con la reclamación administrativa previa que la empresa no había agotado.

De ahí entonces que la doctrina y la jurisprudencia admitiesen la gestación de esta cautela denominada autónoma, como una especie de desmembramiento del amparo con la combinación de una medida de no innovar, pues se conectaron ambos institutos con motivo de la reconducción de una acción de amparo presentada a fin de obtener una prohibición de innovar, en su faceta de no innovar, a fin de que la demandada se abstuviera de cortar el servicio telefónico de la actora, con fundamento en los preceptos del Código Procesal que consagran esa cautelar (4).

De tal forma, la doctrina comenzó a marcar una distinción que resulta importante tener en cuenta para este trabajo, pues Cassagne sostuvo la posibilidad de que se dicten medidas cautelares autónomas (en el sentido de que pueden promoverse antes de la promoción de un proceso principal) que no sean autosatisfactivas —así lo señala expresamente— como lo ha venido admitiendo la jurisprudencia de nuestros tribunales. En tales supuestos, la medida cautelar se presenta como autónoma e instrumental, al propio tiempo, pues obliga al particular a promover la acción de fondo dentro del plazo de caducidad que fija la ley. En esta tesitura, la jurisprudencia

(3) CNCont. Adm. Fed., sala III, in re “Hughes Tool Company c/Gobierno Nacional (Ministerio de Economía), LA LEY, 1996-D, 127.

(4) LA LEY, 1992-C, 150.

ha decretado la procedencia de una medida de suspensión de los efectos de un acto administrativo mientras tramita el recurso jerárquico interpuesto contra dicho acto (5).

Ello obliga al administrado a recurrir ante la justicia para que sea ésta quien suspenda los efectos del acto recurrido en aquél procedimiento. Eso quiere decir que lo que se solicita al juez es que dicte una medida cautelar de naturaleza administrativa, porque no está dirigida a garantizar la eficacia de una sentencia (que quizás nunca se dicte porque quizás nunca haya juicio), sino la del acto administrativo que aún no se ha dictado, para el caso en que el órgano superior recpte la posición del administrado y revoque el acto del órgano jerárquicamente inferior (6).

En este sentido, existe una actuación que de hecho se denomina autónoma, pues en algunos supuestos, pendiente un procedimiento administrativo, el justiciable accede a la jurisdicción persiguiendo una tutela efectiva e inmediata en virtud de la posibilidad de que se lleve a cabo un determinado acto administrativo, toda vez que gozan de presunción de legitimidad en mérito a las previsiones del art. 12 de la ley 19.549 antes mencionado.

Por dicho motivo el administrado se enfrenta al dilema de tener que soportar un perjuicio que en algún caso podría resultar irreparable, de tener que pedir ante la propia administración la suspensión de ese acto, o bien acceder a sede judicial por esta vía, que si bien en apariencia resultaría independiente —de ahí su denominación de autónoma— en definitiva no se puede omitir que reporta a un procedimiento principal que es el que le da sustento, y que más allá que esté en la órbita administrativa, hace que se aprecie así su carácter accesorio e instrumental.

La propia redacción del art. 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos (7) contempla en su segunda parte una actuación cautelar de la Adminis-

(5) CASSAGNE, Juan Carlos, Las medidas cautelares en el contencioso-administrativo, LA LEY, 2001-B, 1091.

(6) CNCont.-Adm. Fed., sala V, 7/11/01, in re “Gas Nea S.A. c. Resol. 2346/01 - Enargas (expte. 4934)”, LD-Textos.

(7) Ley 19.549 - Art. 12: 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 exijan 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.

tración Pública. Sin embargo la suspensión del acto que se impugnó puede llevarse a cabo por razones de interés general, o para evitar un perjuicio grave al interesado, o bien cuando se alegare fundadamente su nulidad.

Para eso se debían reunir los recaudos clásicos de cualquier cautelar (8), siendo que en la mayoría de los supuestos la cautelar autónoma viene puesta dentro de los pliegues de una prohibición de innovar clásica, sea en su faceta de no innovar como en la innovativa (9).

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, seguida desde luego por los tribunales federales y demás inferiores, había establecido una línea interpretativa muy clara en este sentido, ya que ha entendido que “el criterio restrictivo respecto de la viabilidad de las medidas precautorias cobra mayor intensidad si la cautela fue deducida de manera autónoma y no accede a una pretensión de fondo cuya procedencia sustancial pueda ser esclarecida en un proceso de conocimiento, por lo cual la concesión de la medida cautelar constituye una suerte de decisión de mérito sobre cuestiones que no hallarán, en principio, otro espacio para su debate” (10).

De ahí que convenga despejar las dudas que plantea la denominación de cautela autónoma con la llamada “medida autosatisfactiva”, no solo porque su alcance es diverso, ya que no se trata de una medida cautelar (11), sino que además ha sido

(8) Estos son: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y como reunión de ambos la contracautela, debiendo sumarse a ellos los que prevé el art. 195 del Código Procesal, todo ello desde luego hasta antes del dictado de la ley 26.854 en análisis.

(9) De tal modo se resolvió que “es condición básica de viabilidad, la configuración de los extremos previstos en el art. 230 del CPCCN, en cuanto norma adjetiva regulatoria del instituto en análisis. De modo que, cabe exigir como presupuestos insoslayables de su procedencia, la configuración de la verosimilitud en el derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora, recaudos a los que debe unirse el tercero, previsto de modo genérico por el art. 19 del CPCCN” (JA, 1999-III-21).

(10) C.S.J.N., 19/10/00, in re Pesquera Leal S.A. c. Estado Nacional, Fallos 323:3075. En idéntico sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional Contencioso-Administrativo Federal, Sala V, 14/8/02, en los autos “C.P.A.C.F. c. E.N. -Ley 25.414- Dto. 1384/01 s/Amparo - Ley 16.986; ídem, Sala I, 18/5/04, in re “Fernández, Jorge Marcos c. ONAB - Licitación 99/98 - Resol. 100/99 s/Medida cautelar (autónoma)”, LD-Textos.

(11) Señala Peyrano que la medida autosatisfactiva constituye un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de ahí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable, no siendo

descalificada por el más Alto Tribunal por inconstitucional (12).

Se señala este aspecto, pues sería conveniente que se repare en la desvirtuación que se ha producido a través del lenguaje, utilizándose nuevas denominaciones para institutos ya conocidos, sin darse razón alguna para ello, y sin advertir los inconvenientes que se generan por las confusiones que se producen (13).

entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado erróneamente como una cautela autónoma (PEYRANO, Jorge W.; "Aspectos concretos del Proceso Urgente y de la Tutela Anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema; AA.VV., Jorge W. Peyrano, director, Rubinzal-Culzoni, p. 32). En punto al reconocimiento del más Alto Tribunal al que refiere el título del trabajo citado, es dable aclarar que se refiere a la tutela anticipada (consagrada en el caso Camacho Acosta, Fallos 320:1633), que será abordada más adelante en este mismo trabajo, que no guarda relación con la medida autosatisfactiva que describe el autor en la forma señalada.

(12) Este aspecto fue destacado con énfasis por algunos de los integrantes del máximo Tribunal en el caso Bustos (Fallos 327:4495). De la misma forma se señaló en el caso Iannuzzi (Fallos 331:2287), pues el criterio sustentado por la Corte en esta línea por más que a veces la denomine como autónoma a esta medida es que "si la medida autosatisfactiva requerida es independiente de un juicio posterior y la cautelar dispuesta admitió la pretensión inaudita parte, de modo tal que la contraparte no tuvo posibilidad de ejercer su defensa la que, en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, la decisión que la concede constituye un exceso jurisdiccional en menoscabo del derecho de defensa en juicio" (Fallos 330:5251). En la misma línea ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que corresponde anular de oficio el fallo que apartándose de lo que se propusiera en la demanda como pretensión cautelar accesorio, incurre en ostensible quiebre del principio de bilateralidad y contradicción, aún cuando se trate de una medida autosatisfactiva, sobre la que, de oficio, se ha decidido derechamente como pretensión principal agotándose así el objeto del proceso, sin que la parte que debe soportar las consecuencias de la decisión haya tenido la más mínima oportunidad de ser oída (arts. 18, Constitución nacional y 15 de la Constitución local). SCJBA, 15/12/2004, in re "Chielli, Mario y otra c. Osmecon Salud s/amparo.

(13) "Ocurre que la terminología empleada, tanto en doctrina como en jurisprudencia, forma un gran galimatías que dificulta la labor judicial en la materia, en tanto no se discrimina correctamente las medidas que son de índole estrictamente cautelar, subordinadas a un proceso principal, con las específicamente autosatisfactivas, entendidas como proceso autónomo y exclusivo diferentes, a su vez, de las anticipatorias, empleándose muchas veces como sinónimos términos disímiles (autosatisfactivo o

En esa misma línea la Cámara Nacional en lo Civil ha interpretado que "si la pretensión cautelar constituye una petición autónoma —que algunos autores denominan urgente— su procedencia requiere no sólo una apariencia del derecho alegado, sino una fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, es decir, un alto grado de certeza del derecho que debe demostrar quien reclama esta tutela, lo que se justifica por el carácter autónomo y no accesorio que la distingue de las pretensiones cautelares" (14).

Es decir que aquí tenemos una clara superposición más que conceptual, de identificación, pues se presumiría que se está identificando al mismo fenómeno de formas diversas, aspecto que evidentemente ha tenido en cuenta el legislador en la nueva ley analizada, aunque también confunde sus afirmaciones cuando alude a evitar la superposición entre el objeto de una cautela y la pretensión sustancial, pese a que se trata de institutos diversos que no pueden superponerse conceptualmente, pues además en la realidad tienen alcances diversos.

No obstante, para no perder la línea de trabajo con relación al tema central, es de hacer notar que la jurisprudencia —sobre todo de los tribunales federales, en donde más abunda esta cautelar "autónoma"—, sostienen que a los requisitos tradicionales que hacen a la viabilidad de toda medida cautelar y el criterio restrictivo con el que se debe apreciar su procedencia, habría que sumarle otro vinculado con el alcance o las proyecciones que pueda tener esta medida (15).

anticipatorio; cautela material, cautela sustancial, medida cautelar genérica, tutela definitiva, tutela inhibitoria, tutela innovativa), para referirse a los supuestos antes señalados". Juzg. Contencioso-administrativo nro. 1, La Plata, 29/5/08, in re "Gaviot, María Cecilia y Otros c. Fisco de la Pcia. de Bs. As., LLBA, año 16, nro. 1, febrero 2009, p. 38.

(14) CNCiv., Sala I, 15/5/97, E.M. Tango S.A. c. L.S.1 Radio Municipal (MCBA) s/daños y perjuicios, LD-Textos.

(15) En este sentido, se ha resuelto que: "la parte actora logró el dictado de la medida cautelar autónoma que dio origen a las presentes actuaciones, tendiente a obtener la provisión de audífonos para ambos oídos —de ciertas características técnicas particulares— y que la obra social asumiera el 100% de los honorarios devengados en favor de la fonoaudióloga que asiste a C. La referida cautelar —cuya trascendencia moral y jurídica parece innecesario destacar— exigió una tramitación que excede con largueza la que es habitual en estos procesos, al extremo de que incluyó varios cuestionamientos incidentales e, inclusive, la aplicación de una multa diaria a la obra social para compelerla a cumplir con la orden judicial... Es pertinente resaltar que la finalidad de la medida decretada es responder prontamente a los requerimientos terapéuticos de la actora, discapacitada —tiene 26 años y padece de hipoacusia neu-

Sin perjuicio del nomen iuris utilizado, lo cierto y concreto es que se aprecia con claridad una manifestación muy particular —a través de una medida cautelar, por los efectos que provoca su dictado— de una tutela que se anticipa, por la fuerza de las circunstancias fácticas, a la decisión definitiva que deberá recaer en el proceso, aspecto éste que es connatural a éste tipo de cautelares que propenden a aventar los daños que puede generar el consumo de tiempo por el proceso.

4. Los caracteres de la cautela autónoma

Es evidente que el comportamiento de la llamada medida cautelar “autónoma” tiene similitud, por el alcance restrictivo de su interpretación, con aquellos sistemas cautelares que funcionan en la órbita que caracterizamos como excepcional o atípica (16).

Si se analizan los insumos que requiere este sistema se puede advertir, a diferencia de los sistemas cautelares típicos o tradicionales, que si bien es necesario observar la reunión de los presupuestos sustanciales que hacen a la procedencia de toda cautelar, no es una simple apariencia del buen derecho que se invoca, la que se debe tener en cuenta para su andamiaje.

Bien sabido es que la Corte Suprema, en su doctrina tradicional, ha sostenido que el juicio de verdad se encuentra en franca oposición a la finalidad que persigue el instituto cautelar. Sin embargo, en este caso se requiere una acentuada verosimilitud del derecho que se alega, requisitos que algunos denominan como verosimilitud del derecho calificada (17), precisamente cuando a través de ella se produzca un anticipo jurisdiccional que se proyecte sobre la futura decisión de mérito.

Dos circunstancias aparecen aquí también como distintivas dentro de este sistema cautelar, que Val-

rosensorial bilateral severa—. De este modo, pues, es claro que a través del dictado de la cautelar se intenta evitar las consecuencias perjudiciales que tendría su satisfacción sólo al cabo del desarrollo del proceso de fondo; circunstancia ésta que permite concluir en que concurre el requisito del peligro en la demora (esta sala, causa 10.690/00 del 18.9.01). Resulta prudente y aconsejable disponer la prestación de los servicios médico-asistenciales requeridos—provisión de un específico modelo y marca de audífonos—, hasta tanto se decida definitivamente la materia sometida a conocimiento del órgano jurisdiccional (esta sala, causa 5.238/02 dt6el 7.3.03)“CNCiv. y Com. Fed., sala II, 21/6/07, in re “Ceballos, Analía Edith Guadalupe c. OSPERYH y otro s/incidente de apelación, LD-Textos.

(16) ROJAS, Jorge A.; *Sistemas Cautelares Atípicos*; Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 157.

(17) VALLEFÍN, Carlos A., ob. cit., p. 150.

lefin (18) identifica, por un lado, como una especie de “depreciación” de la contracautela, pues es muy descuidada su exigencia judicial; y por otro, la aplicación “dogmática” que se hace respecto al concepto “interés público” (19). Pues bien, señala aquel autor, no se trata aquí del interés de la Administración Pública, sin perjuicio de lo cual en los precedentes jurisprudenciales se lo suele señalar de esa forma (20).

En ese esquema existente hasta la sanción de esta nueva ley, el juicio de valor que tenía que hacer la jurisdicción, más allá que no se va a restringir a una simple comprobación de la verosimilitud, o sea, a la apariencia del derecho invocado, sino a una verosimilitud calificada, debía cotejar, no ya el daño a la luz de la demora que importa el desarrollo del proceso judicial, sino fundamentalmente a la urgencia que la situación presenta, para que sea atendida de inmediato, pues de no adoptarse la medida en cuestión, esos perjuicios pueden resultar irreparables, o por lo menos de muy gravosa reparación, aún desde el punto de vista económico.

En general, los planteos efectuados por vía de esta cautelar autónoma no eran otros que el requerimiento de una prohibición de innovar, sea en su faceta de no innovar o en la innovativa (que la actual ley 26.854 denomina como medida positiva y de no innovar), según que los perjuicios que se traten de aventar pro-

(18) Ob. cit., p. 151.

(19) La necesidad de mayor prudencia en la consideración de los recaudos que hacen a la admisión de la prohibición de innovar, deriva de la presunción de validez de los actos de los poderes públicos y de la consideración del interés público en juego, frente a lo cual, la existencia de precedentes en los que se habría declarado la inconstitucionalidad del régimen de ahorro obligatorio, no es fundamento suficiente para conceder la medida cautelar solicitada (Fallos 319:1069). Se advierte aquí la invocación al interés público en la forma que apuntamos.

(20) En esa línea se suele señalar que no se puede afectar la recaudación del fisco, por lo cual se ha decidido que: “Corresponde revocar la medida cautelar autónoma contra el Estado Nacional —AFIP— a fin de que se le permitiera al contribuyente aplicar los mecanismos de ajuste previstos por el título VI de la ley 20.628 del impuesto a las ganancias, denominados “ajustes por inflación” (arts. 94 a 98), suspendidos por disposición del art. 39 de la ley 24.073, para los ejercicios cerrados en el año 2002 y siguientes, inclusive sus anticipos, en la que requirió que se ordenase a la D.G.I. que se abstuviera de iniciar, promover o proseguir todo tipo de acción administrativa o judicial tendiente a determinar o percibir el impuesto a las ganancias por el ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2002 y siguientes, inclusive” (CNCont.-Adm. Fed., Sala IV, 13/11/03, Montgomery Watson Argentina S.A. c. E.N. -A.F.I.P. D.G.I.- Ley 24.073 s/medida cautelar (autónoma), LD-Textos.

vengan de la alteración de un determinado status quo o de su mantenimiento (21), constituyendo la regla a tener en cuenta en este aspecto (22) que los actos legislativos gozan de una presunción de legitimidad, que imponen una mayor prudencia a la jurisdicción en caso de otorgar una cautela de estas características (con carácter excepcional) (23).

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, la nota tipificante de este sistema asegurativo radica, no sólo en que a través de esta pretensión cautelar se accede a un anticipo jurisdiccional (total o parcial), sobre el fondo de la pretensión sustancial, sino a la forma en que se debe deducir, ya que existen opiniones encontradas en el ámbito del Derecho Administrativo sobre el particular.

Una línea interpreta que debe agotarse la vía administrativa con carácter previo (Hutchinson), mientras que otros, por el contrario, sostienen que ello es innecesario (Cassagne), añadiendo a ello Vallefín que también existen pronunciamientos encontrados en la jurisprudencia, sin perjuicio de lo cual —señala este último autor— existiría delineada ya una postura intermedia que propende a un análisis que pondere prudentemente en cada caso la situación planteada, sobre todo cuando existe una conducta omisiva de parte del Estado que demuestre que no se admitirá la suspensión del acto en su sede (24).

(21) Corresponde hacer lugar a la medida de no innovar solicitada en el juicio tendiente a que se declare que las cartas ofertas de contratos no se encuentran alcanzadas por el impuesto de sellos provincial en razón de haberse formalizado a su respecto aceptaciones instrumentadas, ya que el peligro en la demora se advierte en forma objetiva si se consideran los diversos efectos que podría provocar la concreción de las medidas anunciadas por el Estado provincial y la gravitación económica que tendrían (Fallos 327:5984).

(22) La prohibición de innovar no procede, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta la presunción de verdad que ostentan, pero tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre base prima facie verosímiles (Fallos 314:1312; 323:1716).

(23) Las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, por lo cual es requisito ineludible para admitir la pertinencia de la prohibición de innovar una especial prudencia en la apreciación de los recaudos que tornen viable su concesión (Fallos 319:1069; 320:1027).

(24) No obstante ello, en el caso que citamos al comienzo de este capítulo se ha decidido que “el proceso administrativo es por esencia revisor de actos, por lo que al ser necesario el agotamiento de la vía administrativa previa, va de suyo que también el pedido de suspensión de los efectos del acto requiere generalmente, un previo pedido en tal sentido a la

5. Los lineamientos de la nueva ley

Como fuera señalado en la introducción, esta nueva ley para su adecuada interpretación y su contraste constitucional, no puede ser analizada de un modo descontextualizado, ni de la historia, ni menos aún de la realidad existente.

Por eso es importante tener en cuenta que históricamente las demandas dirigidas contra la Nación estaban reguladas en la vieja ley 3.952 que data del año 1900, que fue modificada en el año 1932 por la ley 11.634.

Lo importante a destacar de este cuerpo legal, cuyos lineamientos en algún modo —aún en la actualidad se siguen observando (25)— es que se concluía en el art. 7 señalándose textualmente que: “las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorias contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda”.

Como se advierte, resultaba inocuo pensar en medidas cautelares cuando se ejerciera una pretensión contra el Estado Nacional o sus entes descentralizados, para asegurar el futuro cumplimiento de una sentencia.

Recién se comenzó a abrir una brecha en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del leading case Pietranera (26), en donde el máximo Tribunal fue muy elocuente y preciso al sostener que “la norma del art. 7 de la ley 3952 no significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. Ello importaría colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar por su observancia”.

En la temática analizada, algunos objetivos loables que se desprenden de los fundamentos del proyecto

propia administración. Peticionada en sede administrativa dicha suspensión, de la denegatoria expresa o tácita puede acudir a la vía judicial, aún cuando exista un recurso pendiente sobre el fondo en sede administrativa (cfr. CNCiv. y Com. Fed., Sala III, Austral Líneas Aéreas S.A. c. E.N. - Fuerza Aérea Argentina y Otros s/medidas cautelares, del 8/3/00, y Tomas Hutchinson, “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional”, E.D. 124-678) (CNCont.-Adm. Fed., Sala V, 7/11/01, “Gas Nea S.A. c. Resol. 2346/01 - Enargas (expte. 4934), LD-Textos).

(25) Téngase en cuenta para ello, el sistema que crea la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos cuando contempla los efectos del silencio de la administración, o bien la ampliación de plazos en favor del Estado, o la notificación ahora a la Procuración del Estado (ley 25.344), entre otros.

(26) Fallos 265:291.

sancionado por el Congreso Nacional como ley, se traducen en algunas contradicciones cuando no en defectuosos sistemas como los que se han diseñado para implementar los fines que inspiran esa legislación.

Claro que la normativa infraconstitucional debe responder a la letra de la Ley Fundamental, por esa razón hemos sostenido antes de ahora que los principios que surgen de la Constitucional Nacional, constituyen presupuestos políticos básicos que se deben observar para darle existencia funcional a un determinado ordenamiento (27).

Y esos principios que estableció el constituyente, cuando se los pretende materializar en la letra de la ley, evidentemente adquieren las formas que metódicamente desarrolladas permiten conformar los sistemas que hacen operativos no solo a la letra de la ley, sino además permiten que cobren vida en la realidad de un determinado ordenamiento aquellos principios que estableció el constituyente.

