



Universidad Empresarial Siglo 21

Trabajo Final de Grado

Abogacía

Las medidas cautelares en el proceso Contencioso

Administrativo Nacional

Nicolas Bolatti

2015

Resumen

El presente trabajo inicia haciendo un repaso general del instituto cautelar; de esta manera en la primer parte del capítulo se tratan aquellas cuestiones doctrinarias como el concepto, naturaleza jurídica, clasificación, entre otras. Posteriormente se desarrolla su regulación en el código de procedimiento y por último se lo diferencia de aquellas medidas con las que guarda una gran similitud.

El segundo capítulo comienza con el análisis de una parte de la legislación que se dictó durante la devastadora crisis por la que atravesó el país en el año 2001. Si bien ésta no constituyó un “antecedente directo” de la normativa que es objeto de estudio y el objetivo de este trabajo no es ahondar en ella, se sancionaron una serie de leyes y decretos que tuvieron por finalidad restringir derechos de los ciudadanos. Entre los mecanismos utilizados a esos fines se encontraron las medidas cautelares.

A continuación se describe el contexto procesal en el cual se desarrolla éste trabajo, dentro del Contencioso Administrativo Federal. Finalmente se analizan las cuestiones generales de la ley 26.854, con especial atención a aquellas que han sido puestas en tela de juicio y que traen consigo importantes cambios respecto de la normativa aplicable antes de la misma, previo a esto se hará referencia al contexto político en el cual ésta norma fue aprobada.

El capítulo tercero se centra en las medidas previstas en la ley, haciendo una caracterización general de las mismas para luego ingresar en la regulación específica.

En la última parte se verá, a partir del análisis de distintos derechos fundamentales más las distintas opiniones de la doctrina y fallos de la jurisprudencia, como la ley 26.854 avanza sobre derechos constitucionales de los particulares, colocando al Estado en una posición privilegiada y deviniendo gran parte de ella en inconstitucional.

Palabras claves: *Medidas cautelares, democratización de la justicia, Ley 26.854, suspensión de los efectos del acto, Tutela Judicial Efectiva.*

Abstract

This paper starts by an overview of the precautionary institute; this way in the first part of the chapter doctrinal issues such as the concept, legal nature, classifications, and others, are developed. Subsequently, regulation in the procedure code is developed and finally it explains the differences between others measures that keeps a strong resemblance with it.

The second part begins with the analysis of a part of the legislation that was promulgated during the devastating crisis that crossed the country in 2001. Although this was not a "direct ancestor" of the legislation under study, and the aim of this paper is not to delve into it, a series of laws and decrees that were intended to restrict citizens rights were enacted. Among the mechanisms used for such purposes, precautionary measures were found.

Then, the procedural context in which this work is carried out is described, inside the Administrative Litigation Process. Finally, the general issues of the law 26.854 are analyzed, with special attention to those that have been put into question and brought major changes in the applicable regulations before it. Moreover, is analyzed the particular context in which this law was approved.

The third chapter focuses on the measures provided in the new regulation, making a general characterization of them before entering into the specific regulation.

In the last part, starting with the analysis of various fundamental rights, different points of view of doctrine and failures of jurisprudence, it evidences how the law 26.854 advances on constitutional rights of citizens, placing the State in a privileged position and becoming large part of it unconstitutional.

Key Words: Precautionary measures, democratization of justice, Law 26.854, suspension of the effects of the act, effective judicial protection.

Las medidas cautelares en el proceso Contencioso Administrativo Nacional

Índice	1
Introducción.....	4
Capítulo 1: Introducción a las medidas Cautelares.....	5
1. Medidas Cautelares	
1.1 Concepto	6
1.2 Naturaleza Jurídica.....	7
1.3 Finalidad.....	8
1.4 Caracteres Genéricos	
a- Instrumentales	9
b- Provisorias	9
c- Inaudita parte.....	10
d- Mutabilidad.....	11
e- Sumarias.....	12
f- Ejecutabilidad.....	12
1.5 Clasificación	
a- Nominadas e Innominadas.....	12
b- Conservativas e Innovativas.....	13
c- Según el Objeto que protegen.....	13
2. Cuestiones Procesales	
2.1 Procedimiento.....	14
2.2 Juez Competente.....	14
2.3 Requisitos de procedencia.....	15
A. Verosimilitud del Derecho	16
A.1 Verosimilitud y acto Administrativo.....	17
B. Peligro en la Demora.....	17
C. Contracautela.....	18
D. Falta de identidad entre el objeto de la pretensión y la acción.....	20
2.4 Responsabilidad.....	21