Y como se ve por lo expuesto hasta aquí, ha existido un desenvolvimiento histórico que hoy se puede sostener sin lugar a dudas que ha sido desestimado, pues se ha restringido su mantenimiento merced a la modificación que se introdujo en el art. 2 inc. 2º referida a los sectores socialmente vulnerables.

De ahí entonces que desde la historia de la declaratividad de las sentencias contra el Estado, pasando por los desarrollos pretorianos que desembocaron en la construcción de la cautela llamada autónoma, existe un correlato que permite advertir el avance que facilitó el desarrollo del Derecho Procesal, con el desenvolvimiento que tuvieron los sistemas cautelares, en conjunción con la interpretación que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad, pues desde las distintas vías que actúa la ley en el proceso con carácter asegurativo se puede propender a una mejora sustancial —para el mantenimiento de ambas partes en igualdad de condiciones ante la jurisdicción— contrarrestando la perniciosa incidencia que ejerce el tiempo sobre el proceso.

Sin embargo, estos avances que han permitido la concreción en la realidad de lo que se ha identificado como tutela efectiva e inmediata, ha sido resignado en la ley en análisis al crear un sistema que no es tal, no ya porque no se haya estructurado en un cuerpo legal de mayor envergadura conformando un código contencioso-administrativo, como se debió aspirar, sino construyendo un híbrido que se destaca preci-

samente por su asistematicidad, solo por transitar una vía inversa a la desarrollada en los antecedentes expuestos.

Ejemplo elocuente de lo señalando se advierte en la intromisión que provoca la ley en el ámbito del amparo contra actos de autoridad pública, que luego de ser regulado por la ley 16.986, ha sufrido el impacto de la modificación constitucional introducida a través del art. 43 de la Ley Fundamental.

Por ende sujetar los plazos de una cautelar, como se señalará más adelante, a una cuestión simplemente temporal sin basamento alguno, no solo carece de todo asidero legal y menos aún científico, sino que desvirtúa la operatividad del propio amparo.

En idéntico sentido corresponde reflexionar con relación a la desvirtuación del instituto de la inhibitoria que contempla el art. 20 de la ley, pues lejos de ajustarse a las pautas del Código Procesal Nacional, en forma totalmente asistematica, se persigue el conocimiento de una cámara de apelaciones que se presume con cierta afinidad a los intereses del gobierno de turno, pero que adolece de una falencia excluyente que es su eventual inidoneidad según la competencia de los jueces involucrados en los conflictos de competencia que eventualmente se planteen.

En esa misma línea se inscribe el efecto suspensivo que se le otorgaría al recurso de apelación —el art. 13 inc. 3 in fine— contra la cautela que suspenda total o parcialmente los efectos de una disposición legal o de un reglamento del mismo rango jerárquico, pues no se compadece con la esencia de las cautelares que hacen precisamente a la posibilidad de brindar al justiciable un adecuado acceso a la jurisdicción a fin de que se mantenga en igualdad de condiciones frente a su contraparte y se le permita el desarrollo del proceso judicial a través del cual obtenga su pronunciamiento de mérito que dirima la cuestión objeto de esa disputa.

Algunos ejemplos ilustraran el conocimiento más afinado de estas inconsistencias desde el punto de vista sistémico. Más allá que los fundamentos de elevación de la ley no reflejan los antecedentes que permitieron la evolución de estos institutos en la realidad, pese a la inspiración que sostienen para regular un sistema adecuado para el contencioso-administrativo.

6. La igualdad ante la ley

Obsérvese el tratamiento desigualitario que se brinda al justiciable frente al propio Estado, en violación a las previsiones del art. 16 de la Ley Fundamental. Lejos de lo descripto precedentemente, el justiciable que quiera demandar al Estado Nacional o

(27) *Sistemas Cautelares cit.*, p. 46.

sus entes descentralizados, no solo debe observar los recaudos que señala el art. 3 sino que esos requisitos en nada se compadecen con lo que había desarrollado por vía pretoriana la jurisprudencia.

Ahora se requiere según el segundo inciso de esa norma, que se indique el perjuicio que se procura evitar de modo claro y preciso; cuál ha sido la actuación u omisión estatal que lo produce; cuál es el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar; cuál es el tipo de medida que se pide; y finalmente la observancia de todos los recaudos que correspondan a la medida en particular que se requirió.

Con lo cual se desprendería de este último aspecto que no solo se podría requerir una medida —como las llama la nueva ley— positiva o de no innovar solamente, sino que se alude a los requisitos de la medida que se solicite de lo que debe inferirse que podría resultar otra.

Por ejemplo, un interventor informante o veedor, y en su caso, paradójicamente la nueva ley remite al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, del cual en sus fundamentos sugiere despegarse —por su presunta inidoneidad— para contemplar un régimen adecuado de cautelares contra el Estado Nacional como persona de derecho público, ya que —dicen esos fundamentos— el último es un ordenamiento para atender conflictos de derecho privado.

Y seguidamente alude el inc. 4 de esa misma norma a una frase que lacónicamente señala: “Las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal”, a pesar de que contradictoriamente se sostiene el principio de idoneidad en materia cautelar, cuando se señala en los fundamentos del que fuera proyecto de ley, que se “reconoce el principio de idoneidad de la pretensión cautelar. De ese modo se faculta la solicitud y adopción de la medida cautelar que resulte idónea para asegurar el objeto del proceso” (sic).

Sin perjuicio que más adelante se abordará este aspecto en particular, en este punto a fin de destacar el trato inequitativo que se observa para el Estado y sus entes descentralizados, se puede advertir que el art. 16, solo señala que éste último solo deberá acreditar el riesgo cierto e inminente de sufrir un perjuicio; la verosimilitud del derecho que se invoca y de la ilegitimidad que se alega y finalmente el inc. 3 de esa norma señala la idoneidad y necesidad de la cautela que se solicite en relación con el objeto principal de la pretensión principal.

Como se advierte no existe inconveniente alguno con ningún tipo de superposición, sino se alude a la idoneidad del objeto de la cautelar, esto es, como

debe ser a los fines de aventar los riesgos de un daño acaecido o inminente.

Sin embargo, pese a que los sistemas cautelares que se consagran en el Código Procesal tienen esa finalidad, es sencillo advertir el cúmulo de requisitos que se señalan para que el justiciable pueda obtener una cautela, a diferencia de los que debe observar el Estado Nacional, en sentido absolutamente contrario al que se debe perseguir en un régimen republicano, en donde quien debe recibir una mayor protección y por ende un trato privilegiado es el ciudadano común frente al Estado, solo por la disparidad que existe en esa relación de poder, más aún cuando en esta órbita, las decisiones que adopta éste último gozan de una presunción de legitimidad.

Se puede advertir otra de las desigualdades que crea la ley, al aludir el art. 2 a la cuestión vinculada a la competencia, limitando la expedición de cautelares cuando el juez resulte incompetente, señalando como excepción solo los casos previstos en el segundo inciso de ese artículo.

Allí se indica que esa incompetencia se podrá soslayar cuando se atienda a sectores socialmente vulnerables —acreditados en el proceso— y señala que debe estar en juego la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria.

Y luego agrega esa misma norma que también se extiende esta excepción que se crea en el sistema cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

El trato desigualitario que se genera con la concepción de estas excepciones, que no deben ser tales sino que deben constituir una regla o principio elemental a observar, es que por esa vía se violenta el principio de división de poderes, ya que se vulnera la tarea de la jurisdicción que consiste en la valoración de los hechos o circunstancias que se le someten a su consideración para el otorgamiento (o no) de una tutela por vía cautelar.

No puede el legislador sustituir la voluntad de la jurisdicción porque ese “iudicium”, como se lo conocía en el derecho público romano, es decir el juzgamiento —aún para el conocimiento de una tutela cautelar— es de su esencia y no constituye una tarea que sea de incumbencia del legislador, so riesgo —como se señalara— de importar una violación al principio de división de poderes, que resulta elemental observar en todo sistema republicano de gobierno (28).

(28) En ese sentido se expidió la jurisdicción con la sanción de la llamada la “ley tapón” o “ley antigoteo” 25.587 in

7. Los “nuevos” requisitos: bilateralidad y ordinización

Para el sistema cautelar que se ha creado, si bien no existen antecedentes ni doctrinarios ni jurisprudenciales a tener en cuenta, porque se alude en los fundamentos del proyecto como fuentes de referencia a la legislación española y al proceso de amparo de la Ciudad de Buenos Aires, lo cierto es que todo lo que se ha perfeñado resulta novedoso para la realidad que se ha vivido hasta el presente y que fuera descripta en los parágrafos anteriores.

Según el art. 4 de la ley, las medidas cautelares ahora requieren una sustanciación que importa una controversia previa, tal como esa norma lo señala. El Estado debe elaborar —frente a una petición cautelar— un informe previo que debe dar cuenta del interés público que eventualmente estuviera comprometido ante esa petición.

Además, en otro avance sobre el principio de división de poderes, se faculta a la Administración a que se expida acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y además señala la ley que “acompañará las constancias documentales que considere pertinentes” (sic).

Esto por vía de principio, pues a renglón seguido, por vía de excepción, se faculta ahora si a la jurisdicción, a dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación de aquel informe previo o bien al vencimiento del plazo acordado al efecto.

De ello se infiere la ordinización del trámite de toda cautelar cual si fuera un proceso de conocimiento, aunque sea restringido por los plazos previstos, pero conocimiento al fin, y además se faculta al juez —según la índole de la pretensión— a ordenar una vista previa al Ministerio Público.

El inciso siguiente señala que esos plazos no se observarán cuando hubiere uno que sea menor especialmente estipulado, y agrega que, de tratarse de un proceso sumarísimo o un amparo esos plazos serán de tres días.

Concluye esa norma señalando que podrán tramitar sin informe previo las medidas cautelares que

re “Grimberg, Marcelo Pablo c. PEN - dec. 1570/01 s/amparo ley 16.986, en que sostuvo que la norma bajo análisis (recordamos que era el art. 1 de la ley tapón), establece una clara injerencia en el ámbito decisorio propio del Poder Judicial, pues resulta competencia exclusiva de los jueces, apreciar en cada caso concreto qué medida de las articuladas en el Código Procesal, resulta ser más adecuada en su aplicación a la controversia específica, a fin de asegurar la eventual ejecución de la sentencia.

se soliciten conforme las previsiones del art. 2 inc. 2, es decir aquellas que apunten a sectores socialmente vulnerables —acreditados en el proceso— cuando se encuentre comprometida la vida digna, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o un derecho de naturaleza ambiental.

Como se advierte, nuevamente el legislador sustituye la voluntad de la jurisdicción, quien de ese modo queda sustraída al juzgamiento de una tutela cautelar según el conocimiento de los hechos sometidos a su consideración, pues quedaría sujeta a las pautas que le fijó de antemano el legislador, extremo éste que se compadece con otra violación al principio de división de poderes, tal como antes ya fuera señalado.

Pero conviene señalar además de estas anomalías, las razones por las cuales se observa una ordinización en el procedimiento cautelar. La doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la ley no ha observado, circunscribiéndose en los fundamentos del proyecto a un solo aspecto de un caso aislado, que aludía a la necesidad de evitar el abuso del proceso por vía de la desvirtuación de las cautelares, señala específicamente que: “las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud; es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (29).

Esta es la doctrina tradicional de la Corte Suprema que desde luego han seguido todos los tribunales inferiores, porque es clásica la restricción que se produce en el conocimiento de la jurisdicción, que se debe limitar a la simple constatación de la apariencia del buen derecho que se invoca, y a la necesidad de adoptar con carácter urgente una medida que contrarreste la acción omisiva o positiva en ciernes o concreta.

Si la ley requiere para “la suspensión de los efectos de un acto administrativo que se acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior” (sic), tal como reza el art. 13 de la ley, es evidente que nos encontramos frente a otro escenario totalmente diverso al ámbito cautelar.

Aquí la acreditación, aunque sea sumaria, y la necesidad de un perjuicio grave de imposible repara-

(29) Fallos 317:581; 318:1077; 320:1093; 326:970; 327:2738, entre otros.

ción ulterior, marcan dos parámetros absolutamente diversos a los tradicionales, porque importan una tarea de conjunto, desde luego esencialmente probatoria, que requiere, por un lado, la acreditación de esa situación, y por otro, la existencia de un perjuicio grave que resulte irreparable, estándar totalmente distinto al que tiene el peligro en la demora de toda cautela.

Esto a su vez se contradice con el apartado siguiente de ese mismo primer inciso del artículo 13, que alude a la existencia de verosimilitud del derecho a secas, y más aún con el siguiente, que alude a la verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto.

La confusión del legislador en materia probatoria llega a superponer conceptos que deben ser tratados con otro alcance por la precisión que deben tener para poder brindar a la jurisdicción pautas claras para resolver. Es evidente la contradicción, pues la verosimilitud del derecho no puede interpretarse más que como apariencia del buen derecho que se invoque.

Y esa apariencia se debe referir al buen derecho que tiene el peticionante de la cautelar para su obtención, que no es el derecho sustancial que pueda invocar, sino que teniendo en cuenta el estadio en que se debe reconocer esa verosimilitud, es dentro de un proceso o, antes de su inicio, y esto no se compadece, pues no es posible correlación alguna, con la tarea de “acreditar” que tiene otro alcance en su significado.

Ese término es definido en su primera acepción por el Diccionario de la Real Academia Española, señalando que acreditar es “hacer digno de crédito algo probando su certeza o realidad”.

Y esto importa una tarea de conjunto que requiere la movilización de una etapa probatoria lo suficientemente justificativa para dar crédito de algo, que está en franca oposición al juicio de apariencia antes referido, que sigue precisamente los lineamientos tradicionales fijados por el más Alto Tribunal del país.

Todo ello a su vez tampoco guarda relación alguna con las presunciones, pues cuando la ley alude a la gravedad y seriedad de los indicios, no puede colegirse otra cosa más que la remisión en la prueba de presunciones.

El segundo inciso del art. 13 de la ley es más claro aún sobre la desvirtuación señalada que importa la ordinización del trámite de una cautela, al señalar que el pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa

sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión fue adversa a su petición o que han transcurrido cinco días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida.

Es decir que aquí hay un trámite previo más a la tramitación previa que prevé el art. 4 de la ley, que también importa una tarea de “demostración”, es decir para la procedencia de la medida se requeriría “la sustanciación de la sustanciación”, que no importa un galimatías sino que refleja la realidad, con el agravante, que luego de acreditada “la sustanciación de la sustanciación”, agrega el último párrafo de este segundo inciso que “la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el inciso anterior”.

Más claro que lo que se pretende es una ordinización del procedimiento cautelar es imposible. La vuelta atrás implica, como se ha señalado, la tarea de acreditación que se opone a la simple comprobación de la verosimilitud del derecho que se invoca.

Lo mismo sucede con las previsiones del art. 14 que alude a la medida que llama positiva, más allá que se trate de una clásica medida innovativa, cuando se prevé en el ap. c) del primer inciso que se “acredite” sumariamente el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior”, aspectos estos a cuyo respecto caben las mismas reflexiones que las formuladas precedentemente.

Más aún con la gravedad en este caso, que lo que persigue la norma es una conducta positiva de la Administración, con lo cual lo que habría que “acreditar” sería un hecho negativo, que la única vía para lograrlo sería con el positivo contrario, lo que implica un despliegue probatorio inconcebible a la luz de lo que debería constituir un procedimiento cautelar.

En idéntico sentido contempla el art. 15 la medida de no innovar, que es la otra faceta de la prohibición de innovar que contempla el art. 230 del Código Procesal, pues señala el ap. a) del primer inciso de esa norma, que se debe “acreditar sumariamente” que la ejecución de la conducta material que motiva la medida ocasionará “perjuicios graves de imposible reparación ulterior” (sic).

Este no es el estándar tradicional que utiliza toda la jurisprudencia para conceder este tipo de medidas, pues el “peligro en la demora” abre un abanico de posibilidades lo suficientemente amplio como para contemplar desde un perjuicio que medido a la luz del consumo del tiempo por el proceso mismo justifica la concesión de una cautela, como otro

tipo de perjuicios que pueden llegar al que resulte irreparable si no se adopta la medida.

En el medio de cada uno de esos extremos existen zonas grises que solo la jurisdicción puede evaluar para la concesión de la medida de la que se trate y, que en modo alguno, puede ser sustituida por el legislador creando una norma que persigue estereotipar conceptos de modo de transformar en rígido aquello que requiere de la necesaria flexibilidad para su adaptación a las circunstancias concretas en las que debe aplicarse.

Un ejemplo del criterio utilizado por la Corte Suprema permitirá contemplar más acabadamente las anomalías señaladas, que por su inconveniencia desvirtúan los sistemas cautelares. Así ha interpretado nuestro más Alto Tribunal que “el anticipo de jurisdicción de la Corte al hacer lugar a la medida cautelar no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante, y lleva ínsita sólo una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual, que es la que determina que la situación sea contemplada, sin que ello implique decidir concretamente sobre la procedencia del reclamo formulado. El hecho de que la demanda pueda ser definitivamente rechazada no aparece como un daño irreparable para el Estado Nacional ya que la presunción de solvencia de que gozan las provincias garantizará, en su caso, la devolución de las sumas que se transfieran durante la sustanciación del litigio y el pago de las que pudiesen corresponder en concepto de daños y perjuicios, si se demuestra que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga para obtener la medida (art. 208, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (30).

Si bien esa puede ser una clara demostración de lo que importa la tutela anticipatoria —que más adelante se abordará— no es menos cierto que tanto la medida que ahora se dio en llamar positiva como la medida de no innovar, ambas englobadas en el concepto de prohibición de innovar del art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, constituyen las vías más tradicionales de acceso a lo que se ha denominado como tutela anticipada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Y todo esto ¿por qué razón lesionaría el derecho del peticionario de una cautelar? Es porque lo que se está lesionando es el acceso a la jurisdicción, pues se obtura la operatividad de las cautelares, ya que se restringe su libertad, en este caso de peticionar ante las autoridades (art. 14 C.N.), y de defensa en juicio (art. 18 C.N.), a fin de obtener una tutela preventiva para estar en igualdad de condiciones ante la juris-

dicción para permitirle así dirimir los derechos en disputa con el Estado Nacional o bien sus entidades descentralizadas.

Es decir que por esta vía se está desandando un camino que había sido construido laboriosamente por vía pretoriana, y se había cristalizado en lo que se dio en llamar “cautela autónoma”, que no era más que una manifestación en el ámbito del contencioso-administrativo, de la prohibición de innovar que consagra el art. 230 del Código Procesal Nacional, que en algunos casos fue complementada con la cautelar genérica que consagra el art. 232 de ese ordenamiento.

8. La cuestión de la vigencia de las cautelares

El art. 5 de la ley señala la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado, como si se tratara solo y simplemente de una cuestión atinente a un plazo legal o aún judicial, aunque se contempla una apertura para su prórroga, circunstancias éstas que denotan otra clara inconsecuencia del legislador al omitir no solo la teoría general cautelar, sino además las observaciones que desde siempre ha formulado la jurisprudencia a los fines de perfilar un sistema cautelar que sea adecuado para la atención de la situación de urgencia que se hubiera planteado (31).

Esa norma contempla un plazo de vigencia de 6 meses para las cautelares dictadas en procesos de conocimiento amplio y de 3 para los amparos y los juicios sumarísimos, quedando exentas de ello las situaciones de excepción que enumera el art. 2 inc. 2 de la ley.

Sin perjuicio de lo señalado, cuando “resultare procesalmente indispensable” se podrá prorrogar la medida por otros seis meses, cayendo la ley en un casuismo injustificado pues se alude al impulso del trámite y la eventual actitud dilatoria que observe el beneficiario de la medida, como si en el plazo de 3 ó 6 meses se pudiera resolver un pleito.

Aquí vuelve a aparecer con toda intensidad la violación al principio de división de poderes, al querer sustituir nuevamente el legislador a la jurisdicción, sustrayéndola de la dirección del proceso, y del manejo que importa la concesión de una cautela dentro de aquél.

(31) La finalidad de la medida cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (Fallos 326:4409).

(30) Fallos 326:3210.

Bien sabido es que toda resolución judicial en materia cautelar, siempre es provisional y por ende temporaria, como contradictoriamente lo reconoce la propia ley 26.854, por lo que contiene implícitamente la cláusula *rebus sic stantibus* y su vigencia no es concebible cuando desaparecen o se modifican las circunstancias fácticas que se observaron como antecedentes de la respectiva tutela cautelar. Por eso señala Palacio, que es destacable la impertinencia de la preclusión o de la cosa juzgada en relación al art. 202 del Código Procesal (32).

La cuestión atinente a los plazos aparece en los sistemas cautelares que contempla el Código Procesal Nacional manifestándose en distintas alternativas, desde su nacimiento hasta su fenecimiento, por ejemplo, en su vigencia u operatividad, como en su caducidad o extinción, del mismo modo que puede surgir de la letra de la ley, como puede constituir una facultad de la jurisdicción, configurándose así dos especies, la de los plazos legales y la de los judiciales.

Cuando ese ordenamiento alude al resguardo de medios probatorios, el sistema creado por el legislador a través de la figura de la producción anticipada de pruebas, consagra la posibilidad de la caducidad automática de la prueba producida en el supuesto que no se deduzca la demanda principal dentro de los 30 días inmediatos siguientes a la obtención del medio probatorio en cuestión (33).

La cuestión que cabe tener en cuenta en este aspecto, es que el nuevo régimen creado por la ley 26.854 no contempla este sistema cautelar, por ende remite en su art. 18 a las previsiones del Código Procesal Nacional, aquí observado.

Cuando se contemplan sistemas cautelares garantizadores, por ejemplo el consagrado en el art. 556 del Código Procesal, dispone esta norma de un plazo de caducidad de la cautela peticionada frente al cumplimiento de las condenaciones del ejecutivo, de 15 días, dentro de los cuales se deberá promover el juicio ordinario correspondiente (art. 553 del Código Procesal) bajo apercibimiento de caducidad de la cautela dispuesta.