A. Teoría Objetiva.....	21
B. Teoría Subjetiva.....	22
2.5 Caducidad- Extinción.....	23
2.6 Recursos.....	25
A. Procedencia del Recurso Extraordinario	25
3. El Proceso Poscautelar.....	26
 Capítulo 2: La ley 26.854 y su contexto.....	28
 1. Las medidas cautelares durante la Emergencia Económica	
1.1 Desarrollo.....	29
2. El ciudadano Frente a la Administración Pública	
2.1 Introducción.....	31
2.2 El proceso contencioso Administrativo. Normativa.....	32
3. Las medidas cautelares contra la Administración Pública	
3.1 La reforma Judicial.....	34
3.2 La Ley 26.854	
3.2.1 Ámbito de Aplicación- Método.....	36
3.2.2 Juez Competente.....	36
A) Cuestiones de Competencia. La Inhibitoria.....	38
3.2.3 Oportunidad- Objeto de la pretensión.....	38
3.2.4 Informe Previo.....	40
3.2.5 Vigencia temporal.....	42
3.2.6 Provisionalidad- Mutabilidad.....	45
3.2.7 Caducidad.....	45
3.2.8 Afectación de los recursos del Estado.....	46
3.2.9 Contracautela.....	47
 Capítulo 3: Las medidas en particular.....	48
 1. Suspensión de los efectos del acto	
1.1 Generalidades.....	49
1.2 La vía administrativa previa.....	51
1.3 Requisitos.....	52

1.4 Requisitos en las medidas solicitadas por el Estado.....	55
1.5 La vía recursiva.....	55
1.6 Levantamiento de la medida.....	57
2. Medida positiva	
2.1 Generalidades.....	58
2.2 Requisitos.....	59
2.3 Vía recursiva.....	60
3. Medida de no innovar	
3.1 Generalidades.....	60
3.2 Requisitos.....	61
3.3 Vía recursiva.....	63
3.4 Valoración de los requisitos.....	63
4. Procesos excluidos	
4.1 Desarrollo.....	64
4.2 Servicios Públicos.....	64
Capítulo 4: Aspectos controvertidos.....	66
1. El derecho a la Tutela Judicial Efectiva	
1.1 Concepto- Recepción Normativa.....	67
1.2 Consideraciones de la Doctrina.....	70
1.3 Jurisprudencia.....	73
2. El derecho a la Igualdad	
2.1 Concepto- Recepción Normativa.....	75
2.2 La cuestión en la Doctrina.....	76
2.3 Jurisprudencia.....	77
3. División de Poderes	
3.1 La independencia del Poder Judicial.....	78
3.2 La cuestión en la Doctrina.....	79
3.3 Jurisprudencia.....	80
Conclusión.....	82
Bibliografía.....	83

Introducción

Todo ciudadano tiene derecho a ser oído y a hacer valer sus pretensiones frente a un juez, pero pretender su satisfacción inmediata es materialmente irrealizable. Por lo tanto en el tiempo que necesariamente transcurre entre el inicio de la contienda, su finalización y posterior cumplimiento puede ocurrir que la situación patrimonial de alguna de las partes disminuya, se modifique la situación de hecho, se ponga en riesgo alguna prueba fundamental o que el objeto sobre el cual se desarrolla el litigio se pierda. Esto lleva a que el derecho de la persona esté expuesto a cualquier circunstancia que pueda transformar en imposible o ineficaz el cumplimiento de la resolución judicial.

Teniendo en cuenta que el proceso debe transitar por varias etapas procesales, siempre cumpliendo los principios que lo informan, tales como la bilateralidad y la defensa en juicio de la contraparte, el camino hacia el dictado de la sentencia definitiva puede prolongarse por años. Pero al cumplimiento del tiempo propio del proceso se le suma la casi inevitable lentitud del sistema judicial.

De esta manera se “enfrentan” dos conceptos generalmente opuestos de la justicia como son la celeridad, es decir la necesidad que tiene el demandante para obtener un rápido reconocimiento de su derecho y la seguridad jurídica, materializada en el cumplimiento de las reglas que informan el proceso.