También dentro de las medidas precautorias tradicionales se establece un plazo de caducidad que varía según la índole de la medida que se trate, se pueden señalar a modo de ejemplo los plazos de caducidad que contempla el art. 207 del Código Procesal para

(32) PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, 2ª ed. actualizada por Carlos E. Camps, t. VIII, p. 39.

(33) Art. 323 in fine del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

la promoción de demandas que apunten al cumplimiento de obligaciones exigibles, que es de diez días, aunque cuando se trata de la prohibición de contratar, el art. 231 establece ese plazo en cinco días.

A la vez existen otro tipo de normas que provienen de la legislación sustancial, de donde no surge tiempo alguno para la vigencia de una cautelar. Sirva como ejemplo el art. 1295 del Código Civil, o bien los arts. 231 ó 375 de ese mismo cuerpo legal, o los arts. 113 y ss. de la Ley de Sociedades Comerciales, supuestos en los cuales en algunos casos se requerirá la fijación de ese plazo por parte del juez (34).

Esta es la situación que se plantea con la cuestión atinente a los plazos en materia cautelar, es decir, los hay legales y los hay judiciales, pero que también permite advertir el universo de posibilidades que brinda la ley cuando se persigue una actuación asegurativa dentro de un proceso, o aún antes de su inicio. Sin embargo, en todos los casos, como se señalara, la regla es que el dictado de una medida obedece a las pautas fijadas por el art. 202 del Código Procesal, esto es "*rebus sic stantibus*"; es decir, mientras se mantengan las condiciones que dieron lugar a su dictado, aspecto que no se puede vincular a un espacio temporal predeterminado que depende de la realidad de las circunstancias a juzgar.

Aquí es donde se produce un quiebre que enfrenta "derecho vs. abuso", que es un aspecto sobre el que se alude en los fundamentos del proyecto de ley, y a su vez se desprende de su articulado (35) toda vez que mientras las circunstancias que dieron origen al dictado de una cautela se mantengan, por aplicación del principio "*rebus sic stantibus*" la vigencia de la cautelar debería correr esa misma suerte.

Ese es el derecho al que debe acceder todo justiciable en defensa de sus intereses, y es función primordial de la jurisdicción velar por ese derecho, de modo tal de permitirle peticionar por esa tutela preventiva de sus derechos, evitando que de ello se genere un posible abuso en el proceso, pues ello podría dar lugar a especulaciones procesales incompatibles con la buena fe que debe guiar a las partes en el proceso.

El proceso no puede quedar a merced de una de las partes para utilizarlo como herramienta de coacción,

(34) En función del art. 1295 del Cód. Civil, puede intimarse al cónyuge a que inicie la demanda dentro de un plazo perentorio bajo apercibimiento de caducidad (E.D. 26-735). Corresponde al órgano jurisdiccional apreciar y verificar la intención de los contratantes y si transcurrió el plazo razonable para la vigencia de una garantía (LA LEY, 1975-B, 66).

(35) Ver penúltimo párrafo del art. 5 de la ley.

ni menos aún para incurrir en un abuso que resultaría absolutamente injustificado, aún en sentido inverso al que pretende asentar la ley.

Por lo tanto, si bien existen plazos que hacen a la operatividad de los sistemas cautelares, sea para su vigencia, sea para su desarrollo, sea para su caducidad, no es menos cierto, que esa vigencia estará dada por el marco que rodea a los sistemas cautelares, que deja en manos no sólo de la jurisdicción su operatividad, sino además del propio afectado, para que solicite por la vía que estime corresponder, no sólo su sustitución, sino su modificación, o su levantamiento entre otras posibilidades que brinda el art. 203 del Código Procesal.

Esta característica que hace a la flexibilidad de los sistemas cautelares, por la adaptación que requieren a la realidad en la que deben ser aplicados, apunta a aquel principio liminar que hace a su concesión: “*rebus sic stantibus*”, que legitima al afectado por la medida, de la misma manera que faculta al juez a evitar lo que podría constituir un abuso de proceso en desmedro de uno de los litigantes.

Si bien esto resulta un reflejo directo de lo normado por el art. 1071 del Código Civil, existe una particularidad muy destacable del nuevo código unificado cuyo proyecto actualmente está en tratamiento en el Congreso Nacional, ya que señala el art. 10 de dicho proyecto que: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraria los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Hasta aquí la redacción es prácticamente similar, pero agrega esa norma un último párrafo que instruye lo siguiente: “El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

Como se aprecia, este agregado tiene una connotación como la que se viene señalando precedentemente, que no es otra que la concreta aplicación de las facultades del juez respecto a la operatividad de una cautela, no solo teniendo en cuenta la regla “*rebus sic stantibus*”, sino además las facultades que brinda el art. 204 para adaptar la cautela de que se trate a las circunstancias del caso en concreto.

Además existe otra garantía mayor aún —en este caso en manos de la jurisdicción— que son las facultades que tiene el juez de adaptar la medida a las circunstancias del caso —por ejemplo— concediendo

una medida distinta a la solicitada, o fijándole límites, que desde luego pueden ser temporales o espaciales, entre otros (art. 204 CPCCN).

Esto que se encuentra así regulado en el Código Procesal Nacional, en un sentido similar lo ha recogido la ley 26.854, salvo el aspecto de la vigencia temporal aquí comentado que consagra el art. 5 que resulta claramente inconstitucional porque lesiona el acceso a la jurisdicción de los justiciables, ya que al obturar la operatividad de una cautela solo por el transcurso del tiempo, dejando inerte, sin tutela al justiciable, transgrede claramente la letra de los arts. 18 y 28 de la Constitución Nacional, que consagran la inviolabilidad de la defensa en juicio y la razonabilidad de las leyes, a través de las cuales no se pueden violentar los principios, derechos y garantías que consagra la primera parte de la Constitución Nacional, como asimismo la letra de los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad al resguardar el derecho a la jurisdicción de todo justiciable (36).

Y en este aspecto, es de destacar otra contradicción de la ley que enfrenta a la jurisdicción a dos situaciones diversas. Por un lado, le impone ilegítimamente un plazo de vigencia a las cautelares, y por otro, recoge en el art. 6 en su segundo inciso, el principio antes referido, señalando que “en cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento”.

Y esto es claro que está puesto en el propio beneficio del afectado por la medida, pues es una carga que importa un imperativo en su propio interés, que no es otra más que solicitar a la jurisdicción el levantamiento de la medida si se agotaron las circunstancias que justificaron su dictado.

Como se puede apreciar, la contradicción es palmaria, y por ende la situación que se genera es cuestionable por confusa, pues más allá de la inconstitucionalidad de los plazos de vigencia que se pretenden, la norma que resultaría acorde con los sistemas cautelares que es la prevista en el art. 6 inc. 2 se contrapone con el texto del quinto artículo en una inexplicable contradicción del legislador.

(36) Ver arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 2, 3, 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 7, 8, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala expresamente la igualdad de todas las personas ante la ley sin ningún tipo de discriminación como el trato que dispensa injustificadamente esta ley al Estado en desmedro de las personas; por citar algunos ejemplos

9. Tutela anticipada: el objeto cautelar y la pretensión

Calamandrei, insigne discípulo de Chiovenda, advertido de la importancia que habían cobrado las medidas cautelares dentro de los procesos de ejecución en el sistema judicial alemán, realizó un estudio que de alguna manera constituye una especie de vademécum en materia cautelar, pues concentró su análisis en una óptica distinta a la que observaron sus contemporáneos.

No se circunscribió a reparar como la acción que se ejercía daba origen a un proceso, y por carácter transitivo, interpretar que cuando esa acción era ejercida con una finalidad distinta a la obtención de una determinada prestación por su contraparte, pues perseguía el aseguramiento de bienes para resguardar el futuro cumplimiento de una sentencia, se estaba frente a un procedimiento de otras características, como lo interpretaba Carnelutti, pues reportaba con carácter instrumental a la eficacia de otro de carácter principal.

Calamandrei advirtió que era importante el análisis de esos institutos desde la actuación que le cabía a la jurisdicción, frente a una petición de carácter asegurativo, y concluyó que asegurar no solo significaba resguardar para mantener una determinada situación de hecho o de derecho, sino que era probable que el peligro en la demora —que constituye un presupuesto esencial de toda cautela— podía provenir de asumir la jurisdicción una actitud omisiva, pues el perjuicio eventualmente ya se habría producido o estaba en ciernes, ergo, con la intención de evitarlo, enseñaba Calamandrei, que asegurar debía interpretarse como “mantener” o “alterar” un determinado statu quo, sea de hecho o de derecho.

Con esa mirada apoyada en la actuación que le cabe a la jurisdicción frente a ese tipo de peticiones conservatorias, analizó el sentido y alcance que tenían las providencias de índole cautelar, pues si bien en todos los casos su finalidad era asegurativa, existen diversas variantes que permitían distinguir varios tipos de actuación cautelar.

Por esa vía, concluía el ilustre florentino, que el juez puede hacer actuar la ley en el proceso —entre otras cosas— para resguardar prueba que resulta importante o esencial y corre riesgo de ser pérdida (37); otra forma en la que el juez hace actuar la ley en el proceso con carácter asegurativo, es para res-

guardar los daños y perjuicios que una parte puede generar en desmedro de la otra, a partir de su propia actuación (38).

Pero hay otra forma, diversa a las dos anteriores, que permite delinear otro tipo de sistema de índole cautelar, que son las medidas precautorias que típicamente contemplan los códigos procesales del país, que desde luego —en su gran mayoría— tienen por finalidad asegurar el futuro cumplimiento de una sentencia (vgr. embargo, inventario, anotación de litis, secuestro, entre otras).

A su vez, existía otra forma contemplada por Calamandrei ya desde 1936, a través de la cual la ley actúa con carácter asegurativo dentro del proceso, y es aquella que el maestro italiano denominaba “providencias interinas” o “providencias interinas temporales”, a las cuales comparaba con las que Chiovenda denominaba “declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva” y se destaca el énfasis en su denominación pues aquí aparecen dos caracteres especiales que resultan relevantes para esta tarea, uno es el atinente a su alcance y el otro a su temporalidad.

A través de este tipo de resoluciones —y obsérvese que el ángulo de análisis siempre está representado por la labor de la jurisdicción dentro del proceso— lo que se perseguía era precisamente el resguardo del acceso a la jurisdicción de los justiciables, para permitir precisamente que se diriman los derechos en disputa a través del proceso, que naturalmente es consumidor de tiempo.

Esto es así pues la jurisdicción con su pronunciamiento lo que resguardaba era el desarrollo del proceso y a su vez su objeto, representado por el derecho que estaba en disputa entre las partes, de modo que ninguna de ellas actuara en desmedro de la otra, y así cobraba vida el viejo adagio latino “*lite pendente nihil innovetur*”, esto es, mientras la litis esté pendiente nada debía modificarse, con lo cual se perseguía mantener a ambas partes en igualdad de condiciones ante la jurisdicción.

(38) Sirva como ejemplo de lo expuesto, la posibilidad de que se fije y otorgue una contracautela, que no es otra cosa que la otra faceta de una medida cautelar clásica, a los fines de evitar los daños y perjuicios que eventualmente se puedan generar al afectado por esa medida. Otro ejemplo de un sistema cautelar de esa índole serían las previsiones de los arts. 258 ó 509 ó del art. 555, todos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a través de los cuales se fijan los parámetros para el otorgamiento de una fianza a fin de evitar los eventuales daños y perjuicios que cada una de esas situaciones pudiera irrogar al afectado.

(37) Ese subsistema dentro del proceso está contemplado en los arts. 326 y ss. Del Código Procesal Nacional, aunque existen otros ordenamientos que lo contemplan directamente dentro de los sistemas cautelares como es el caso de Santa Fe o Mendoza, entre otros.

Este principio fue conocido por Vélez Sarsfield e incorporado en los arts. 2500, 2788, entre otros, del Código Civil. Si bien por entonces no existía el Código Procesal, quien hacía sus veces como derecho patrio, nacido de la vieja legislación hispánica, fue la ley 50, que lo contempló en el art. 337, inclusive fue receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien desde siempre sostuvo que ese principio importaba la posibilidad de que mientras se desarrollara el proceso, ambas partes debían estar en igualdad de condiciones ante la jurisdicción, pues ese era su fundamento último (39).

Ese principio fue recogido en el actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454), que lo incorporó como art. 230, bajo la denominación de “prohibición de innovar”, precisamente porque su finalidad apunta a que ninguna de las partes innove —sea por acción u omisión— permitiendo así el desarrollo del proceso para el dictado de una sentencia que resulte útil, por su eficacia para dirimir el conflicto sobre los derechos en disputa.

Esta medida no debe ser confundida por su denominación, se trata de una cautelar genérica y residual, conforme lo señala el tercer inciso de esa norma, que presenta dos facetas, tal como lo había enseñado Calamandrei a principios de siglo, una es la faceta innovativa y otra es la de no innovar (40).

De tal modo esa norma requiere para la viabilidad de esta medida tres presupuestos: a) verosimilitud del derecho; b) peligro en la demora, y c) que no exista otra medida que resulte aplicable, por eso se destacaba su carácter residual y genérico. Como se observa de los presupuestos de viabilidad que contempla ahora el nuevo régimen de la ley 26.854, se desprenden requisitos de admisibilidad diversos a los mencionados, que conviene tener en cuenta, pues es otro aspecto del que se aparta el nuevo régimen.

(39) Este criterio lo mantuvo la Corte Suprema históricamente en forma pacífica y uniforme, siendo ejemplo para citar Fallos 12:505 del año 1872; Fallos 25:247 del año 1883; Fallos 37:325 de 1889; Fallos 42:326; y más recientes que mantienen esa misma línea como el sonado caso “Clarín” u otros similares por ejemplo: Fallos 334:240 ó 1010.

(40) De ahí que convenga remarcar que su nombre no debe alterarse para evitar confusiones, ya que suele denominarse “medida de no innovar” o “medida innovativa”, y ambas son las dos variantes que contiene la medida “prohibición de innovar, ya que ambas facetas están comprendidas dentro de ella. Esto ha sido totalmente sustituido en la ley 26.854, ya que se alude a la medida positiva, que sería la innovativa y la medida de no innovar, abordándolas en forma diferenciada a ambas y a su vez con presupuestos que son disímiles de los tradicionales como se ha analizado en los puntos anteriores.

Con lo cual, ni se han tomado como fuentes los antecedentes que ha tenido el desarrollo de la cautela autónoma, ni tampoco se han tenido en cuenta los antecedentes que ha observado el más Alto Tribunal para estimar la viabilidad de las medidas cautelares, y menos aún los contemplados en el Código Procesal, todo ello bajo el ropaje de que no se puede mantener un “vacío legal”, que como se ha visto no es tal, y que se pretende dar “previsibilidad procesal a quienes son parte en el proceso contencioso administrativo” (sic).

Ambas frases enfatizadas surgen de los fundamentos que acompañaron al proyecto hoy convertido en ley 26.854, que como se ha visto hasta aquí no solo constituye un respaldo formal, sino que además rompe con la historia de institutos que hacen a la operatividad de los sistemas cautelares desde siempre, en desmedro del más débil de la relación Estado-particular.

El primer inciso del art. 230 contempla solo la verosimilitud del derecho. En el segundo inciso se requiere que exista peligro en la demora, y es notable la norma por la forma en que recepta a la doctrina italiana, pues aquí es donde se aprecian sus dos facetas, la innovativa y la de no innovar, ya que señala ese precepto que si el peligro en la demora proviene del mantenimiento de una determinada situación de hecho o de derecho, desde luego lo que importa es innovar para aventar esos perjuicios y permitir así el acceso a la jurisdicción y el desarrollo del proceso.

Pero si ese peligro en la demora proviene de la alteración de un determinado *statu quo*, lo que importa es mantenerlo a través de una decisión que mande a no innovar respecto a una determinada situación de hecho o de derecho, con la misma finalidad antes indicada.

Esto no quiere decir más que el dictado de esa providencia cautelar persigue una finalidad asegurativa para que quede a resguardo un derecho humano esencial como es el acceso a la jurisdicción y así el proceso se pueda desarrollar, pues de lo contrario carecería de sentido el dictado de una sentencia que resulte estéril por ineficaz, o abstracta, porque en la realidad de los hechos, la vorágine misma con la que esos hechos se presentan, no permitiría su encauzamiento y su abordaje dentro del proceso, consumándose así un daño que es lo que se quiere despejar por esta vía.

De lo expuesto hasta aquí, es sencillo colegir que no existen en el mundo jurídico solo las medidas cautelares como tradicionalmente se conocen, como el embargo, o la anotación de litis, entre otras; sino que por el contrario, el juez hace actuar a la ley dentro del proceso con carácter asegurativo a través de

diversas manifestaciones, y esta medida analizada —la prohibición de innovar— configura la vía de acceso más común a lo que la doctrina procesal ha denominado “tutela anticipada”⁽⁴¹⁾.

Estos constituyen sistemas cautelares atípicos, pues apuntan al resguardo de derechos a los fines de propender al desarrollo del proceso, que no es otra cosa que resguardar el acceso a la jurisdicción, y a través de su concesión el juez incurre en un anticipo que muchas veces se confunde con el pronunciamiento de mérito, pero que es sencilla su identificación y diferenciación.

Ese anticipo en el cual puede incurrir la jurisdicción, ni constituye prejuzgamiento, ni tampoco significa una sentencia anticipada, sino que lo que importa advertir es que del juez emana una decisión cuyos efectos se proyectan sobre la sentencia de mérito por la índole que tiene su alcance, ámbito desde el cual se generan las confusiones que llevan a algunas distorsiones interpretativas, que no deberían ser tales, toda vez que esa decisión de la jurisdicción siempre es provisional, nunca tiene carácter definitivo.

Superponer ambos conceptos significaría caer en el absurdo de confundir cautela con condena y estos aspectos han sido precisados claramente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando liberando, a los jueces inferiores de las ataduras que restringía su actuación a través de un eventual prejuzgamiento, incurrieran en inexplicables omisiones que dejaban totalmente desvalido al justiciable frente a una situación apremiante por urgente o gravosa.

Para entender el alcance de estas medidas cautelares que el art. 3 inc. 4 pretende limitar en forma inexplicable al señalar que “las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal” (sic), no se puede perder de vista lo reseñado hasta aquí.

Como lo ha hecho la doctrina italiana desde comienzos del siglo pasado, fomentando así una marcada evolución del derecho procesal a los fines de atender situaciones urgentes, es imprescindible advertir que el desarrollo de todo proceso judicial naturalmente consume tiempo, y ello hace impres-

cindible contar con mecanismos adecuados que permitan contrarrestar esos efectos.

Ese tiempo se enfrenta a la necesidad de obtener una tutela que resulte efectiva e inmediata, como lo disponen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad a partir de la reforma de la Ley Fundamental del año 94.

Consecuentemente, el ámbito en el que giran esas medidas tiene cierta atipicidad precisamente porque su dictado hace superponer (en todo o en parte), el objeto que persigue la protección cautelar con la pretensión sustancial ejercida en el proceso.

En este caso, también se ha omitido contemplar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual en aras precisamente a no superponer conceptos claramente diferenciables, como son el objeto de una medida cautelar con la pretensión sustancial ha señalado simplemente por ejemplo en este tipo de supuestos que: “la prohibición de innovar no procede, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta la presunción de verdad que ostentan, pero tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles”⁽⁴²⁾.

La doctrina de la Corte Suprema, que desarrolla el alcance e interpretación que corresponde imprimirle al art. 230 del Código Procesal, como vía tradicional de acceso a la tutela anticipada resulta absolutamente clara y transparente, pues ha sostenido que es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones —en tanto dure el litigio— sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva⁽⁴³⁾.

De lo contrario, una cautela de esa índole, sea en su faceta de no innovar o en la innovativa, carecería de virtualidad convirtiéndose en una mera apariencia jurídica, si se considerara que el juez habría emitido a través de ella una sentencia de mérito, por lo que no puede presumirse que una decisión provisional se pueda confundir con una definitiva.

El único recaudo que ha destacado la Corte Suprema para este tipo de cautela se halla supeditado a que

(41) La hemos conceptualizado como un sistema cautelar en virtud del cual la jurisdicción a través de una actuación asegurativa o protectoria, resguarda —manteniendo o alterando— una determinada situación de hecho o de derecho, propendiendo a la eficacia del proceso y la utilidad de la sentencia definitiva a través de una inmediata actuación de la ley que evite un daño, o los riesgos de un menoscabo que resultan evidentes o inminentes (Ob. Cit., p. 150).

(42) Fallos 314:1312; 323:1716.

(43) Fallos 320:1633.

se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora y, dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (44).

Esa pretendida superposición entre el objeto de una cautela y la pretensión sustancial es evidente que no resulta real para el proceso. Mientras el primero, tiene un carácter meramente instrumental, que sirve para que el proceso pueda desarrollarse, de ahí que no solo carezca de autonomía, sino que además resguarda el derecho a la jurisdicción; la segunda, tiene un desarrollo evolutivo que propende al conocimiento por parte de la jurisdicción para que finalmente alcance el máximo grado de certeza posible y emita un pronunciamiento que dirima los derechos en disputa y acceda (o no) al reconocimiento de esa pretensión.

A su vez la pretensión está dirigida hacia la contraparte, mientras que el objeto de una cautela surge de la petición que se reclama directamente a la jurisdicción, estableciéndose —por el carácter del procedimiento inaudita pars— una relación bilateral entre el peticionante y el juez.

Esto no guarda relación alguna con el ámbito de un proceso, que por sí mismo tiene un núcleo dialéctico, pues ante todo es controversia y nace del conflicto que surge de posiciones contrapuestas, con lo cual “*per differentiam specificam*” es claramente distinguible de otros procedimientos en los cuales no existe ese fundamental núcleo dialéctico (45).

Por lo tanto, pretender que no exista esa superposición, no solo es claramente inconstitucional pues depende de los hechos puntuales de cada caso en particular, sino que además importa una restricción a la labor de la jurisdicción totalmente inaceptable que violenta una vez más el principio de división de poderes y lesiona el desarrollo del debido proceso legal al inhibir a un litigante a sortear la urgencia de su planteo por vía cautelar al confundir el objeto de una cautela con la pretensión de fondo.

Esto es lo mismo que confundir provisoriedad con definitividad, ya que ambos son conceptos totalmente diversos que requieren a su vez de presupuestos diversos para su andamiaje, al igual que

(44) Fallos 326:3279.

(45) TARUFFO, Michele, Sobre las fronteras (escritos sobre la justicia civil), Temis, Bogotá, 2006, p. 148.

la distinción que existe entre cautela y condena, ya que si existe una cautela existe provisionalidad en su propio contenido con la implicancia que ello tiene para el proceso.

Mientras que si existe condena, ello importa la existencia de un pronunciamiento que genera una definitividad que hace al desarrollo y conclusión de un proceso a través de un acto de autoridad que dirime los derechos en disputa. Es claro entonces que son dos situaciones diversas que tienen alcances distintos, connotaciones diversas y por ende regímenes para su acceso también distintos, lo que permite despejar cualquier tipo de confusión sobre el particular.

La realidad existente tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como en la Provincia de Buenos Aires, ámbitos en donde existen sendos códigos contencioso administrativos muestran con toda evidencia el error en el que se incurre al limitar de la forma en que se ha señalado, la operatividad de los sistemas cautelares.

En la Ciudad de Buenos Aires se señala con absoluta claridad en un ordenamiento que puede considerarse moderno, en su art. 177 que “las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en éste, *aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida*”.

El énfasis puesto en la última parte de la norma exime de todo comentario. Sin embargo, ese mismo código en la Provincia de Buenos Aires (46), señala con toda claridad la forma en que puede obtenerse el dictado de una cautela indicando en su art. 22 que se requiere solamente verosimilitud del derecho, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho; y finalmente que la medida requerida no afectare gravemente el interés público.

Como se puede apreciar siempre campea el espíritu de lo que hemos identificado como vía de acceso clásica o tradicional a una tutela anticipatoria, puesta a través de los pliegos del art. 230 del Código Procesal.

Ello es lo que refleja claramente el art. 22 del código contencioso-administrativo de la Provincia de Buenos Aires, que no hace falta destacar por todo

(46) Ley 12.008, texto según ley 13.101.

lo expuesto hasta aquí, las notables diferencias que guarda con el sistema creado por la ley 26.854.

Y lo mismo cabe señalar con respecto al art. 177 del mismo cuerpo legal de la Ciudad de Buenos Aires. Solo baste imaginar a una persona que vive en la Ciudad de Buenos Aires y debe formular un reclamo sea al Estado Nacional o al Local, las diferencias que se presentan para la obtención de una cautela resultan inexplicables a la luz de un simple sentido común.

10. Algunas conclusiones preliminares

De igual manera que existen ciclos en la actividad económica, que se distinguen por su mayor o menor permanencia en el tiempo, por su volatilidad, por la incidencia de factores estacionales, o políticos, o inclusive por desastres, en la realidad jurídica de nuestro país acontece algo similar.

La diferencia está dada en que mientras representan un condimento normal de la realidad los ciclos económicos, no es menos cierto que los ciclos que se están produciendo en la órbita jurídica merecen otra contemplación y calificación, pues ellos son generadores de inseguridad (47).

La distinción que cabe formular entre la noción estática que importa el estado de derecho, de la noción dinámica de la seguridad jurídica (48), aunque en puridad ambas se interrelacionan, conviene hacerla señalando el por qué tiene ese dinamismo la segunda.

Se sostiene que ese concepto es dinámico, porque es el fruto de la aplicación diaria de las reglas que gobiernan el sistema del estado de derecho, cuando los poderes del Estado respetan el orden constitucional establecido y logran que tenga vigencia efectiva, y no solo formal, se vive en un clima de seguridad jurídica (49).

(47) Para advertir estos ciclos baste pensar a modo de ejemplo los “tironeos” que se han producido con el llamado recurso extraordinario per saltum, desde su imposición por vía de decreto en 2001, su supresión en 2002, el mantenimiento inexplicable dentro de la Ley de Procedimiento Laboral (art. 62), tal vez por olvido del legislador, y su reciente introducción posterior. Ese es un fiel reflejo de cómo manejamos el derecho. Ese recurso dio origen al caso conocido como “Dromi” o “Aerolíneas Argentinas”, baste advertir lo que sucede con esa empresa que se la privatizó y estatizó y manoseo de tantas formas a través del derecho que hemos gestado un híbrido que se desconoce su “condición social”, más allá que trasciendan sus ingentes pérdidas.

(48) Ver BIANCHI, Alberto B.; *Dinámica del Estado de Derecho*, Abaco, 1996, p. 150.

(49) BIANCHI, ob. cit., p. 150.

Por cierto que el lector estará avizorando que cuando esas normas esenciales no son respetadas, cae con todo su peso la seguridad jurídica, situación que refleja fielmente la realidad del país.

Entonces surgen —entre otras— las siguientes preguntas: ¿qué sucede con la seguridad jurídica? ¿cómo debe ser mantenida? ó ¿cómo debe ser afianzada?

Hoy se sancionan leyes que generan debate por el alcance que corresponde darle a derechos fundamentales como es el derecho a la jurisdicción, sin cuyo respeto caen en letra muerta algunos derechos llamados de primera generación, como el derecho de propiedad, el derecho a la igualdad, el derecho a petionar ante las autoridades, sin mengua por cierto a otros incorporados más recientemente por los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, como el derecho a una tutela judicial efectiva.

Pero como se señaló al comienzo, este análisis y las conclusiones preliminares que permite extraer esta ley que raya constantemente la inconstitucionalidad, no pueden descontextualizarse, y en este caso el contexto a tener en cuenta importa la necesidad de advertir el momento en que se diseñan estos nuevos sistemas, que es evidente que persiguen más una finalidad “política” a través de la desvirtuación del derecho, que una finalidad que propenda a mejorar nuestro sistema judicial, más allá de los eufemismos utilizados para presentarlas en sociedad.

Aunque desde el punto de vista judicial es cierto que los sistemas que se siguen transitando a fin de dirimir los conflictos resultan anquilosados. El proceso judicial, tal como está concebido no pertenece a este tiempo. Constituye una verdadera antigüalla. Tampoco se puede mejorar con una medida en particular. Ni con un conjunto de leyes como las que se intentan. El enfoque sistémico es imprescindible que se observe si los fines son verdaderos. Es imprescindible que se tome conciencia social sobre la forma en que se brinda tutela a través de la jurisdicción para poder reparar así sobre el reconocimiento de lo existente y las necesidades que requiere su mejoramiento.

Un ejemplo elocuente de efectividad lo ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso Mendoza (50), no solo por los tiempos que insumió su sustanciación, sino fundamentalmente por haber dejado de lado las estructuras tradicionales que consagra la ley por inadecuada, frente a la realidad que se había presentado en los estrados de

(50) Fallos 329:2316.

la justicia, y respetar los principios que emergen de la letra de la Constitución Nacional (51).

Abreviación de trámites. Resguardo al derecho de defensa en juicio. Una fuerte dosis de oralidad. Facilitación de los medios para la producción de prueba que resulta conducente. Apertura y publicidad. Reconocimiento de la importancia de la labor interdisciplinaria. Dirección (o “management”) adecuada del proceso. Limitación de medios probatorios innecesarios, y una actuación ejemplar para tomar en cuenta a los fines de diseñar un verdadero proceso judicial moderno, ágil, simple —aún para casos complejos— y que evite las consabidas demoras.

Ello permitirá evitar la distorsión de la mirada para que no repose su interés en modificar las vías cautelares, que contrariamente a lo sostenido son las que brindan la protección inmediata y efectiva al justiciable, más aún frente al poder del Estado, sino que se advierta que en ese ámbito los problemas a abordar son otros.

Si se vive desde hace once años en estado de emergencia (52), desvirtuando la realidad a los fines de concentrar poder y transformar en letra muerta la Constitución Nacional, no solo por las facultades delegadas por el legislativo, sino ahora por el avance que se pretende sobre el judicial, es evidente que caen en letra muerta principios liminares no solo del debido proceso legal, sino los que consagra la primera parte de nuestra Ley Fundamental.

El principio de división de poderes que es de la esencia de todo sistema republicano de gobierno, se ha señalado como se deja de lado en los diversos acápites abordados. El principio de legalidad, que obliga al sometimiento a la letra de la ley por parte del propio Estado que es el principal obligado en observarlo, se deja también de lado, porque la ley no puede irrazonablemente subvertir los principios,

(51) Véase en este sentido el trabajo de Camps, Carlos; Aspectos destacables de la causa Mendoza: más pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el trámite de procesos colectivos, J.A. 2008-IV- número especial p. 42.

(52) La ley 25.561 es del año 2002 y desde entonces sucesivas leyes han prorrogado la emergencia hasta el presente, desvirtuando sus fines con otra intencionalidad más política que real.

derechos y garantías que consagra la primera parte de la Constitución Nacional (53).

De ese modo se puede advertir que los “remiendos” que se pretenden lejos de venir puestos en la letra de la ley, coadyuvan —con su desvirtuación— a profundizar aún más la inseguridad jurídica exponiendo al ciudadano a un escenario confuso, inestable, que lejos de facilitar el acceso a la jurisdicción, no solo lo obtura, sino que por ese camino ve restringida su libertad.

Para eso se ha dejado de lado la propia historia de estos institutos, que fueron forjados laboriosamente en el ámbito natural de su actuación, merced a un desarrollo pretoriano, que no solo ha sido omitido, sino además que se lo ha desvirtuado en desmedro del ciudadano, y en aras al mantenimiento de una estructura de poder inconcebible para un sistema republicano de gobierno.

La seguridad jurídica en concebida como una condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran (54). Y aunque parezca perogrullesco, la libertad como el derecho de propiedad —tan fácilmente vulnerables desde el poder político de turno— constituyen eslabones esenciales que conforman esa seguridad.

En una disidencia el Dr. Fayt señalaba que “el más cabal derecho adquirido es el que tiene la sociedad toda a vivir pacífica y ordenadamente bajo los principios de la Constitución Nacional. Ella es la fuente de todo derecho, de donde no cabe hablar de “propiedad” alguna que no sea la erigida bajo sus superiores normas” (55). ♦

(53) En esta línea la doctrina del Alto Tribunal señala que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta iniquidad, y el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Ley Fundamental (Fallos 243:504; 299:428; 311:394; 315:142; 319:2151; 319:2215; entre muchos otros).

(54) OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Heliasta, p. 695.

(55) Fallos 314:1477.

EL CONCEPTO DE INTERÉS PÚBLICO EN LA LEY 26.854

POR ESTELA B. SACRISTÁN

Sumario: I. Planteo. — II. Para una aproximación al concepto de interés público. — III. El interés público y la prueba. — IV. Conclusiones.

I. Planteo

La expresión “interés público” aparece en una decena de ocasiones en la ley que motiva estas líneas introductorias. Revisando las leyes sancionadas entre el 2000 y el presente, esa expresión aparece en dos decenas de leyes; igual cantidad que si se consideran las leyes sancionadas en toda la década del ‘90. Este extremo fáctico del pasado más o menos reciente me hace preguntarme: ¿Cómo pueden ideologías políticas tan distintas emplear un mismo concepto en las leyes que impulsan? La respuesta podría estar dada por la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados (1): cada una podría dotar al concepto jurídico “interés público” de aquellas determinaciones necesarias; como siempre tendría que haber una sola alternativa justa (2), ésta devendría diacrónicamente variable, generándose

un relativismo inadmisibles. La respuesta también podría morar en la teoría que -rechazando las esencias- admite la potencial vaguedad de las palabras y, en general, la textura abierta del lenguaje (3): el concepto de interés público no poseerá, entonces, bordes semánticos definidos, sino los que, con base en la incorporación de otros términos, se le den, de tanto en tanto. O a lo mejor la de interés público es una expresión emotiva, enderezada a despertar ciertos sentimientos en el que habla o del que escucha (4), y, así las cosas, su significado variaría subjetivamente.

Más allá de estas alternativas, con su negativa carga de relativismo, lo cierto es que el intérprete —sea el abogado litigante, o, eventualmente, el decisor judicial- halla, en la expresión interés público empleada en la L. 26.854 (5), un concepto que sobre el cual hay que detenerse.

(1) Acerca de esta doctrina y sus aplicaciones, ampliar en GRECCO, CARLOS M., “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, en LL, 1980-D, ps. 1306/1320; SESIN, DOMINGO J., “Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados”, en AAVV, *El Derecho administrativo argentino*, hoy. Jornadas sobre Derecho administrativo, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, ps. 294/301; URRUTIGOITY, JAVIER, “La reducción de la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados”, en RAP, Nro. 393, ps. 7/18; COMADIRA, JULIO R., “Responsabilidad del Estado por omisión. (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la cámara contenciosoadministrativa”, en LL, 1996-A, ps. 600/607.

(2) Ver DELA RIVA, IGNACIO M., “Algunas reflexiones en torno del bien común y la discrecionalidad administrativa”,

en RAP, Nro. 258, ps. 9/20, esp. p. 17, quien lo explica muy claramente, y los autores allí citados.

(3) Ampliar en CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 2da. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 34 y ss.; GUIBOURG, RICARDO A. — GHIGLIANI, ALEJANDRO M. — GUARINONI, RICARDO V., *Introducción al conocimiento científico*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 47 y ss., esp. p. 51.

(4) Ver HOSPERS, JOHN, *Introducción al análisis filosófico*, (Míguez, Nestor, trad.), Macchi, Buenos Aires, 1969, t. I, p. 11.

(5) B.O. 30/4/2013, preanunciada en la inauguración del 131° período de sesiones ordinarias del Congreso el 6/3/2013; ver <http://www.jgm.gov.ar/paginas.dhtml?pagina=5¬cod=129>.

Según el inciso “d” de los artículos 13, 14 y 15, “[l]a suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurran simultáneamente los siguientes requisitos: (...) d) La no afectación del interés público (...)”; “[l]as medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, sólo podrán ser dictadas siempre que se acredite la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos: (...) d) No afectación de un interés público (...)”; y “[l]a medida de no innovar procederá cuando concurran simultáneamente los siguientes requisitos: (...) d) La no afectación de un interés público (...)”. Por decirlo en pocas palabras, en cualquier de los tres supuestos -medida suspensiva, positiva, de no innovar- se exige la “no afectación del interés público”.

Este extremo me lleva a inquirir, brevemente, en dos aspectos prácticos; uno sustantivo, y el otro, procesal: por un lado, intentar alguna aproximación al significado de la expresión (pues para acreditar algo o verificar su acreditación debo saber de qué se trata); y, por el otro, lo relativo a -precisamente- esa acreditación o prueba, y sus derivaciones.

De tal modo, los párrafos que siguen están dedicados a indagar en el concepto de interés público, en especial en la jurisprudencia y doctrina (sección II), y en su faz probatoria según el tratamiento consagrado en la ley (sección III), para luego esbozar unas conclusiones a modo de síntesis (sección IV).

II. Para una aproximación al concepto de interés público

a) Derecho comparado:

El concepto de “interés público”, históricamente, puede ser vinculado a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789. No porque en ésta aparezca reiteradamente lo público (6), sino porque, apoyada en el objetivo rousseauniano de aplastar a todo opositor (7), acarreó una abandono de la clásica noción de bien común asociada a la tra-

(6) En los males públicos recordados en su Preámbulo; en los puestos públicos de su art. 6° y agentes públicos de su art. 15; en el orden público de su art. 10; en la fuerza pública de sus arts. 12 y 13; en la recaudación pública de su art. 14; en la necesidad pública legalmente constatada de su art 17.

(7) Ver ROUSSEAU, JUAN JACOBO, *El contrato social o principios del Derecho político*, ed. cast. de 1799 y reimpr. de MARIANO MORENO de 1810, con nota preliminar de RICARDO LEVENE, Perrot, Buenos Aires, 1961, Libro I, cap. VII en p. 23 y Libro IV, cap. VIII, en p. 151.

dición aristotélico-tomista (8), para sustituirla (9). De tal modo, se dio inicio a un proceso histórico que culminó con la asunción del padre de la Administración moderna tal como hoy la conocemos: Napoleón Bonaparte (10). Por ello se afirma que el modelo francés del concepto que nos ocupa, apoyado sobre el imperium de la voluntad política, supuesta reencarnación del interés general, y sobre la soberanía de las instituciones políticas, aparece como muy diferente respecto del enfoque institucional desarrollado por los anglosajones (11).

Los estudiosos del Derecho comparado se han hecho eco de las raíces continental-europeas de la diferenciación entre lo público y lo privado, y de sus efectos, desde la codificación, hacia el Derecho administrativo (12). Tal aspecto es ajeno a los sistemas de common law, que desconfían de aquella diferenciación (13). Es por ello que, para los anglosajones, lo más aproximado a la noción que motiva estos párrafos es que lo que constituye interés público variará con las circunstancias de tiempo, lugar y los específicos valores que sostenga una sociedad en particular (14), y tanto el interés público —con todos sus infinitos fines, por ej., la justicia redistributiva o el paternalismo- como el interés privado —de los ciudadanos, o de la sociedad, a lograr, por ej., con

(8) Sobre este concepto, y sus diversas acepciones, FINNIS, JOHN, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, ps. 154/156; SANTIAGO, ALFONSO, *Bien común y derecho constitucional*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, esp. cap. III, ps. 91/123.

(9) Sosteniendo tal sustitución —postura que comparto-, FRANCH I SAGUER, MARTHA, “El interés público. La ética pública del Derecho administrativo”, en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE (coord.), *Derecho administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 2005, ps. 403/420, esp. p. 406.

(10) Lo afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza, Madrid, 1994, p. 154.

(11) DU MARAIS, BERTRAND, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 34.

(12) ROSE-ACKERMAN, SUSAN — LINDSETH, PETER L. (eds.), *Comparative Administrative law*, Research Handbooks in Comparative Law, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2010, p. 15.

(13) Es clásica la obra de DICEY, ALBERT V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis, 1982, reimpr. de la 8va. ed. de 1915.

(14) OGUS, ANTHONY I., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2004, p. 29, y su cita de FRIEDRICH, C. J. (ed.), *The Public Interest*, 1962, esp. cap. 17.

procedimientos participativos o un buen sistema de recursos- constituyen la justificación de la regulación (15). Este es el sentido en que se emplea la expresión public interest en las regulaciones de la Federal Communications Commission estadounidense (16).

En cuanto a aquellos autores anglosajones que arriesgan una definición, rechazan la idea rousseauiana de que la voluntad popular pueda velar por los derechos individuales (17), critican la vaguedad de definir interés general como el bienestar de la ciudadanía o en términos de la función de bienestar social como sumatoria de los bienestares individuales, desdeñan la creencia de que los gobiernos electos por sé velan por el interés general, y defienden la tesis de que son las instituciones republicanas —separación de poderes y frenos y contrapesos mediante-, junto con sus garantías constitucionales, las que velan por los derechos humanos y protegen el interés público (18). Un enfoque de interés público verá al gobierno, o a los reguladores, como benevolentes maximizadores del bienestar social (19).

En el plano de una práctica generosa hacia el administrado, y como explica la doctrina (20), entre las

(15) Ogus, Regulation... cit., ps. 29 y 55. En similar sentido, CRAIG., PAUL, Administrative Law, 7th ed., Sweet and Maxwell Thomson Reuters, Londres, 2012, ps. 309 y 311.

(16) De allí que —me permito acotar- resulte llamativo traer, mediante notas al pie, regulaciones de la FCC, al articulado de la ley 26522 ó ley de medios, pues su art. 2° “declara” una actividad, de interés público, lo cual es distinto de “regular” con fundamentos en el interés público (o privado). Sobre el significado expuesto, ampliar en LEVI, LILI, “The Four Eras of FCC Public Interest Regulation” en Administrative Law Review, vol. 60, # 4 (Otoño 2008), ps. 813/859.

(17) Dice Rousseau, op. cit., Libro II, cap. VI: “Llamo pues república a cualquier Estado gobernado por leyes, bajo cualquiera forma de administración que fuere; pues sólo entonces gobierna el interés público, y es tenida en algo la causa pública. Todo gobierno legítimo es republicano: más tarde explicaré lo que entiendo por gobierno”.

(18) Por todos, BAILEY, STEPHEN, Public Sector Economics. Theory, Policy and Practice, 2nd ed., Palgrave, Basingstoke, p. 13.

(19) LAFFONT, JEAN JACQUES, Incentives and Political Economy, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 101.

(20) Ver MAIRAL, HÉCTOR A., Control judicial de la Administración pública, Depalma, Buenos Aires, 1984, t. II, ps. 763/764, y su n. 15, donde cita Virginia Petroleum Jobbers Assn. v. Federal Power Commission, D.C. Cir. 259 F2d 921 (1958). Puede verse, más recientemente, Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., 555 U.S. 7 (2008), caso relativo a si la Marina de los Estados Unidos podía utilizar un sonar en las perforaciones, causando posibles daños a las ballenas.

cuatro preguntas a responder ante una petición en sede judicial de suspensión del acto, figura la relativa a dónde descansa el interés público: “basta para suspender el acto un perjuicio serio y la presencia de cuestiones que justifiquen un debate judicial, a menos que exista un interés público en la ejecución inmediata, en cuyo caso se toma en cuenta la probabilidad de éxito del recurso en cuanto al fondo” (21). Por ende, la demandada debe demostrar un interés público calificado: uno que, además de existir, justifique la “inmediata” ejecución.