En este sentido se ha dicho que “Si el Estado al asumir la función de administrar justicia prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, no puede, en situaciones como las enunciadas, desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso, y debe por tanto proveer las medidas necesarias para prevenirla, colocándolas en manos del juez y de los litigantes...” (Alsina, 1962, pág. 440).

Por lo tanto se trata de encontrar el instrumento jurídico idóneo que intermedia necesariamente entre ambos conceptos. En este contexto y bajo esta importancia hace su aparición las Medidas Cautelares.

Capítulo I

Introducción a las Medidas Cautelares

- Sumario: 1.) Medidas Cautelares
2.) Aspectos procesales
3.) El proceso Poscautelar

1. Medidas Cautelares

1.1 Concepto:

Denominadas indistintamente providencias cautelares, medidas precautorias, medidas previsionales, medidas urgentes, etcétera, tanto a nivel Nacional como Internacional no existe un criterio uniforme para su designación. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su Capítulo III¹, que contiene las normas generales de este instituto, las designa como providencias cautelares y en los arts. 196 a 199 se refiere a ellas como medidas precautorias.

Por su parte la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de las Medidas Cautelares considera que los términos “medidas cautelares, medidas de seguridad o de garantía” son equivalentes cuando se refieren a todo medio que sirve para garantizar los resultados de un proceso actual o futuro para la seguridad de las personas o bienes.²

Indistintamente del nombre que se les dé son aquellos “actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho...; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de las personas y de los bienes (art. 18 Const. Nac.) y para hacer eficaces las sentencias de los jueces” (Podetti, 1954, pág. 440).

Se trata de verdaderas decisiones jurisdiccionales dictadas por un Juez, ejerciendo la función jurisdiccional, que se adoptan durante el transcurso del proceso o previo a él, a petición de parte o de oficio, para evitar un eventual perjuicio que el solicitante pueda sufrir en su derecho y para asegurar que la sentencia, una vez dictada, no pierda eficacia práctica asegurando a su vez la consecución de los fines del proceso.

¹ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Art. 195: “Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente.”

² Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de las Medidas Cautelares, Artículo 1. Año 1979.

En definitiva, que el sustantivo medida este acompañado de la calificación de cautelar da la idea que éste instituto está destinado a prevenir que un derecho cuya existencia todavía es incierta, en caso de ser acogido favorablemente, sea de cumplimiento imposible.

1.2 Naturaleza jurídica:

Desde que el Estado prohibió a los particulares la justicia por mano propia para solucionar sus conflictos y se arrogó para sí esa función asumió, entre otras, la responsabilidad para dirimir dichos problemas. Es decir, ejerce lo que se denomina función jurisdiccional.

En virtud de la misma, y por medio de los órganos creados al efecto, el Estado se encarga de la solución pacífica de los conflictos que se plantean entre diversos intereses a través de un proceso que asegura el contradictorio y el derecho de defensa de ambas partes, el cual finaliza con una sentencia fundada en derecho, individualizándose así en el caso concreto el mandato general y abstracto que contiene la ley.

En este sentido a “la función jurisdiccional como derecho- deber del Estado, no resulta difícil justificar la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares” (Podetti, 1954, pág. 73), es decir que a los fines del mantenimiento de la paz social y para resguardar los derechos y garantías de los particulares el dictado de este tipo de medidas constituye uno de los mecanismos con que cuenta el Poder Judicial para otorgar una tutela adecuada hasta tanto se dicte sentencia.

Se trata, en definitiva, de actos jurídicos de decisión adoptados por un Magistrado en el curso de un proceso que va a implicar una restricción a los derechos individuales de quien la sufre para garantizar la eficacia práctica de la sentencia que resuelve sobre el fondo del asunto y con ella lograr la efectiva vigencia del ordenamiento jurídico.

Al tratarse de un acto de decisión la misma va a contener un juicio y mandato; en relación al primero lleva implícito una operación de conocimiento destinada a establecer si lo solicitado reúne lo exigido por la norma y si corresponde. En el ámbito de las cautelares, y tal como se desarrollara en el punto pertinente, no se exige una declaración de certeza sino una probabilidad razonable que dará sustento al mandato. (Ferreya de la Rúa, 2008).