Una distinta acepción de interés público es la que proviene de la causa que justifica la expropiación bajo la Takings Clause de la Constitución de los Estados Unidos, y allí es donde aparece la noción de public use ó —entre nosotros- utilidad pública. Cuando se expropia, bajo aquella Constitución, hoy no se exige que, en los hechos, la propiedad sea utilizada por el público: basta que sea usada o se disponga de ella de modo tal de beneficiar al “bienestar o interés públicos” (nunca de beneficiar a un particular) (22).

b) Antecedentes argentinos:

La Constitución Nacional no menciona la expresión “interés público”. El Pacto de San José de Costa Rica consagra, en su art. 22, el derecho de circulación y de residencia (23), y prescribe que el ejercicio de ese derecho “puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público”. De tal modo, se diferencian, por un lado, las restricciones “para” proteger, entre otros, el orden público del inc. 3ro.; y, por el otro, las reglamentaciones “fundadas en” el interés público del inc. 4°.

Muchas leyes, que el abogado administrativista emplea a diario, incluyen al interés público en su

(21) Mairal, op. loc. cit., con cita de Union Carbide Agricultural Products Co., Inc. v. Costle, Douglas, 632 F.2d 1014, 2d Cir., con certiorari denegado.

(22) Así, Kelo v. City of New London, 125 S.Ct. 2655 (2005), en el cual se concluyó en que la transferencia de la propiedad cumplía un interés público, no un beneficio particular o privado, y que la Takings Clause de la Constitución estadounidense siempre ha sido entendida en el sentido de permitir que se prive a alguien de su propiedad particular para transferírsela a otra persona en la medida en que se lo haga por una finalidad pública (construcción de ferrocarriles, de torres de telefonía celular, etc.). Como vemos, no importa el quién, sino el para qué.

(23) “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales”.

articulado. Una pequeña muestra incluiría la ley de medios (24) y la de radiodifusión (25); la ley de expropiación de una parte de las acciones de Repsol (26); la ley de pasta celulosa y papel para diarios (27); la ley que crea la AIFSE y la OFSE (28), y la que crea AySA (29); la

ley de emergencia vigente (30); la ley del Ministerio Público (31); la ley del gas (32) y la de la electricidad (33); la LPA (34); entre muchas otras. Hace casi dos siglos, el interés público sirvió para que quedara en la órbita de Buenos Aires el Banco Nacional otrora nacionalizado para nacionalizar el pasivo Baring (35). El proyecto para expropiar Papel Prensa invoca,

(24) L. 26522, art. 2° (“La actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones. (...) La condición de actividad de interés público importa la preservación y el desarrollo de las actividades previstas en la presente como parte de las obligaciones del Estado nacional establecidas en el art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional. A tal efecto, la comunicación audiovisual en cualquiera de sus soportes resulta una actividad social de interés público, en la que el Estado debe salvaguardar el derecho a la información, a la participación, preservación y desarrollo del Estado de Derecho, así como los valores de la libertad de expresión”).

(25) L. 22285, art. 4° (“Los servicios de radiodifusión se declaran de interés público”).

(26) L. 26741, art. 1° (“Declarase de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones”).

(27) L. 26736, art. 1° (“Declarase de interés público la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y de papel para diarios.”).

(28) L. 26352, art. 5° (“En el ejercicio de sus funciones, la Administración de Infraestructuras Ferroviarias S.E. deberá tener en cuenta la garantía del interés público, la satisfacción de las necesidades sociales, la seguridad de los usuarios y la eficacia global del sistema ferroviario. Asimismo, adoptará los procedimientos pertinentes que aseguren la transparencia de su gestión”); y art. 14 (compete al Ministerio de Planificación “e) La continuación de los contratos pendientes, los contratos en curso de ejecución y los compromisos contractuales contraídos por el Poder Ejecutivo nacional en su carácter de concedente (...), pudiendo proponer las modificaciones (...), con el objeto de resolver integralmente todas las cuestiones generadas durante la ejecución de los contratos, así como para satisfacer las necesidades de interés público no previstas en la contratación original y que han surgido durante su vigencia”).

(29) L. 26221, art. 42: Corresponde al regulador “z) Realizar anualmente un balance económico social del servicio evaluando los costos y beneficios generados por el mismo para la sociedad en su conjunto y un informe sugiriendo las medidas que a su entender corresponde adoptar en beneficio del interés general.”

(30) L. 25561, art. 18 (“Modifícase el artículo 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado del siguiente modo: “Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las Municipalidades, de sus reparticiones centralizadas o descentralizadas, o de entidades afectadas a alguna actividad de interés estatal, podrá interponerse recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (...)”).

(31) L. 24946, art. 25.b, 33.a.1., y 41.a.; ver art. 120, Const. Nac., que alude a “los intereses generales de la sociedad”.

(32) L. 24076, art. 52: compete al regulador “Someter anualmente al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación un informe sobre las actividades del año y sugerencias sobre medidas a adoptar en beneficio del interés público, incluyendo la protección de los consumidores y el desarrollo de la industria del gas natural”.

(33) L. 24065, arts. 32, sobre consolidaciones o fusiones societarias; 46, sobre adecuación de ajustes a la ley y al interés público; 56.q, que consagra el deber del regulador de la nota al pie precedente.

(34) DL 19549/72, art. 1°, inc. e.9, como excepción a la caducidad (“Transcurridos sesenta (60) días desde que un trámite se paralice por causa imputable al administrado, el órgano competente le notificará que, si transcurrieren otros treinta (30) días de inactividad, se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos, archivándose el expediente. Se exceptúan de la caducidad los trámites relativos a previsión social y los que la Administración considerare que deben continuar por sus particulares circunstancias o por estar comprometido el interés público (...).”); art.12, como freno a la ejecución del acto (“(...) 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.”).

(35) Explica Alberdi: “En 1828, la provincia de Buenos Aires volvió a hacer suya la deuda del Banco, convirtiendo en Banco de provincia lo que había sido Banco nacional. He aquí la ley que eso dispuso en 16 de enero de 1828: ‘La Legislatura de la Provincia declara que está dentro de la esfera de sus atribuciones la plena facultad de reformar, según lo exija el interés público, las leyes y estatutos que actualmente rigen el Banco denominado Nacional (...): Desde el momento cesó la responsabilidad de la Nación en las operaciones ulteriores del Banco, que quedó de hecho en manos del gobierno local de Buenos Aires. El primer uso que la legislatura provincial hizo del poder que se arrogó

en su primer párrafo, el interés público declarado por L. 26736 (36).

La jurisprudencia relativa al concepto que nos ocupa comprende precedentes de la Corte Suprema, así como de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y, en el caso de ésta última, es de interés inquirir en la recepción de la misma en la norma transcrita en la sección I, supra.

Según la jurisprudencia del Alto Tribunal, el interés público es de fuente legal formal (37), y se respetan las determinaciones del legislador enderezadas, por ej., a definir cómo financiar el interés público, es decir, contemplar la provisión de los gastos absolutamente necesarios a la continuada y organizada existencia del gobierno mediante la imposición de cargas públicas (38); y a proteger ese interés público mediante medidas de emergencia (39). Empero, el interés público consagrado en la ley debe ser claro (40), suficiente (41), proporcional al interés individual (42) o proporcional a la restricción al derecho (43).

para reformar el Banco nacional, fue relevarle por término indefinido de la obligación de cambiar sus notas por metálico (ley de 14/8/1828)”; conf. ALBERDI, JUAN BAUTISTA, Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según la Constitución de 1853, Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, Buenos Aires, 1979, ps. 230/231. Me permito remitir a “Retrato de nuestra moneda, de joven: Orígenes. La primera convertibilidad”, en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), ReDA 65, Abeledo Perrot, Buenos Aires, abril-junio 2008, ps. 411/449.

(36) 140498184-2911-D-2013.

(37) Mígone, Luis Vicente c/ La Quirúrgica Argentina, Fallos: 228: 359 (1954).

(38) Viñedos y Bodegas Arizú c/ Provincia de Mendoza, Fallos: 157: 359 (1930).

(39) Bustos, Alberto Roque y otros c/ E.N. y otros s/ amparo, Fallos: 327: 4495 (2004); Amui Azzize, Jorge César c/ Salta, Provincia de s/ sumario, Fallos: 315: 2300 (1992); Laugle, Daniel Carlos c/ Salta, Provincia de s/ cobro de australes, ejecución, Fallos: 315: 2328 (1992); Videla Cuello, Marcelo sucesión de c/ La Rioja, Pcia de s/ daños y perjuicios, Fallos: 313: 1638 (1990); Russo, Angel, y otra c/ C. de Delle Donne, E., Fallos: 243: 467 (1959).

(40) Servicios Aéreos Cruzeiro Do Sul Ltda., Fallos: 214: 547 (1949).

(41) El Indio S.A. Agrícola Ganadera, Fallos: 216: 701 (1950).

(42) Piria, Francisco c/ Prov. de Buenos Aires, Fallos: 185: 105 (1939).

(43) Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531, Fallos: 312: 496 (1989); Pedro Inchauspe Hermanos c/ Junta Nacional de Carnes. Junta Nacional de Carnes c/ Baurin, Juan J. Junta Nacional de Carnes c/ Corbett Hnos., Fallos:

Los contenidos manifiestos del interés público comprenden guiar el ejercicio de la competencia administrativa (44); proveer a la asistencia de los ancianos y de los inválidos (45); ser guía de la función social de la propiedad (46); corporizar intereses del Estado que tengan un claro anclaje constitucional (47), como ser la defensa, mejoramiento y ampliación de los bosques (48); justificar la potestad tributaria bien ejercida al imponerse un impuesto (49) y, en general, la correcta percepción de la renta pública (50); orientar la base monetaria y los recursos financieros (51), el ahorro (52) y el atesoramiento que llevan adelante los organismos previsionales (53). Además, con ecos del antes mencionado *public use* de la constitución estadounidense, dentro del concepto de interés público entendido como privación

199: 483 (1944); Solivellas, Vicente, Fallos: 214: 612 (1949); Jorda de Fernández Márquez, Herminia, Fallos: 262: 205 (1965); Centro de Estudiantes de Ciencias Económicas, Fallos: 269: 293 (1967); D'Aste, Héctor c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado, Fallos: 269: 416 (1967); Medaglia (h.), Alberto Américo c/ Administración Nacional de Aduanas, Fallos: 292: 517 (1975); Krayacich, Fernando, Fallos: 308: 814 (1986).

(44) Colombres, Ignacio y otros c/ Nación, Fallos: 295: 215 (1976).

(45) Mazzocone, Pedro; Granata, Francisco; Toso, Juan; Granata, Francisco y otros c/ Provincia de Mendoza; Escorihuela, Gregorio J. c/ Provincia de Mendoza. S.A. Bodegas y Viñedos Domingo Tomba Ltda. c/ Provincia de Mendoza. Viñedos y Bodegas Arizú c/ Provincia de Mendoza. González Videla Dorna, Carlos c/ Provincia de Mendoza, Fallos: 135: 272 (1921).

(46) Brunella Vda. de Weiser, Edda Leonor c/ Dirección General Impositiva, Fallos: 289: 67 (1974).

(47) Caja de Ahorro Postal c/ del Prado, Luque y Reynolds, Carlos, Fallos: 144: 166 (1925); en el caso, propender al bienestar general.

(48) Compañía Eldorado Colonización y Explotación de Bosques Ltda. S.A. c/ Provincia de Misiones, Fallos: 302: 508 (1980).

(49) Bodegas y Viñedos Domingo Tomba S.A. c/ Pcia. de Mendoza, Fallos: 184: 50 (1939); Bombal, Domingo L. c/ Dirección General Impositiva, Fallos: 223: 233 (1952).

(50) Trebas SA s/ prohibición de innovar, Fallos: 312: 1010 (1989); Sajón, Alejandro s/ Impuestos Internos, Fallos: 198: 142 (1944); Provincia del Chubut c/ Minar S.A. Petrolera y de Servicios, Fallos: 304: 408 (1982).

(51) Freiman, Héctor Luis y otro c/ Banco Central de la República Argentina, Fallos: 307: 534 (1985).

(52) Crédito Automotor Argentino S.A. Financiero de Ahorro para Fines Determinados c/ Nación Argentina, Fallos: 305: 550 (1983).

(53) Arano, Néstor Alfredo c/ Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, Fallos: 306: 495 (1984).

de un derecho podemos hallar la jurisprudencia que condiciona, los sacrificios de la propiedad privada al interés público, al recaudo de la correspondiente indemnización previa (54); así como, bajo el Código Civil, que las restricciones impuestas al dominio privado deben serlo sólo en interés público, no privado, siendo estas restricciones regidas por el Derecho administrativo (55)

El concepto que nos ocupa ha sido considerado equivalente al bien común de la tradición tomista (56); al orden institucional (57); incluso equivalente a la noción de orden público (58); y se lo ha considerado comprensivo de asuntos de orden o interés público como los constitucionales, los de competencia, los de prescripción y los de recusación de los magistrados, entre otros (59). En fin, se la ha percibido como presente en toda actividad humana útil a la sociedad (60), e incluso como justificativo del servicio público (61). La noción de interés público deja afuera de sus límites a los contratos libremente pactados entre particulares como ser los de transporte ferroviario de mercaderías regido por el Derecho

común (62), es decir, con precios desregulados. También excluye de sus bordes aquellas medidas precautorias en litigios entre particulares en los que no hay, involucrado, más que interés privado (63) y, en general las causas entre particulares (64).

En esta línea de pensamiento, la sumatoria de interés público con más bienestar general ha sido considerada como lo opuesto al interés privado (65); empero, será la Justicia la encargada de coordinar el interés privado con el público (66). También se ha asociado a éste con la pérdida definitiva de un derecho (67), y se ha resuelto que, aún cuando la ley invoque el interés público, su aplicación no puede, constitucionalmente, afectar la estabilidad de los derechos, propia de todo orden jurídico regular (68) y tampoco puede justificar la aplicación retroactiva de la ley (69). Expresamente previsto en el art. 12 de la LPA, sobre ejecutoriedad del acto, el interés público se considera implícito en el art. 17, LPA (70). En materia de nulidades, se ha identificado interés público con la moral o la ley (71) cuando son afectados por una nulidad absoluta en los términos del 1047 C.C.

(54) Cadesa S.A. c/ Estado Nacional (ANA) s/ daños y perjuicios, Fallos: 312: 343 (1989); Municipalidad de Federación c/ Baylina, Juan, Fallos: 116: 116 (1912); Antunovich, Clemente y otros c/ Provincia de Santa Fe, Fallos: 153: 231 (1928); Pizarro, Ricardo A. c/ Dock Sud de Buenos Aires Cía. Ltda., Fallos: 187: 72 (1940).

(55) Presidente de la Comisión de Aguas Corrientes, Cloacas, etc. de la Ciudad de Buenos Aires c/ Pérez, Gerónimo, Fallos: 17: 470 (1876); Podestá y otros c/ Provincia de Buenos Aires — Saladeros, Fallos: 31: 273 (1887).

(56) Que es la tradición que adopta nuestro constituyente histórico; ver art. 28 ("los derechos (...) reconocidos"). Ver, asimismo, Partido Obrero Capital Federal, Fallos: 253: 133 (1962); Ormache, José E., Fallos: 308: 934 (1986).

(57) Bonasegale, Alicia María c/ Círculo de Suboficiales de las Fuerzas Armadas, Fallos: 294: 327 (1976).

(58) Ríos, Argentino y otros, Fallos: 310: 1510 (1987). Cfr. DE LA FUENTE, HORACIO H., Orden público, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 3, donde diferencia orden público e interés general; p. 14, donde enuncia una de las doctrina (doctrina del interés general) que equipara orden público, interés general, interés colectivo, interés público, interés social, interés de la sociedad, bien público, bien común, bienestar general, bienestar social, y términos similares, explicando que adhiere a postura BORDA, GUILLERMO, "Concepto de ley de orden público", en LL, 58, p. 999 y ss.

(59) Ríos, Argentino y otros, Fallos: 310: 1510 (1987).

(60) C.A.V.I.C. c/ Juan Maurín y Cía. S.R.L., Fallos: 277: 147 (1970).

(61) Meridiano S.C.A. c/ Administración General de Puertos, Fallos: 301: 292 (1979); Productos Internacionales S.A.C.I., Fallos: 303: 1041 (1981).

(62) Carvalho, Alberto S. c/ F. C. Central de Buenos Aires, Fallos: 182: 198 (1938), esp. ps. 205 y 209 (interés público, interés nacional).

(63) Amador Fernández y Cía. c/ Lorenzi, Pablo; Di Tella Limitada S.A. c/ Eloybrondo, Damián, Fallos: 210: 460 (1948); Amador Fernández y Cía. c/ Lorenzi, Pablo, Fallos: 210: 460 (1948).

(64) Zapata, Eusebio c/ Pedro Merlini e Hijos S.R.L., Fallos: *_*: ____ (1962).

(65) Panamérica S.A. Distribuidora de Inversiones c/ Banco Hipotecario Nacional, Fallos: 303: 1661 (1981).

(66) Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean, Fallos: 308: 2268 (1986); Ferrer, Roberto Osvaldo c/ Nación Argentina, Fallos: 308: 2246 (1986).

(67) Feune de Colombi, Diego y otro c/ Argentina La Esmeralda Capitalización S.A., Fallos: 236: 670 (1956).

(68) De Sezé, Román María José c/ Nación, Fallos: 241: 384 (1958).

(69) Empresa de FFCC de Entre Ríos c/ La Nación, Fallos: 176: 363 (1936). Allí, con palabras de plena actualidad se sostuvo: "Se trata de la aplicación de otra clase de leyes en que, si bien el interés público entra como elemento determinante, como en toda ley administrativa, ese interés puede perfectamente conciliarse con la supervivencia y el respeto de los derechos individuales creados y desenvueltos al amparo de contratos y de leyes anteriores, tales como los que se refieren al patrimonio de las empresas, reparto de dividendos e indemnizaciones por expropiación".

(70) Ver Edificio Tagle 2318 S.C.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos: 301: 485 (1979).

(71) Botana, Helvio I. y otros c/ CADEPSA y otros s/ nulidad de actos jurídicos, Fallos: 313: 173 (1990).

c) De la jurisprudencia a la consagración legislativa de la ley:

En lo que hace a la práctica judicial del fuero contencioso-administrativo, se recordará la larga serie de precedentes que ha exigido, de manera invariable, para el análisis de la pretensión cautelar, no solo el peligro en la demora y la verosimilitud en el derecho, sino, además, la apreciación del interés público (72) o su consideración (73); que la medida solicitada no afecte un interés público al que deba darse prevalencia (74); el resguardo del interés público comprometido (75); la afectación o no de un interés público (76); que no resulte afectada la prestación de un servicio público o de interés público (77); hacer mérito del interés público comprometido

(72) CNACAF, Sala III, T.V.A. Televisión Abierta S.R.L. c/ P.E.N. y otros s/ medida precautoria, del 19/5/1992. Ver, asimismo, GALLEGOS FEDRIANI, PABLO O., Las medidas cautelares contra la Administración pública, Ábaco, Buenos Aires, 2002, cap. V.

(73) CNACAF, Sala V, causa 138707/02, C.P.A.C.F. - Inc. Med. c/ E.N. - Ley 25.414 - Dto. 1384/01 s/ amparo, voto del Dr. Gallegos Fedriani, del 14/08/02; CNACAF, Sala V, causa 16555/09, Unión de Usuarios y Consumidores - Inc Med c/ E.N. Dto 1957/06 - (Resol ENRE 51/07 Edenor) y otro s/ proceso de conocimiento, del 29/09/09; CNACAF, Sala V, causa 21100/12, GCBA c/Edesur S.A. s/amparo ley 16.986, voto en disidencia del Dr. Gallegos Fedriani, del 11/09/12, con cita de Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (PEN.) s/ daños y perjuicios (incidente), Fallos: 314: 1202 (1991).

(74) CNACAF, Sala IV, Banco Comercial del Norte S.A. y otro c/ B.C.R.A. s/ apelación, del 9/10/92, y su cita de Metalúrgica Belucchi S.A., del 13/6/91; CNACAF, Sala V, Defensor del Pueblo de la Nación - Incidente Med- c/ E.N. - P.E.N. - Dto. 210/99 s/ proceso de conocimiento, causa nro. 23680/99, del 8/09/99; CNACAF, Sala V, causa 35166/00, Ry C Comercial S.A. c/ EN - M° Economía - Resol 485/05 (Expte S01:358104/10S01) s/ amparo, del 3/03/11.

(75) CNACAF, Sala V, Alsina de Hamann, Elena B. y otros -incidente- c/ C.N.A.S. (en liquidación) Ente Residual Liq. y otro s/ empleo público, del 16/08/95; CNACAF, Sala II, causa 34815/2000, Defensa del Usuario del S P A C (incidente med. cautelar) y otros c/ E.N. (Dto. 393/99) Secretaría de Transporte (Resol. 417/99) y otro s/ proceso de conocimiento, del 10/04/01.

(76) CNACAF, Sala I, Procaccini, Luis María y otro c/ M° de Economía - Resol. 228/97 y otro s/ medida cautelar (autónoma), causa 27729/97, del 28/04/98; CNACAF, Sala IV, Mercedes Benz Argentina S.A. — incidente - c/ Fiscal Nacional (DGI) s/ DGI, causa n° 16027/97, del 30/06/98; CNACAF, Sala IV, Mercedes Benz Arg. S.A.F.I.C.I.M. - Incidente c/A.F.L.P. - D.G.I. s/D.G.I., causa nro. 27904/97, del 17/07/98.

(77) CNACAF, Sala I, causa 6835/2000, Blanco Miguel Carlos c/B.C.R.A. (Resol. 63/99) (Expte. 100317/96 sum fin 880), del 8/8/2000.

en la decisión y en la necesidad de que la protección del derecho individual invocado no produzca mayores daños al interés de la comunidad (78). En ocasiones, inclusive se ha desplazado un principio de protección a ultranza del interés público (79); o se lo ha soslayado sin más (80).

Del lenguaje empleado en los precedentes surge que las operaciones intelectuales de apreciación, consideración, resguardo, mérito, entre otras, del interés público, receptadas no solo por la citada Cámara sino por la Corte Suprema misma (81), como manifestación, si se quiere, de la discrecionalidad judicial —margen de que gozan todos los poderes del Estado—, han sido transformadas, por el legislador argentino, en requisitos o recaudos pues así surge de la confrontación con la letra de los artículos transcritos en la sección I, supra.

III. El interés público y la prueba

La segunda cuestión planteada hace a la acreditación o demostración de lo relativo al interés público a la luz de lo establecido en los artículos transcritos en la sección I, supra. Puedo adelantar que diversas razones sostienen la tesis de que es la autoridad estatal la que debe probar. Veamos:

a) Interpretación amplia:

Si la noción de interés público es muy amplia, la L. 26.854 vendría siendo inconstitucional porque ninguna medida cautelar se podría dictar contra una acción u omisión estatal. Recordemos que se exige que, al otorgarse la medida, haya una “no afectación del

(78) CNACAF, Sala IV, causa 12968/09, Bioprocreate SA - Inc Med y otros c/EN -INCUCAI Resol 69/09 s/ amparo ley 16.986, del 29/09/09.

(79) CNACAF, Sala IV, causa 37184/11, Lobos, Rafael E., y otros c/ BCRA - Resol 55/11 (Expte 100322/97 Sum Fin 896), voto del Dr. Morán, del 23/02/12.

(80) JCAF N° 6, causa 16513/2013, Asociación Arg. Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ EN Ley 26854 s/ amparo, del 8/5/2013.

(81) A modo de ejemplo, Compañía de Circuitos Cerrados S.A. c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva, Fallos: 328: 3638 (2005), con remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación; Chiodi, Carlos Aníbal y otros c/ Salta, Provincia de y otro s/ acción de amparo, Fallos: 327: 5111 (2004); Universidad Nacional del Litoral c/ Estado Nacional s/ sumario, Fallos: 327: 2304 (2004), con remisión al dictamen de la Procuración General; Frigorífico Litoral Argentino S.A. c/ DGI s/ declaración de certeza, Fallos: 319: 1317 (1996); Pérez Cuesta SACI c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (prohibición de innovar), Fallos: 319: 1069 (1996); Arizu, Enrique e Hijos S.A. c/ Provincia de Mendoza, Fallos: 307: 2267 (1985); entre otros.

interés público". Si todo lo estatal es interés público, las solicitudes de medidas cautelares perderían razón de ser: devendrían impropionables.

Ahora, esta línea de razonamiento colisiona con la regla conforme a la cual la inconstitucionalidad es, como solución, la última ratio, y como no cabe presumir la imprevisión del legislador (82), se impondría propiciar una noción más acotada de interés público.

b) Interpretación restringida o acotada:

Una segunda interpretación implicaría acoger una noción restringida, acotada, de interés público. En esta senda, podemos apreciar que tanto los órganos y entes privados como los órganos y entes estatales actúan -o, en su caso, omiten actuar- por interés público, pero eso es tan solo parte de su desenvolvimiento, que comprende, además, actuaciones u omisiones diversas, de otra índole distinta, no pública. Una asociación de consumidores persigue un interés público (la defensa del consumidor) o de otra clase (la estética decoración de sus despachos); un ente regulador persigue un interés público (la eficiencia y eficacia del sector regulado) o de otra clase (para desplazamientos, un auto modelo 2013 con chofer y cierta clase de aire acondicionado).

A su vez, la actuación por interés público no se presume pues no todo lo estatal es público y la regla constitucional es la libertad, siendo la actuación por interés público una de las excepciones a esa regla. En efecto, la Constitución nacional presupone libertades, nos reconoce o nos brinda derechos cuando se nos molesta en esas libertades, y, excepcionalmente, reconoce "islas" de reglamentaciones, regulaciones, actividades de interés general, servicios públicos, restricciones, limitaciones, etc. (83).

(82) Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo, Fallos: 316: 2624 (1993); entre muchos otros.

(83) Como la regla es la libertad, y todas las demás incidencias enumeradas, la excepción, en caso de duda debe estarse por la regla de favor libertatis. Acerca de toda esta construcción, ver LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., Tratado de la ciencia del Derecho constitucional, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, t. 4, p. 104, donde se refiere a la "institucionalización de la libertad en la Constitución Nacional", con cita de "María Álvarez de Schuster", Fallos: 191: 388 (1941). Con base en esa inteligencia, propicié esta diferenciación en "Los servicios públicos en Argentina (Una mirada constitucional)", en Revista de Derecho Político, UnED, Madrid, enero-agosto 2008, N° 71-72, ps. 829/870; así como en "Acerca de diferenciar industrias regulables o reglamentables y servicios públicos", en Será Justicia. Revista de doctrina y jurisprudencia, San Miguel de Tucumán, 20/5/08, Año 3, N° 40, ps. 1/3.

Pues bien, así las cosas, corresponderá a la autoridad estatal acreditar que actuó, específicamente, realizando cierto interés "público" en su acción u omisión. Ello pues, como recién vimos, jurídica y fácticamente, esa actuación u omisión por interés público no se puede constitucionalmente presumir.

Avalan esta asignación de carga de la prueba los siguientes extremos:

(i) Según el art. 4° de la citada ley, en lo relativo al informe previo, "[s]olicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco días, produzca un informe que *dé cuenta* del interés público comprometido por la solicitud". La literalidad de este artículo coloca la demostración del interés público en cabeza de la autoridad pública requerida, reflejando la oportuna interpretación jurisprudencial (84) (la bastardilla no es del original)

(ii) "Dar cuenta, en el lenguaje natural, significa dar razones, del interés público comprometido, y es conocido el recaudo de expresión de razones que impone la LPA a aquellos a quienes les es aplicable bajo su art. 1°, régimen iuspublicista por excelencia (85).

(iii) Ese "dar cuenta", a su vez, poseerá el don de cerrar, con fuerza preclusiva, la cuestión de las

(84) "La suspensión requerida en el trámite de un procedimiento o recurso administrativo debería llevar a una valoración judicial amplia y favorable al acogimiento, especialmente cuando ella no ha sido atendida en sede administrativa mediante una decisión expresa, pues el silencio viene a operar, en esta situaciones, como una suerte de presunción de ilegitimidad en contra de la administración. En estos casos, el administrado evidencia ante el juez la existencia de un procedimiento administrativo previo obligatorio, en el que aún no ha recaído una decisión definitiva y en el que, en consecuencia, no media tampoco una valoración administrativa definitiva del interés público. Y pone de relieve, asimismo, la posibilidad de un perjuicio grave o el alegato fundado de una nulidad absoluta que no han sido considerados, o si lo fueron sólo aparecen valorados por una autoridad sin competencia para agotar la instancia administrativa", CNACAF, Sala IV, causa 43121/10, Papelera Francesa S.A. - inc. med. (14/10/10) c/EN - DGA Res. 1908/05 y 2226/07 s/medida cautelar (autónoma), del 24/02/11. (el destacado no es del original)

(85) El Diccionario de la Real Academia dice que dar cuenta es dar "razón, satisfacción de algo". Ello podría generar una motivación complementaria de la medida, pues motivar es, precisamente, brindar las razones; puede verse nuestro "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", en AAVV, Acto administrativo y reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2002, ps. 65/92.

particularidades del interés público involucrado en el caso.

(iv) También brindará el beneficio, al magistrado decisor, de, dados los amplios confines de las determinaciones semánticas de la noción de interés público reseñadas en II.b), supra, contar con un campo de acción menos impreciso para definir si se afecta o no el interés público con el otorgamiento de la medida.

Ello armoniza, por ej., con el art. 13.4, que prescribe: “*La entidad pública demandada podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del acto estatal en cualquier estado del trámite, invocando fundamentalmente que ella provoca un grave daño al interés público*”, interés público que será el mismo que aquel del cual haya dado cuenta bajo el art. 4°.

Por último, en ocasiones, el recaudo de acreditación podrá no apuntar a cualquier interés público, sino a la prueba de un interés público calificado, por ej., en el campo de las restricciones a la libertad de expresión (86).

IV. Conclusiones

El tránsito del juez Hércules al juez Júpiter, por decirlo en términos de Ost (87); la transformación de las reglas prácticas, jurisprudenciales, en normas jurídicas; el tránsito de la discrecionalidad judicial al corset legislativo, poseen su faz humana, y su faz técnica.

La faz humana me hace recordar un artículo de GALLEGO ANABITARTE (88), en el cual sugería que los privilegios y prerrogativas de la Administración no eran tanto un producto de las influencias extranjeras, sino protección de un Estado español débil frente a los poderosos a mediados del siglo XIX: “ (...) El interés individual siempre activo, siem-

pre astuto y sagaz, suele burlar al interés público, haciendo que los sacrificios del Estado y de una Provincia cedan sólo en beneficio de unos pocos’ “. Creo que serías regulaciones procesales como las que motivan estas líneas no pueden responder a una visión que pudo tener sentido histórico, humano, en ese tiempo y lugar, pero no 150 años después, en nuestro país.

Desde la vereda de la práctica, el letrado o el magistrado cuenta con una experiencia francesa que le provee una idea de interés público muy ligada a la génesis de la moderna Administración, y bien distinta de la noción anglonorteamericana, que lo asocia a una de las fundamentaciones de las regulaciones, o a la utilidad pública, y que coloca al interés público en una perspectiva muy definida (sección II.a).

Los antecedentes argentinos (sección II.b) demuestran una añosa y rica acogida legislativa del concepto, y dos órdenes de jurisprudencia. Por un lado, la que le otorga contenidos, entre los que se destaca su cualidad de ser objeto receptor de protección por parte de las medidas de emergencia; la que consagra su rol en las expropiaciones y en las restricciones al dominio; la que resuelve su inhabilidad para afectar la estabilidad de los derechos, propia de todo orden jurídico regular; y la que lo asimila al bien común (89), a modo de superación de la doctrina rousseauiana. Por el otro, la que ha enfatizado la mera “consideración” del interés público comprometido en el proceso cautelar, no a título de recaudo sino a modo de aspecto a estudiar dentro de los márgenes de discrecionalidad que asisten al intérprete (sección II.c), calificación que, en el paso de la jurisprudencia a la ley, transformó mera consideración en recaudo o requisito, sujeto a demostración.

La última cuestión práctica a considerar es la relativa a la carga de la prueba (sección III). Adoptándose una interpretación restringida de interés público, éste no se presume: corresponderá a la autoridad estatal probar que obró por interés público, que hay un “interés público comprometido” en su acción u omisión pues tal clase obrar no es la regla sino la excepción. Ello echará luz en las determinaciones que el magistrado deba llevar adelante para verificar si se afecta o no un cierto interés público al otorgar la medida. ♦

(86) Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros, Fallos: 331: 1530 (2008), voto de la Dra. Highton de Nolasco; Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, Fallos: 328: 1825 (2005), disidencia parcial de los Dres. Petracchi y Belluscio y voto del Dr. Zaffaroni.

(87) OST, FRANÇOIS, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en Doxa, nro. 14 (1993), ps. 169/194.

(88) GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO, “La influencia extranjera en el Derecho administrativo español desde 1950 a hoy”, en Revista de Administración Pública, Núm. 150, septiembre-diciembre 1999, ps. 75/114.

(89) Partido Obrero Capital Federal, Fallos: 253: 133 (1962); Ormache, José Eduardo, Fallos: 308: 934 (1986).

EL NUEVO RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO NACIONAL Y SU POTENCIAL INCIDENCIA EN EL CAMPO DE LOS PROCESOS COLECTIVOS

POR FRANCISCO VERBIC

Sumario: I. Introducción. — II. Contexto: Los Procesos Colectivos en Argentina. — III. Cuestiones con Potencial Incidencia en el Campo de los Procesos Colectivos. — IV. Cierre.

I. Introducción

La reciente sanción de la Ley N° 26.854 ha generado un nuevo régimen en materia de medidas cautelares contra, o peticionadas por, la administración pública nacional centralizada y descentralizada. La iniciativa fue anunciada por el Poder Ejecutivo en el mes de Abril de 2013 como parte de un paquete de medidas más amplio, destinado a reformar distintos aspectos del sistema de administración de justicia federal.

Sin embargo, para ese entonces la idea de modificar el régimen de medidas cautelares en el orden nacional ya encontraba numerosos antecedentes en el Congreso (1). Entre los más recientes se destaca

(1) Durante los últimos diez años (2003-2013) fueron presentadas en el Congreso de la Nación diversas iniciativas legislativas para regular de alguna manera el régimen de medidas cautelares cuando éstas pudieran afectar directa o indirectamente la actividad estatal. Entre ellas cabe destacar las siguientes: Expte. D-3633/12, Diputada Carrió, orientado a regular el amparo y contemplando allí previsiones sobre medidas cautelares; Expte. D-1561/12, Diputada Terada, busca incorporar un nuevo libro al CPCCN para regular allí

la Ley N° 26.790, que en el marco del Recurso Extraordinario Federal por saltum contempló ciertas

las medidas autosatisfactivas; Expte. S-2014/10, Senador Bortolozzi, buscaba derogar la facultad de la AFIP para dictar medidas cautelares; Expte. S-1594/10, Senadora Parrilli, buscaba incorporar el recurso extraordinario por salto de instancia sólo para medidas cautelares; Expte. D-4715/08, Diputado Pais, orientado a introducir un nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado; Expte D-119/08, pretendía sustituir el art. 62 de la Ley N° 18.345 (procedimiento ante la justicia nacional del trabajo) en materia de medidas cautelares; Expte. S-2485/07, Senadora Bar, orientado a incorporar las medidas autosatisfactivas en el CPCCN; Expte. S-1360/07, Senador Giunle (reiteración del Expte. S-998/05), destinado a regular el proceso contencioso administrativo a nivel nacional; Expte. S-255/07, Senador Gómez Diez, buscaba modificar la Ley General del Ambiente N° 25.675 y exigía la inscripción de las medidas cautelares en un Registro Público especial; Expte. S-1939/06, Senador Gomez Diez, nueva regulación del amparo estableciendo que el juez debe rechazar el pedido cautelar "si su otorgamiento pudiera afectar la prestación de un servicio público"; Expte. S-4523/04, Senador Capitanich, orientado a regular el amparo pero haciendo referencia a las medidas cautelares sólo en el marco del

modificaciones de relevancia en materia cautelar, (2) y dos proyectos con pleno estado parlamentario, orientados a establecer un estricto régimen para las medidas cautelares contra el Estado (3). El análisis de estas y otras iniciativas previas permite afirmar que, al menos en ciertos aspectos, la reforma no fue sorpresiva.

Con motivo del limitado espacio disponible, y aprovechando que otros trabajos abordan en esta misma publicación distintos aspectos generales de la Ley N° 26.854, el desarrollo que sigue está orientado a presentar algunos comentarios sobre la incidencia potencial del nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado en el campo específico de los procesos colectivos.

II. Contexto: Los Procesos Colectivos en Argentina

El potencial impacto de la Ley N° 26.854 en el marco de los procesos colectivos no puede ser analizado sin tener en cuenta el contexto constitucional y normativo en el cual se desenvuelven tales procesos en la República Argentina.

Nuestro país, al reformar la Constitución Nacional en el año 1994, reconoció la existencia de “derechos de incidencia colectiva” y optó por un modelo de litigio colectivo de tipo representativo para tutelarlos en sede judicial (4). La primera nota característica

recurso de apelación; Expte. S-3653/04, Senador Fernández, destinado a establecer el efecto suspensivo de los recursos interpuestos contra medidas cautelares relacionadas con la cuota Hilton; Expte. S-3985/04, Senador Fernández, similar al anterior pero respecto de las decisiones tomadas en materia de pesca; Expte. S-2634/04, Senador Menem, regulando el amparo y remitiendo en materia cautelar a las disposiciones específicas del CPCCN; entre otros.

(2) Ley N° 26.790, que incorporó los arts 207 bis y 207 ter al CPCCN. El primero de ellos permite impugnar por apelación extraordinaria las resoluciones “dictadas a título de medidas cautelares”. Esta norma no sólo es contraria a la doctrina tradicional sobre sentencia definitiva en materia de recurso extraordinario federal y medidas cautelares, sino que además rompe con el principio general según el cual la apelación de las sentencias que ordenan este tipo de medidas debe tener efecto devolutivo para impedir que durante la tramitación del recurso se frustre el objeto de la cautela obtenida. En efecto, el nuevo art. 257 ter del CPCCN establece que “El auto por el cual el Alto Tribunal declare la admisibilidad del recurso tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida”.

(3) Los impulsados por la Diputada Diana Conti en el año 2012 (Expte. D-1176/12) y por el Diputado Héctor Recalde en el mes de marzo de 2013 (Expte. D-103/13).

(4) Hay diversas formas de enfrentar la conflictividad colectiva a efectos de economizar recursos y lograr soluciones

de este modelo es que funciona sobre la base de una ficción legal: considerar presentes en el proceso a los miembros de la clase que son representados por el legitimado colectivo, quien ejerce una representación atípica ya que no resulta necesario que los miembros de la clase le otorguen algún tipo de mandato o autorización expresa para que pueda actuar en su defensa (5). Más aun, en cierto casos —mayormente los que comprenden pretensiones de objeto indivisible— el representante está habilitado para actuar en nombre de miembros de la clase que pueden estar en franco desacuerdo con el avance de la acción (6).

La segunda nota característica de este tipo de procesos es que la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia obtenida por el legitimado colectivo se proyecta, en principio, sobre toda la clase involucrada en el conflicto. El modo en que opera esta expansión de la cosa juzgada puede ser más o menos drástico dependiendo del tipo de sistema que se adopte al respecto (pro et contra, secundum eventum litis, etc.). De todos modos, lo cierto es que siempre se produce algún tipo de cosa juzgada colectiva y que, por tanto, las personas comprendidas en la clase verán afectada su situación por el accionar de representantes (y un abogado o grupo de abogados) que no eligieron, que pueden no conocer y que incluso, como ya señalé, en ciertas ocasiones pueden actuar incluso contra la voluntad expresa de algunas de las personas que representan.

Fácil es advertir que estamos ante procesos judiciales de naturaleza excepcional. Entre otras razones, ello obedece a las ya señaladas características del modelo representativo y al menos a dos aspectos elementales relacionados con su impacto. El primero de ellos es que los conflictos ventilados por estas vías colectivas involucran a grandes números de personas, son de índole policéntrica y, por tanto, su resolución tendrá una extraordinaria incidencia

uniformes para un grupo de personas que se encuentra en similar situación frente al demandado. Lo más interesante de los modelos de tipo representativo es que también operan como una importante herramienta de acceso a la justicia cuando las pretensiones son de escasa cuantía y por tanto no generan incentivo suficiente para ser promovidas en clave individual.

(5) En el esquema diseñado por la reforma de 1994, tales legitimados colectivos son el afectado, las organizaciones del tercer sector, el Defensor del Pueblo de la Nación y el Ministerio Público (arts. 43, 2do párrafo, 86 y 120 de la CN).

(6) Sobre el tema en general ver GIANNINI, Leandro “La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos”, Librería Editora Platense, La Plata, 2007; SALGADO, José M. “Tutela individual homogénea”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, VERBIC, Francisco “Procesos Colectivos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

directa o indirecta sobre importantes sectores de la sociedad (cuando no sobre la sociedad completa) (7). El segundo aspecto es que la decisión colectiva que se toma sobre el conflicto resulta, en principio, permanente e inmutable debido a la cualidad de cosa juzgada que adquieren los efectos de la sentencia judicial, lo cual no ocurre frente a la toma de decisiones colectivas por parte del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

Como si todo esto fuera poco, tenemos que considerar también que los procesos colectivos operan como un instrumento para desafiar directamente la autoridad estatal (8). En esta faceta de su relación con el Estado (que no es la única, ya que en diversos contextos los procesos colectivos operan como aliado del poder público), las vías judiciales colectivas actúan generalmente como una herramienta de participación ciudadana en el control de la cosa pública y como un canal de acceso al diálogo institucional de ciertos grupos desaventajados que buscan tutelar derechos vulnerados por acciones u omisiones estatales y que no encuentran espacios adecuados de discusión y resolución fuera del sistema de justicia (9). Si tenemos en consideración que los conflictos

(7) CHAYES, Abraam "The Role of the Judge in Public Law Litigation", *Harvard Law Review*, Vol. 89, May 1976, p. 1281.

(8) ISSACHAROFF, Samuel "Class Actions and State Authority", *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 44, 2012 (publicado en español con el título "Acciones de Clase y Autoridad Estatal" en RDP 2013-1 y en RDCCyE del mes de Abril de 2013, p. 49).

(9) Entre nosotros pueden mencionarse como ejemplo, entre otros, los casos "Mignone, Emilio F. s/promueve acción de amparo", CSJN, sentencia del 09/04/02, Fallos 325:524 (logrando que los detenidos sin condena en establecimientos penitenciarios nacionales puedan ejercer su derecho al sufragio); "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus", CSJN, sentencia del 03/05/2005, Fallos 328:1146 (obteniendo el dictado de una sentencia estructural orientada a mejorar la situación de las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires); "Mendoza, Beatriz c/Estado Nacional y ots. s/daños y perjuicios", sentencia del 08/07/08, Fallos 331:1622 (obteniendo una sentencia estructural que ordena a la ACUMAR, al Estado Nacional, la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires recomponer el ambiente dañado en la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo); y "Halabi, Ernesto c/P.E.N. - Ley 25.873 y dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", CSJN, sentencia del 24/02/09, Fallos 332:111. En los Estados Unidos, además del clásico ejemplo que significa "Brown vs. Board of Education", cabe mencionar el caso "Brown v. Plata", 131 S. Ct. 1910 (2011) por tratarse de un asunto similar a "Verbitsky" en varios aspectos y dictado en época reciente (la Suprema Corte confirmó la orden de un tribunal inferior que había ordenado ni más ni menos que la inmediata reducción de la población carcelaria de las prisiones estatales californianas en 40.000 reclusos, y hasta

de tipo colectivo fueron tradicionalmente discutidos y resueltos en las arenas de la estructura estatal con legitimación democrática directa y mayoritaria (esto es, Poder Legislativo y Poder Ejecutivo), no resulta difícil advertir el profundo cambio de paradigma que ha significado comenzar a hacer lo propio en el seno del Poder Judicial. Máxime cuando estos procesos colectivos involucran pretensiones que buscan controlar el alcance o la implementación de determinadas políticas públicas que vulneran derechos de los ciudadanos.