1.3 Finalidad:

Muchas veces los cuerpos normativos que consagran derechos fundamentales chocan con una realidad completamente adversa a la regulada por aquellos, esto se debe o bien a que el derecho no tiene el mismo alcance con el que es consagrado en la norma o porque son vulnerados por el accionar ya sea del Estado o de los particulares. En ésta situación son las cautelares las que constituyen el instrumento indispensable para hacer operativo el principio de la Tutela Judicial Efectiva.

El Estado Constitucional de Derecho se sostiene en base a dos dimensiones que se retroalimentan entre sí; la primera, constituida por los derechos y la segunda, conformada por las garantías. A su vez, existen dos derechos- garantías que sirven de puente entre estas dos esferas: la protección judicial efectiva y el amparo. En este escenario, la medida cautelar forma parte del contenido constitucional a la tutela judicial efectiva, que a su vez tiene como elementos estructurales; a) resguardar la eficacia final de un derecho fundamental que persigue- mediante la garantía jurisdiccional- una debida y oportuna protección ante acciones u omisiones del Estado o de los particulares, y b) evitar que una sentencia favorable se torne meramente ilusoria. (Basterra, 2013)

Así las medidas cautelares se orientan a impedir que la Justicia se reduzca a ser una tardía e inútil expresión escrita, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados a llegar siempre tarde. Se disponen por lo tanto en interés de la administración de justicia, de la cual es garante de su buen funcionamiento. Desde éste punto de vista, las medidas tienden a proteger el interés público tanto en la eficacia del proceso como en la efectiva vigencia del orden jurídico. (Fedriani, 1998).

Sin embargo no es esta la única finalidad ya que también tiene en mira la protección de aquel que reclama la intervención del Estado cuando considera que su derecho ha sido lesionado. De ésta manera el interés anteriormente mencionado solo será satisfecho en la medida en que se pueda evitar el posible perjuicio al interés privado, ya sea impidiendo que se alteren las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar a la acción durante el proceso o para evitar que el cumplimiento de la sentencia sea imposible.

1.4 Caracteres Genéricos:

- a) *Instrumentales*: Al constituir un anticipo de la garantía jurisdiccional, son accesorias de otro proceso del cual dependen y eventualmente aseguran el cumplimiento de la sentencia. Por lo tanto se presentan como un complemento funcional que esta inevitablemente unido a un derecho sustancial. Así, por ejemplo, lo dispone el art. 505 del Código Civil: “Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: 1° Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado”.

Esto lleva a concluir su falta de autonomía en tanto no tienen una finalidad en sí misma, sino que nacen para garantizar el buen desarrollo de otro proceso al cual están indisolublemente unidas. En éste sentido se ha dicho que actúa una efectiva voluntad de ley, pero una que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley (Chiovenda, 1936).

Sin embargo esto no invalida el hecho que doctrinariamente se ha construido su autonomía conceptual, dotándola de naturaleza jurídica, finalidad, entre otras. Asimismo cabe destacar su autonomía legislativa, en tanto los códigos procesales se encargan de regularlas en forma separada.

- b) *Provisorias*: se desprende del carácter anterior su duración en el tiempo durante el cual se desarrolla el proceso principal. Puede suceder que el mismo concluya o bien acogiendo la pretensión material, lo que llevará a que se transforme en definitiva, o siendo desestimada, en cuyo caso se extinguirá *ipso iure*.

La provisionalidad también se manifiesta en el tiempo que se mantiene la circunstancia de hecho que motiva su dictado, es decir se dicta bajo la cláusula *rebus sic stantibus* lo que lleva a que cualquier modificación que se produzca en la situación fáctica o jurídica pueda implicar su modificación, sustitución o ser dejada sin efecto. En razón de esto la resolución que hace lugar a la medida no causa estado ni adquiere la calidad de cosa juzgada, porque por un lado el juicio de probabilidad que tiene en cuenta el Juez para su dictado no se asienta sobre un conocimiento pleno y acabado sino por el contrario sumario y además al constituir una restricción a bienes, personas o situaciones de hecho deben estar circunscriptas a lo estrictamente necesario para

que no provoquen más perjuicio del que razonablemente pudieran causar. (Ferreyra de la Rúa, 2008)

El Código Procesal Nacional expresa este carácter en su artículo 202³.

La normativa referida a la tutela cautelar cuando es parte el Estado ha decidido dejar de lado éste criterio y en su lugar fijó un plazo concreto de vigencia.⁴

- c) *Inaudita Parte*: tanto su dictado como su cumplimiento se cumple sin darle intervención a la parte contraria, por lo tanto el afectado por la medida no tiene participación durante el trámite y su efectivización.