Además de la discusión sobre la legitimidad democrática del Poder Judicial para actuar en este campo, (10) el escenario descrito hasta aquí dispara rápidamente serias preocupaciones en torno a dos derechos muy sensibles en todo sistema democrático: el debido proceso legal y la autonomía individual (11). Estas preocupaciones son bien fundadas y demandan un mecanismo de debate adecuado para permitir que el sistema: (i) opere de manera constitucional, esto es, sin vulnerar tales derechos; y (ii) pueda cumplir con una serie de finalidades muy valiosas desde la perspectiva de las políticas públicas (acceso a la justicia, economía de recursos y disuasión de conductas ilícitas colectivas, entre

el momento en que tales establecimientos se encuentren poblados en no más del 137% de su capacidad). Para un desarrollo detallado de ésta y otras finalidades de política pública que pueden cumplir los procesos colectivos en el marco de sociedades republicanas y democráticas, me remito a VERBIC, Francisco "Procesos Colectivos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, Capítulo I.

(10) He trabajado sobre este punto hace unos años, llegando a la conclusión que si bien en nuestro sistema el Poder Judicial no tiene legitimidad mayoritaria ello no significa que carezca de legitimidad democrática. Me remito a VERBIC, Francisco "Procesos Colectivos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 266-289. Allí expuse distintos enfoques y líneas de análisis que justifican democráticamente el accionar del Poder Judicial, incluso en el contexto procesal colectivo, y llegué a la conclusión que "Lo que debe asumirse de una buena vez es que los jueces forman parte del gobierno a través del ejercicio de competencias que les son conferidas en forma exclusiva y excluyente por el texto constitucional, cuya utilización cuando alguien presenta un derecho lesionado no implica invadir esferas de poder pertenecientes a otros órganos ni inmiscuirse en políticas de contenido general que nos les conciernen". Sin perjuicio de ello, también señalé, siguiendo en parte la postura de Gargarella, que "el sistema puede mejorarse a través de la implementación de mecanismos que optimicen el diálogo entre las distintas funciones de gobierno y permitan implementar decisiones con mayor grado de consenso".

(11) OTEIZA, Eduardo - VERBIC, Francisco "La Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo "Halabi"?", SJA 10/03/2010.

otras). Por tanto, es imperiosa la necesidad de contar con un mecanismo de debate apropiado, en clave colectiva, que contemple dispositivos de publicidad, transparencia y control idóneos para evitar, fundamentalmente, los problemas derivados de la falta de supervisión directa de los miembros de la clase sobre el representante colectivo.

A pesar de todo esto, de las claras mandas constitucionales y de la terminante posición de la mayoría de la CSJN en el caso "Halabi", en la República Argentina todavía carecemos de reglas adecuadas para dirimir conflictos colectivos en sede judicial. Las únicas dos leyes que contemplan provisiones sobre el tema son la Ley General del Ambiente N° 25.675 y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240. En ambos casos las provisiones son manifiestamente insuficientes para lograr soluciones adecuadas y se encuentran muy lejos de conformar una regulación sistémica del asunto.

Vale insistir en el hecho que el elemento cuantitativo transforma muchos conflictos colectivos en asuntos de netas características públicas (sea que involucren directamente al Estado o no). Partiendo de esta premisa elemental, parece bastante claro que este tipo de asuntos no debería ser discutido en el marco de un proceso judicial que hunde sus raíces en un pasado muy lejano, donde no era siquiera posible imaginar el tipo de conflictividad que hoy en día debe enfrentar la sociedad y los operadores jurídicos. De hecho, durante el último año los medios de comunicación se encargaron de mostrar a la ciudadanía algunas (tan sólo algunas) de las serias consecuencias que pueden desprenderse de la falta de reglas claras y mecanismos de control adecuados sobre la actuación del representante colectivo y del propio Poder Judicial en este campo (12).

Antes de avanzar debe quedar claro que la nueva ley sobre medidas cautelares no tiene por ámbito de aplicación exclusivo el contexto procesal colectivo. No obstante ello, habrá de regir también en este campo cuando el proceso colectivo involucre como demandada a la administración pública nacional centralizada o descentralizada. Ello se debe al simple hecho que, al no haber una regulación específica

(12) En el campo ambiental, por ejemplo, las denuncias de corrupción que derivaron en el apartamiento del Juez Federal que estaba a cargo de la ejecución de la sentencia por delegación de la CSJN (<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-210333-2012-12-21.html>). En el campo del consumo, el escándalo generado por la actuación de diversas organizaciones de defensa del sector que celebraron acuerdos írritos en perjuicio de la clase que decían representar (<http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-210342-2012-12-21.html>).

de los procesos colectivos, éstos se encuentran gobernados por las reglas generales del CPCCN en todo cuanto no esté expresamente regulado por las Leyes 25.675 o 24.240. Cabe destacar también que los proyectos sobre procesos colectivos y acciones de clase que se encuentran en trámite ante el Congreso de la Nación carecen de innovaciones relevantes en materia cautelar. Esto puede deberse, entre otras razones, al hecho que la mayoría de tales proyectos pretende copiar automáticamente la Regla 23 estadounidense (donde no hay provisiones específicas en la materia) (13).

Veamos entonces, en este contexto, como puede incidir el nuevo régimen cautelar en el marco de los procesos iniciados en tutela de derechos de incidencia colectiva.

III. Cuestiones con Potencial Incidencia en el Campo de los Procesos Colectivos

1. La prohibición de la tutela anticipada (art. 3).

El art. 3, inc. 4° de la Ley dispone que "*Las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal*", lo cual incide negativamente en el campo procesal colectivo. Partiendo de las elementales premisas de debido proceso legal y tutela judicial efectiva que subyacen en el instituto cautelar, y tomando en consideración la consolidada jurisprudencia de la CSJN en torno a la viabilidad de la tutela anticipada cuando las circunstancias del caso lo requieran, (14) entiendo que esta prohibición resultará inconstitucional en todos aquellos casos colectivos donde la tutela anticipada sea la única forma de proteger los derechos en disputa. Un supuesto paradigmático estará presente en las acciones de cese de contaminación ambiental, donde el perjuicio pue-

(13) Para el análisis de los proyectos me remito a VERBIC, Francisco "Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva de derechos en la República Argentina", RePro N° 216 (2013).

(14) Además del conocido y señero precedente "Camacho Acosta", ver en este sentido la decisión de la CSJN en el caso "Pardo" ("P., H. P. c/Di Cesare y otros s/at. 250 CPC", sentencia del 06/12/2011, Fallos 334:1691). Allí el tribunal se expidió en un asunto que involucraba un pedido de tutela anticipada destacó que "una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor "eficacia" de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía" (Considerando 12°).

de ser irreparable en caso de no detenerse a tiempo, y donde la compleja prueba científica que muchas veces demanda este tipo de casos puede hacer que la decisión de fondo demore un tiempo prudencial en ser dictada (15).

2. *El informe previo al dictado de la medida y la vista previa del Ministerio Público (art. 4).*

El art. 4 de la Ley establece que el juez “previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud”. Además de presentar argumentos sobre el interés público, la demandada podrá “expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes”. Asimismo, el 3er párrafo del art. 4 dispone que “Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar una vista previa al Ministerio Público”.

Este deber del juez puede tener una incidencia potencial muy fuerte en los procesos colectivos. Desde una perspectiva positiva, puede ser bienvenido que el juez cuente con mayores elementos de juicio antes de resolver el pedido cautelar (16). Sucede que, aun

(15) Actualmente en Brasil se encuentra en discusión un proyecto de ley que lleva por título “Principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas”, producto del trabajo conjunto de numerosos profesionales del derecho nucleados en el CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais) y liderados por los profesores paulistas Ada Pellegrini Grinover y Kazuo Watanabede. La única previsión que contiene el proyecto sobre esta materia (art. 6) dispone, en una línea claramente opuesta a la que define la Ley N° 26.854, que el juez puede anticipar la tutela pedida en los términos del art. 273 del Código de Proceso Civil Brasileño. Para ello, sin embargo, se establece un alto estándar al exigir que la petición involucre “el mínimo existencial o bien de la vida asegurado en una norma constitucional de manera completa y acabada”. El párrafo único de este art. 6 se ocupa de definir la noción de “mínimo existencial” en los siguientes términos: “a los efectos de esta ley se considera mínimo existencial al núcleo duro, esencial, de los derechos sociales fundamentales garantizados por la Constitución en relación a un específico derecho fundamental invocado, destinado a asegurar la dignidad humana”.

(16) Esta es también la posición que mantuvo el CELS en su documento “Algunos puntos críticos sobre la reforma a las cautelares contra el Estado”. Allí la organización sostiene, con relación al art. 4, que “Esta regulación puede colaborar con la búsqueda de la medida más adecuada para la protección del derecho en juego, no sólo es un espacio de defensa del Estado. La justificación de este procedimiento debiera constituir un mensaje para el juez acerca de la incorporación de elementos necesarios para adoptar la medida para asegurar el derecho en juego”.

cuando no pase en autoridad de cosa juzgada, una decisión cautelar de índole colectiva contra el Estado puede provocar serios y graves perjuicios (directos e indirectos) a grandes números de personas y puede provocar también importantes conflictos sociales y políticos fuera de los escenarios tradicionalmente considerados como “naturales” para discutir y resolver los mismos (me refiero al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo) (17). Entiendo que la sustanciación previa, aunque sea estrictamente sumaria, concurriría también a dotar de mayor legitimidad a la decisión cautelar (18).

Desde una perspectiva crítica, cabe señalar que no debería tratarse de un deber (como establece la norma) sino de una facultad del juez. O bien, al menos, de un principio general sujeto a excepciones cuando el procedimiento de sustanciación previa pueda frustrar la tutela cautelar peticionada (19).

(17) Sirva de ejemplo el caso “Thomas, Enrique c/ENA s/Amparo”, CSJN, causa T. 117. XLVI. REX, sentencia del 15/06/2010.

(18) Más aún: siempre que nos encontremos ante un supuesto en que resulte posible sustanciar previamente la pretensión cautelar en un proceso colectivo sin frustrar su objeto, entiendo que el sistema de justicia podría utilizar canales de publicidad adecuados e implementar mecanismos de suma utilidad para ampliar el debate de cara a la sociedad. No olvidemos que cualquier medida de este tipo tiene la capacidad de afectar directa o indirectamente a grandes números de personas. Habida cuenta la facilidad con que hoy es posible dar a conocer de forma virtual y casi en tiempo real cualquier presentación efectuada por un abogado en cualquier tribunal del país, sería interesante discutir hasta dónde es conveniente que la sustanciación previa -insisto, en caso de poder realizarse sin frustrar el objeto de la medida- contemple dos mecanismos de apertura, transparencia y participación ciudadana que ya han sido probados en la práctica de la CSJN y algunos otros tribunales. Me refiero a la posibilidad de celebrar una audiencia pública, por un lado, y a la presentación de memoriales por parte de amigos del tribunal (*amicus curiae*), por el otro. La conveniencia de una apertura del género se funda, nuevamente, en el interés público subyacente en el litigio habida cuenta su carácter colectivo, y en el consiguiente alto impacto que tendrá la decisión cautelar. Por supuesto que ambos mecanismos deberían adaptarse a las particularidades del trámite cautelar. Y, a riesgo de resultar tedioso vuelvo a insistir, sólo deberían utilizarse en los supuestos donde no haya riesgo de frustrar la tutela efectiva de los derechos en disputa. Partiendo de estas premisas, y aun en los estrictos términos en que se presenta la propuesta, entiendo que la audiencia pública y los memoriales de *amicus* pueden acercar al juez mejores elementos y argumentos para resolver, y pueden también dotar a la decisión cautelar de mayor legitimidad frente a la sociedad.

(19) Hace unos años propuse una interpretación de la Ley N° 25.675 según la cual puede considerarse como principio general la sustanciación previa del pedido cautelar en el

Este riesgo de frustración de la tutela cautelar se profundiza en el campo colectivo ante la previsión que establece la posibilidad de requerir una vista previa del Ministerio Público “según la índole de la pretensión”. Volviendo sobre las premisas de contexto que desarrollé en el punto II de este trabajo, parece claro que —ante la índole pública y el alto impacto que tendrá la decisión— las pretensiones colectivas serán, por regla, serias candidatas a poner en movimiento esa facultad del Juez.

Otra crítica que cabe formular a la norma está en el modo en que fue regulada la posibilidad de que el juez dicte una “medida interina” (20). No sólo por cuanto exige para ello la presencia de “*circunstancias graves y objetivamente impostergables*” (sea lo que fuera que esto último signifique), sino también por cuanto, aun reunidos estos requisitos, la eficacia de la medida interina se extenderá “*hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción*”. Lo razonable hubiera sido establecer que la medida interina se extienda hasta tanto se resuelva la pretensión cautelar, de otro modo no parece tener mucho sentido ya que es altamente probable que las circunstancias graves y objetivamente impostergables no se modifiquen de oficio por el Estado y, por tanto, que subsistan hasta que el juez dicte la medida cautelar en cuestión (que por algo fue pedida...).

3. La vigencia temporal de las medidas otorgadas (art. 5).

Las previsiones contenidas en el art. 5 de la Ley son sumamente perjudiciales y su potencial incidencia negativa en el campo de los procesos colectivos contra el Estado es evidente. Dicho art. 5 establece que al otorgar una medida cautelar el juez “*deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis meses*”. Este plazo se acorta a 3 meses en los procesos

campo colectivo ambiental, sin importar que el demandado sea el Estado o una persona privada. Pero ello fue postulado sólo respecto a cierto tipo de medidas y siempre y cuando el traslado previo no implique peligro de frustrar la tutela solicitada (VERBIC, Francisco “Sustanciación Previa de Ciertas Pretensiones Cautelares en el Proceso Colectivo Ambiental”, ponencia presentada en las “XXII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Europeo”, celebradas en la ciudad de Junín los días 22 al 24 de Octubre de 2009, publicado en Revista Actualidad Jurídica de Córdoba, Volumen 182, p. 641, afirmando que).

(20) Esta medida interina puede encontrar raíces en el sistema estadounidense. Ver un análisis de dicho sistema de derecho comparado en VALLEFIN, Carlos “Protección Cautelar frente al Estado”, Ed. LexiNexis, Vallefin, Buenos Aires, 2002.

sumarísimos y de amparo. La norma también dispone que el juez podrá “*fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable*” (21).

Tenemos así que la norma impide mantener vigente una medida cautelar más allá de los exiguos plazos indicados, con absoluta independencia de las circunstancias del caso, los derechos en juego y el nivel de riesgo que pueda generarse en el supuesto de mantener o modificar la situación existente. Cuando hablo de plazos exiguos lo hago por razones de contexto; esto es, tomando en consideración los tiempos de tramitación de los procesos judiciales en la República Argentina. Tiempos que recientemente le han valido al país una seria condena en el sistema interamericano de derechos humanos, (22) y que muy probablemente ahora se verán agravados por los nuevos tribunales de casación creados como parte de este proceso de reforma (23).

Estas limitaciones temporales a la vigencia de las medidas cautelares pueden mostrarse como algo claramente inconstitucional en todos los supuestos en que sea necesario tutelar provisionalmente algún derecho por un plazo más extenso. El carácter instrumental y accesorio de las medidas cautelares hace a la razón de ser y operatividad misma de este instituto procesal. Se tutela cautelarmente porque el proceso demanda tiempo, porque no puede hacerse justicia de manera inmediata (24). En un contexto donde, insisto, la duración de los pleitos se cuenta por años y hasta por décadas, fijar la obligación del juez de poner plazo a las medidas cautelares no parece acer-

(21) El Proyecto del Diputado Recalde ya había anticipado esta línea de tratamiento del asunto al establecer que “Al disponer la medida cautelar, el juez o tribunal deberá fijar el plazo de vigencia de la medida dispuesta, el que no podrá exceder del término de un año”.

(22) “Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31/08/2012 (disponible acá: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf). En el considerando 204 la Corte concluyó que “las autoridades judiciales a cargo del proceso civil por daños y perjuicios y del cobro de la indemnización no actuaron con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Sebastián Furlan, razón por la cual excedieron el plazo razonable, lo cual vulnera el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan”.

(23) Ley N° 26.863, B.O. del 17 de Mayo de 2013.

(24) En general, ver CALAMANDREI, Piero “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, Ed. El Foro, Buenos Aires, 1996.

tado. Y mucho menos establecer semejantes topes con total abstracción de las circunstancias que pueda presentar cada caso sometido a juzgamiento (25).

4. *La afectación de los recursos y bienes del Estado y la prohibición de imponer sanciones pecuniarias a funcionarios (art. 9).*

El art. 9 de la Ley establece que “*Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado...*”. Puede vaticinarse que esta previsión también tendrá una incidencia negativa a la hora de buscar una tutela cautelar en el marco de un proceso colectivo contra el Estado. Ocurre que en la gran mayoría de los casos colectivos habrá lugar para argumentar que la medida cautelar solicitada puede perturbar de alguna forma los bienes o recursos del Estado, aunque más no sea de manera indirecta. Un rápido repaso de las decisiones colectivas más relevantes dictadas por la CSJN, contra el Estado Nacional y otros Estados, es buena muestra de ello (“*Mendoza*”, “*Verbitsky*”, “*Salas*”, “*Badaro*”, “*ASSUPA*”, entre otras).

Por otra parte, el art. 9 también dispone que los jueces no podrán “imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”. Tratándose de una manda contenida en una ley sobre medidas cautelares, es de suponer que tal prohibición sólo aplica cuando la carga pecuniaria apunte a obtener el cumplimiento de una orden de ese tipo. De interpretarse en esta forma, lo cual está por verse, los jueces continuarían gozando de competencia para imponer tales sanciones cuando se trate de compeler al cumplimiento de la sentencia de mérito (instrumento ya utilizado por la CSJN en el marco de la causa “*Mendoza*”, (26)

(25) Al explicar los alcances del proyecto ante el Senado, el Ministro de Justicia de la Nación señaló que el plazo de 6 y 3 meses es razonable, invocando en sostén de esta afirmación los antecedentes relacionados con la causa “*Clarín*”.

(26) De acuerdo con la estructura de la ACUMAR, el Secretario de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación es —al mismo tiempo— Presidente de la Autoridad de Cuenca. En este último carácter, luego del dictado de la sentencia de fondo que ordenó llevar adelante el PISA, la funcionaria que por entonces ocupaba el cargo solicitó a la CSJN una aclaratoria de diversos aspectos de la sentencia. Entre ellos se encontraba el alcance de la responsabilidad que fue fijada personalmente en su cabeza. La CSJN rechazó de plano el planteo al señalar que la decisión era “suficientemente clara” y que no había incurrido en errores materiales u omisiones que pudieran dar lugar a una nueva intervención de su parte. Arts. 36, inc. 6°, y 166, inc. 2° CPCCN. Asimismo, destacó que el planteo también era inadmisibles por cuanto pretendía revisar la sustancia de la decisión sobre la responsabilidad asignada a la Presidenta

y también previsto en el proyecto brasileño sobre “Principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas”) (27).

5. *El alcance de la contracautela (arts. 10 y 11).*

La potestad de los jueces para fijar el tipo y alcance de la contracautela que debe prestarse para efectivizar una medida cautelar otorgada es algo inherente a su función jurisdiccional. El art. 10 de la Ley regula este asunto de una manera muy estricta, al establecer que las medidas cautelares ordenadas “*tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar*”(28). Esto tiene un potencial de incidencia claramente negativo en el campo procesal colectivo ya que, como bien puso de resalto el CELS, tal exigencia “*introduce un supuesto de discriminación en el acceso a la justicia difícil de salvar*”(29).

En otro orden, vale señalar que la exención contemplada a favor de quienes gocen de un beneficio de litigar sin gastos, contemplada en el art. 11, inc. 2° de la Ley, puede resultar aplicable en un campo específico: la defensa del consumidor. El uso del potencial “puede” encuentra razón en el hecho que, si bien el art. 55, 2do párrafo de la Ley 24.240 establece que “*Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita*”, la jurisprudencia en torno al alcance del término “*justicia gratuita*” es

de la Autoridad de Cuenca (CSJN “*Mendoza*, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots”, sentencia del 12/08/2008, DJ 2008-II, 1394). Más adelante, ya con otro funcionario a cargo del área, el Juez Federal a cargo de la ejecución impuso en su sentencia del 31/08/2010 astreintes en cabeza del funcionario por incumplimiento de diversas mandas. Este pronunciamiento quedó firme y luego, por decisión de fecha 12/07/12, el mismo juez dispuso el destino colectivo del resultado de esas multas.

(27) Junto con la posibilidad de anticipar la tutela (ver nota 16), este proyecto contempla una serie de herramientas para lograr su efectivo cumplimiento. Sin perjuicio de otras sanciones que pudieran haber, el art. 18 del proyecto —a diferencia del artículo 9 en análisis— autoriza al juez a aplicar las multas diarias previstas en el Código de Proceso Civil de manera personal en cabeza del funcionario incumplidor.

(28) Ya el Proyecto Recalde (Expte. D-103/13) contenía una previsión similar, al establecer que las medidas cautelares contra el Estado sólo podían ser efectivizadas cuando fuera “ofrecida caución real en monto suficiente para responder por los perjuicios que pudieran derivarse de la medida precautoria”.

(29) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), documento de trabajo “*Algunos puntos críticos sobre la reforma a las cautelares contra el Estado*”.

divergente. Algunos tribunales lo equiparan al beneficio de litigar sin gastos y sostienen que comprende las costas del proceso, (30) en opinión que comparto tanto por la terminología utilizada en la ley como por la importancia de generar incentivos para el planteo de acciones colectivas de este tipo; otros consideran que sólo comprende la tasa de justicia y sellados de actuación; (31) y en alguna jurisdicción aislada se ha juzgado que ni siquiera puede aplicarse para eximir del pago de la tasa de justicia (32). Es un tema que la CSJN debería definir cuanto antes. Pero más allá de eso, al menos por ahora, en las jurisdicciones donde rija la interpretación que equipara el beneficio de justicia gratuita con el beneficio de litigar sin gastos, las asociaciones de defensa del consumidor pueden verse eximidas de prestar contracautela en las medidas cautelares que promuevan contra el Estado.

6. *El efecto suspensivo del recurso de apelación (art. 13, inc. 3°).*

El art. 13, inc. 3° de la Ley dispone que, como regla, *“El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo...”* Nuevamente puede verse aquí una previsión con serio potencial de incidencia negativa en el campo del proceso colectivo. Esta afirmación se funda en razones tan obvias y relativas a la esencia misma de las medidas cautelares como las desarrolladas al abordar el plazo de vigencia establecido en el art. 5 de la Ley en análisis. Y otra vez, nuevamente, podemos ver aquí una previsión que va en línea con antecedentes recientes que preanunciaban esta decisión de política legislativa (33).

(30) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, “Damnificados Financieros Asociación Civil p/su defensa y otro c. Banco Credicoop Coop. Ltda. s/beneficio de litigar sin gastos”, sentencia del 12/07/2012.

(31) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, “Adecua c. Nuevo Banco Industrial de Azul S.A.”, sentencia del 10/06/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, “Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa y otro c. Banco Macro S.A. s/beneficio de litigar sin gastos”, sentencia del 22/04/2009; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “PADEC c. Banco Río de la Plata S.A. s/beneficio de litigar sin gastos”, sentencia del 04/12/2008.

(32) Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Sala Contenciosoadministrativa, “First Trust Of New York National Association c. Rojas del Giorgio de Alfei, Norma Mabel s/ejecución hipotecaria - recurso directo”, sentencia del 18/02/2013, LLC 2013(mayo), 373.

(33) Art. 257 bis según Ley N° 26.790. Proyecto.

Aun en caso que el litigante logre acreditar los estrictos requisitos de procedencia establecidos por la Ley para obtener una medida cautelar, el art. 13 reinserta con alcance general la previsión contenida en el art. 15 de la Ley de Amparo N° 16.986. Una previsión que resulta manifiestamente inconstitucional por desnaturalizar la esencia misma de las medidas cautelares (34).

7. *La afectación del interés público como requisito de procedencia de las medidas cautelares (arts. 13, 14 y 15).*

En estos tres artículos la Ley contempla diversos tipos de medidas específicas que pueden ser solicitadas contra el Estado, a saber: (i) suspensión de los efectos de un acto estatal (art. 13); (ii) medidas positivas (art. 14); y (iii) medidas de no innovar. Con relación a todas ellas se establecen estrictos requisitos de procedencia, limitando drásticamente el poder de interpretación y ponderación constitucional de los magistrados en el campo cautelar. Como estos requisitos son abordados en otros trabajos comprendidos en esta misma publicación, me limitaré aquí a formular algunos comentarios sobre uno de ellos que se repite, con idéntica terminología, en los tres supuestos. Me refiero a la exigencia de que la medida cautelar no implique una *“afectación de un interés público”*, lo cual puede significar una potencial incidencia negativa muy relevante en el campo colectivo en el supuesto que sea interpretado sin contemplar otros intereses públicos en juego (los de la clase o grupo representado por el legitimado colectivo).

En primer lugar vale señalar que la norma no es sorpresiva, ya que la actividad legislativa que precedió a su dictado anunciaba un avance en esta línea (35). Entiendo que es muy razonable exigir al juez que tome en especial consideración el interés público involucrado en este tipo de asuntos a la hora de decidir sobre una pretensión cautelar. Máxime en el marco de procesos colectivos, donde, prácticamente sin excepción, existirá un interés público en juego gracias al impacto que habrá de tener la resolución del caso (debido al gran número de personas involucradas en el conflicto y/o a la temática en discusión).

(34) Ver ROSSI, Alejandro “El efecto de la apelación de las medidas cautelares en el proceso de amparo. La derogación del artículo 15 de la ley 16.986 y las fuentes supranacionales del derecho notas para el litigante”, LL 2000-C-1086 (afirmando que “Esta regulación de la apelación ha sido consistentemente criticada por la doctrina especializada y abandonada por la legislación comparada más reciente, por cuanto priva a la norma de protección de su finalidad, cual es, precisamente, evitar que se consuma el daño para el amparista mientras se tramita el proceso”).

(35) Ver Proyecto Conti (Expte. D-1176/12).

Teniendo esto presente, creo que debería efectuarse una interpretación razonable del requisito para no obturar la posibilidad de tutelar situaciones merecedoras de protección. En otras palabras: el interés público en juego no debería entenderse como un comodín que pueda hacerse valer para derrotar cualquier planteo cautelar colectivo razonable y fundado. Resulta difícil encontrar argumentos para llegar a otra conclusión si estamos de acuerdo en el respeto de las premisas elementales que justifican la existencia misma de las medidas cautelares en nuestro sistema jurídico (premisas que descansan, según ya señalé, en derechos tan elementales como el debido proceso legal y el acceso a la justicia para obtener una tutela judicial efectiva).

Los jueces deben ponderar la situación concreta que se les presenta, y decidir. En muchas ocasiones puede suceder que el interés público configurado por la aglomeración de los derechos de todos los miembros del grupo afectado prevalezca sobre el interés público esgrimido por el Estado. Sirva como ejemplo el caso “*Halabi*”, donde se resolvió la situación de millones de personas que estaban siendo abiertamente afectadas en su derecho a la intimidad por medio de una Ley formal. Una ley que, votada por amplia mayoría en el Congreso, pretendía avanzar cierta política pública en materia de seguridad... ¡permitiendo escuchar las conversaciones privadas sin orden judicial!

En el contexto procesal colectivo, donde casi siempre podremos identificar más de un interés público en juego, es importante exigir a los jueces una mayor carga de justificación en su decisión. De todas maneras, insisto, esa decisión no debería estar condicionada negativamente por el sólo hecho de que la medida cautelar pretendida pueda afectar “un” (alguno, cualquiera) interés público. Será tarea de los jueces dotar a este requisito de una interpretación adecuada, razonable y acorde con las garantías judiciales esenciales que sostienen y definen nuestro sistema republicano.

8. La situación de los grupos vulnerables y la suerte de algunos derechos sensibles.

He dejado para el final de este rápido punteo una cuestión de suma relevancia que incide de manera directa en el campo de los procesos colectivos. Me refiero a la excepción prevista en el art. 2, inc. 2° de la Ley, según la cual la medida cautelar dictada por un juez incompetente igualmente tendrá eficacia en el supuesto que el caso comprenda alguna de las cinco circunstancias allí contempladas, a saber: (i) sectores socialmente vulnerados; (ii) *la vida digna* “conforme la Convención Americana de Derechos Humanos”; (iii) la salud; (iv) derechos de naturaleza

alimentaria; y (v) derechos ambientales (36). Como puede advertirse, cuatro de ellas se definen por el tipo de derecho en discusión, mientras que la restante apunta a las características del grupo de personas afectadas (37).

La excepción se repite a lo largo del articulado de la Ley, haciendo que varios de los requisitos allí contemplados no resulten de aplicación cuando alguna de las circunstancias mencionadas esté presente en el caso. Así, de darse alguno de estos cinco supuestos: (i) el informe previo de la demandada previsto en el art. 4 resulta meramente facultativo; (ii) no es deber del juez fijar plazo de vigencia a la medida en los términos del art. 5; (iii) puede efectivizarse la medida prestando solamente caución juratoria (art. 10); y (iv) el recurso de apelación contra una medida que ordene suspender los efectos de un acto estatal tendrá efecto meramente devolutivo (art. 13).

(36) Art. 2, inc. 2°: “La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental”.

(37) En este punto puede advertirse la influencia del precedente “*Halabi*” (expresamente invocado por el CELS al criticar la vigencia temporal de las medidas cautelares en el marco del proyecto de ley), donde la CSJN consideró que la presencia de grupos desaventajados en el marco del conflicto hace que las acciones colectivas en tutela de derechos individuales homogéneos puedan plantearse aun cuando no se encuentre presente el requisito que demanda demostrar la existencia de afectación al derecho de acceso a la justicia (Considerando 13°: “Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto”. Sobre el concepto y alcance de la noción “grupos desaventajados” ver Steven E. Mayer “What is a ‘Disadvantaged Group’?”, Effective Communities Project, Minneapolis, working paper, 2003; Marcelo Bernal “Pobreza estructural, grupos desaventajados y desarrollo asimétrico en la Argentina de principios de milenio. Una mirada desde el derecho”, Provincia N° 18, julio-diciembre 2007, pp. 97-113.

Esta excepción fue la única modificación de relevancia que recibió el proyecto original enviado al Congreso. Modificación que tuvo cabida por un pedido expreso del CELS y por la presión generada desde diversas organizaciones del tercer sector a fin de abrir el debate en el Congreso para discutir los alcances de la reforma (38). La incidencia de esta excepción en materia de procesos colectivos es muy relevante, ya que abre posibilidades interpretativas y argumentales de diversa índole para buscar y obtener una medida cautelar eficaz en sede judicial. De todas maneras, también aquí habrá que esperar a la jurisprudencia para saber dónde estamos parados ya que hay distintas aristas de la norma que pueden ser entendidas de maneras muy diferentes y que, por tanto, pueden impactar de manera muy diferente sobre la suerte de la pretensión cautelar. Entre otros interrogantes que surgen nos preguntamos: ¿qué significa que los sectores vulnerables tienen que estar “acreditados en el proceso”?, ¿qué alcance se otorgará al concepto de derecho “de naturaleza alimentaria”?, ¿y a la “vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos”?

IV. Cierre

En líneas generales, prácticamente todas las iniciativas comprendidas en este proceso de reforma judicial recibieron críticas negativas desde diversos ámbitos especializados del tercer sector y la academia (39). Críticas que apuntan tanto al contenido

(38) Ver por ejemplo la campaña organizada bajo el lema “Hay que reformar la justicia. ASÍ NO”, <http://www.reformajusticia.org/>.

(39) Ver entre otros los documentos de trabajo y declaraciones (todos disponibles online) de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, “Preocupación por los proyectos del poder ejecutivo sobre ‘justicia democrática’”; Asociación Argentina de Derecho Constitucional, “En defensa de la independencia del poder judicial y los derechos y garantías de los justiciables”; Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, “Reforma de la Justicia: Posición Unificada del Colegio de Abogados de la Capital Federal”; Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, “Los perjudicados no son los jueces, son los ciudadanos”; Asociación de Mujeres Jueces de Argentina, “Una justicia independiente es una garantía para todos”; Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), “Documento del centro de estudios legales y sociales sobre los proyectos de ley de reforma judicial” y “Algunos puntos críticos sobre la reforma de las cautelares contra el Estado”; Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), “El poder judicial en debate”; Asociación por los Derechos Civiles (ADC), “Los proyectos de reforma judicial pueden afectar gravemente el Estado de derecho”.

como a la forma en la cual se pretende avanzar con la reforma (40).

Con respecto al campo específico de las medidas cautelares contra el Estado, cabe destacar que el tema siempre ha sido objeto de fuertes discusiones. Ello se debe, fundamentalmente, a los intereses de toda índole que gravitan en muchos de los casos contra la administración pública. Como si esto fuera poco, varios de los argumentos esgrimidos a favor o en contra de un enfoque determinado sobre la cuestión cobran nueva dimensión cuando deben ser aplicados al contexto procesal colectivo. La influencia del alto impacto de cualquier medida cautelar trabada en el marco de una causa colectiva es tan relevante que su discusión excede la propia órbita cautelar e impone adentrarse en diversos asuntos sistémicos que son, de por sí, complejos de enfrentar y que se recrudecen ante la ausencia de una regulación específica para los procesos colectivos (acceso a la justicia, control de constitucionalidad, legitimación procesal, rol político del Poder Judicial, federalismo, entre otros).

Ahora bien, una cosa es discutir los pilares y el sistema de administración de justicia previsto en el texto constitucional, y otra muy distinta es regular institutos procesales que deben operar en el marco de un sistema determinado como el que tenemos. En el sistema constitucional que rige los derechos de los ciudadanos y la dinámica del poder institucional en la República Argentina, los jueces tienen el deber de asegurar una tutela efectiva para los consumidores del servicio de justicia. Y a la hora de hacerlo, frente a la extensa duración de los procesos, las medidas cautelares configuran una herramienta indispensable. El hecho que la tutela se pida frente al Estado (y no un privado) no debería hacernos olvidar esta premisa elemental. Al menos si nos tomamos en serio los derechos constitucionales y convencionales que gozamos en cuanto habitantes del suelo

(40) Con respecto a la forma vale destacar lo señalado por la AADP en cuanto a que “los proyectos carecen de la construcción de consensos mínimos. Con una metodología opuesta a la llevada adelante para debatir sobre el Anteproyecto de nuevo Código Civil y Comercial, las propuestas no cuentan con un proceso de consultas previas con sectores involucrados en la actividad judicial, universidades y organizaciones del tercer sector. La legitimidad, la envergadura y las repercusiones institucionales de las iniciativas requieren y exigen abrir un período de consulta seria sobre la política pública en torno al servicio de justicia. Si se le ha brindado un marco de participación a toda la ciudadanía para un cambio ideado en el ámbito de las relaciones privadas, como es el del Anteproyecto referido, resulta adecuado que se utilice el mismo método para el tratamiento de los proyectos que integran la propuesta conocida como ‘justicia democrática’”.

argentino, ya que un derecho que no pueda hacerse valer en tiempo oportuno no es más que una mera declamación.

Este hilo argumental nos lleva entonces al problema de fondo: debe establecerse un mecanismo de debate adecuado para discutir sobre conflictos colectivos en sede judicial, sea contra el Estado o contra cualquier otra persona física o jurídica que con su acción u omisión afecte los derechos de grandes grupos de personas. Un mecanismo de debate transparente, con canales de publicidad adecuados, con un buen sistema de incentivos y con un fuerte control sobre el legitimado colectivo y el propio Poder Judicial que debe encargarse de dirimir estos conflictos

conforme a derecho (41). Las medidas cautelares contra el Estado son sólo una de las tantas puntas de iceberg que muestran crudamente el problema derivado de la falta de un proceso colectivo adecuado para discutir conflictos que, como fuera señalado, tradicionalmente se discutieron en otros ámbitos de los poderes constituidos. ♦

(41) Una propuesta de regulación razonable, adaptada al ordenamiento local, puede verse en el Anteproyecto preparado por la AADP para la Provincia de Corrientes (disponible acá: <http://classactionsargentina.com/2013/04/10/anteproyecto-sobre-acciones-colectivas-elaborado-por-la-aadp-corr/>).

■ Legislación

LEY 26.854

Medidas Cautelares. Causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional. Ambito de Aplicación. Competencia. Idoneidad del objeto. Informe previo. Vigencia. Caducidad. Contracautela. Medida positiva. Medida de no innovar. Solicitud por el Estado. Aplicación subsidiaria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Procesos excluidos. Norma complementaria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Sanción: 24/04/2013

Promulgación: 29/04/2013

Publicación: B.O. 30/04/2013

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

TITULO I

De las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional

ARTICULO 1° — Ambito de Aplicación.

Las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos, se rigen por las disposiciones de la presente ley.

ARTICULO 2° — Medidas cautelares dictadas por Juez incompetente.

1. Al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia, si no lo hubiere hecho antes.

Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia.

2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida

digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días.

ARTICULO 3° — Idoneidad del objeto de la pretensión cautelar.

1. Previa, simultáneamente o con posterioridad a la interposición de la demanda se podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que de acuerdo a las reglas establecidas en la presente resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso.

2. La pretensión cautelar indicará de manera clara y precisa el perjuicio que se procura evitar; la actuación u omisión estatal que lo produce; el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar; el tipo de medida que se pide; y el cumplimiento de los requisitos que correspondan, en particular, a la medida requerida.

3. El juez o tribunal, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intenta proteger y el perjuicio que se procura evitar.

4. Las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal.

ARTICULO 4° — Informe previo.

1. Solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud.

Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes.

Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción.

Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar una vista previa al Ministerio Público.

2. El plazo establecido en el inciso anterior no será aplicable cuando existiere un plazo menor especialmente estipulado. Cuando la protección cautelar se solicitase en juicios sumarísimos y en los juicios de amparo, el término para producir el informe será de tres (3) días.

3. Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

ARTICULO 5° — Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado.

Al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses. En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres (3) meses.

No procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2.

Al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable.

Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida.

Si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida

cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8° segundo párrafo.

ARTICULO 6° — Carácter provisional.

1. Las medidas cautelares subsistirán mientras dure su plazo de vigencia.

2. En cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento.

ARTICULO 7° — Modificación.

1. Quien hubiere solicitado y obtenido una medida cautelar podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución, justificando que ésta no cumple adecuadamente la finalidad para la que está destinada.

2. Aquél contra quien se hubiere decretado la medida cautelar podrá requerir su sustitución por otra que le resulte menos gravosa, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho de quien la hubiere solicitado y obtenido.

3. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco (5) días en el proceso ordinario y de tres (3) días en el proceso sumarísimo y en los juicios de amparo.

ARTICULO 8° — Caducidad de las medidas cautelares.

1. Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba.

Cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa.

2. Las costas y los daños y perjuicios causados en el supuesto previsto en el primer párrafo del inciso 1 del presente, serán a cargo de quien hubiese solicitado y obtenido la medida caduca, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción de la demanda; una vez iniciada la demanda, podrá requerirse nuevamente si concurrieren los requisitos para su procedencia.

ARTICULO 9° — Afectación de los recursos y bienes del Estado.

Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias.

ARTICULO 10. — Contracautela.

1. Las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar.

2. La caución juratoria sólo será admisible cuando el objeto de la pretensión concierna a la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2.

ARTICULO 11. — Exención de la contracautela.

No se exigirá caución si quien obtuvo la medida:

1. Fuere el Estado nacional o una entidad descentralizada del Estado nacional.

2. Actuare con beneficio de litigar sin gastos.

ARTICULO 12. — Mejora de la contracautela.

En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que la fijada es insuficiente. El juez resolverá previo traslado a la otra parte.

ARTICULO 13. — Suspensión de los efectos de un acto estatal.

1. La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Se acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;

b) La verosimilitud del derecho invocado;

c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto;

d) La no afectación del interés público;

e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

2. El pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida.

En este supuesto la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el inciso anterior.

3. La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa.

El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2.

4. La entidad pública demandada podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del acto estatal en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resolverá el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declarará a cargo de la entidad pública solicitante la responsabilidad por los perjuicios que irroge la ejecución, en el supuesto en que se hiciera lugar a la demanda o recurso.

ARTICULO 14. — Medida positiva.

1. Las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, sólo podrán ser dictadas siempre que se acredite la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos:

a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada;

b) Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista;

c) Se acredite sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;

d) No afectación de un interés público;

e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.

2. Estos requisitos regirán para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley.

ARTICULO 15. — Medida de no innovar.

1. La medida de no innovar procederá cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Se acredite sumariamente que la ejecución de la conducta material que motiva la medida, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;

b) La verosimilitud del derecho invocado;

c) La verosimilitud de la ilegitimidad de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal;

d) La no afectación de un interés público;

e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.

2. Las medidas de carácter conservatorio no previstas en esta ley, quedarán sujetas a los requisitos de procedencia previstos en este artículo.

ARTICULO 16. — *Medidas cautelares solicitadas por el Estado.*

El Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad;

2. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada;

3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.

ARTICULO 17. — *Tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos.*

Cuando de manera actual o inminente se produzcan actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpan o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos, el Estado nacional o sus entidades descentralizadas que tengan a cargo la supervisión, fiscalización o concesión de tales servicios o actividades, estarán legitimados para requerir previa, simultánea o posteriormente a la postulación de la pretensión procesal principal, todo tipo de medidas cautelares tendientes a asegurar el objeto del proceso en orden a garantizar la prestación de tales servicios, la ejecución de dichas actividades o la integridad o destino de los bienes de que se trate.

Lo expuesto precedentemente no será de aplicación cuando se trate de conflictos laborales, los cuales se regirán por las leyes vigentes en la materia, conforme los procedimientos a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su carácter de autoridad de aplicación.

ARTICULO 18. — *Aplicación de las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.*

Serán de aplicación al trámite de las medidas cautelares contra el Estado nacional o sus entes descentrali-

zados, o a las solicitadas por éstos, en cuanto no sean incompatibles con las prescripciones de la presente ley, las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

ARTICULO 19. — *Procesos excluidos.*

La presente ley no será de aplicación a los procesos regidos por la ley 16.986, salvo respecto de lo establecido en los artículos 4° inciso 2, 5°, 7° y 20 de la presente.

TITULO II

Normas Complementarias

ARTICULO 20. — *Inhibitoria.*

La vía de la inhibitoria además del supuesto previsto en el artículo 8° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, procederá también para la promoción de cuestiones de competencia entre jueces de una misma circunscripción judicial, en todas las causas en que el Estado nacional, o alguno de sus entes, sean parte.

Todo conflicto de competencia planteado entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de otro fuero, será resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo Federal; mientras que cuando el conflicto de competencia se suscitare entre la Cámara Contencioso Administrativo y un juez o Cámara de otro fuero, el conflicto será resuelto por la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal.

ARTICULO 21. — *Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.*

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTICUATRO DIAS DEL MES DE ABRIL DEL AÑO 2013.

— REGISTRADO BAJO EL N°26.854 —

AMADO BOUDOU. — JULIAN A DOMINGUEZ. — Juan H. Estrada. — Gervasio Bozzano.

Decreto 456/2013

POR TANTO:

Téngase por Ley de la Nación N°26.854 cúmplase, comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. — FERNANDEZ DE KIRCHNER. — Juan M. Abal Medina. — Julio C. Alak.