Esto es no solo para asegurar que el procedimiento se desenvuelva de manera urgente sino principalmente al hecho de que darle intervención a la parte afectada, de manera previa al dictado, podría conducirla a que lleve a cabo actos que imposibiliten el cumplimiento de lo ordenado y produzca la frustración del derecho de la contraparte. Ésta circunstancia podría llevar a pensar que se estaría transgrediendo el principio contradictorio, según cual el Juez previo a tomar una decisión debe valorar lo alegado y probado por todas las partes intervinientes en el proceso. De ser así se estaría rompiendo con la igualdad entre ellas y se estaría privando del derecho de defensa en juicio, de corte netamente constitucional⁵.

En verdad lo que se produce en este supuesto es la postergación de la notificación de la medida, ya que una vez adoptada se debe dar inmediatamente noticia a la parte afectada. Ello encuentra su fundamento en la finalidad propia de las medidas, en la urgencia con la que debe actuar el derecho, que no implica, en principio, vulnerar el derecho de la contraparte. Tal es así que la parte afectada puede recurrir dicha resolución.

³ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Art. 202: “Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento.”

⁴ Ley de medidas cautelares en la que es parte o interviene el Estado Nacional, Art. 5.

⁵ Constitución de la Nación Argentina, Art. 18: “...Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...”

Este principio se encuentra consagrado en el Artículo 198 primera parte del Código Procesal de la Nación⁶

La ley 26.854 tomó el criterio inverso por lo que éste ya no constituye la regla⁷.

- d) Mutabilidad: La facultad para pedir la ampliación, mejora o sustitución está prevista tanto para las partes como para el Juez

En el caso del beneficiado debe invocar y probar causas que así lo justifiquen; deberá mostrar que la medida existente no cumple con la función de garantía a la que está destinada⁸.

En el caso del deudor, podrá requerir el cambio de medida por una que le resulte menos perjudicial o bien la sustitución de un bien por otro de menor valor. Para esto deberá dar garantía suficiente a los fines de resguardar el derecho del acreedor.⁹

En ambos casos el Juez, previo a dictar resolución, deberá correrle traslado a la contraparte por un plazo de cinco días, o menos si lo estima conveniente.

El Magistrado también podrá disponer de una medida distinta a la solicitada o limitarla siempre que sea para evitar un perjuicio o gravamen innecesario al titular de los bienes.¹⁰

⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Art. 198: “Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento. Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas con motivo de su ejecución, se le notificarán personalmente o por cédula dentro de los TRES (3) días...”

⁷ Ley de medidas cautelares en la que es parte o interviene el Estado Nacional, Art. 4.

⁸ C.P.C.C.N, Art. 203: “El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada.”

⁹C.P.C.C.N, Art. 203 2º párrafo: “El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere.”

¹⁰ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 204: “El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger.”

- e) Sumarias: su dictado no depende de un juicio de certeza acerca de la existencia del derecho sino que basta con una probabilidad razonable de la existencia de lo alegado por el solicitante.
- f) Ejecutabilidad: tanto el recurso que se puede interponer como cualquier incidente que pueda intentar el destinatario de la medida no puede impedir su cumplimiento, por lo tanto su ejecución es inmediata. Más teniendo en cuenta que la notificación se practica *ex post facto*, luego de haber sido materialmente trabadas.

1.5 Clasificación:

Diversos han sido los criterios doctrinarios de acuerdo a los cuales se han clasificado a las medidas cautelares, por esta razón existen infinitas clasificaciones. Al no ser la finalidad de este trabajo ahondar en ellas se expondrán aquellas más trascendentes:

a) Nominadas e Innominadas:

Esta clasificación atiende a la manera en que están reguladas dentro de los códigos procesales. Dentro del primer grupo encontramos aquellas que están descriptas taxativamente en los cuerpos normativos, de manera tal que se identifican y regulan separadamente cada una de ellas. Entre ellas se encuentran el Embargo Preventivo (arts. 209 a 220 CPCCN), Secuestro (Art. 221 CPCCN), Inhibición General de Bienes (art. 228 CPCCN), Intervención Judicial (arts. 222 a 227 CPCCN), entre otras.

En el caso de las Innominadas, también llamadas Genéricas, son aquellas que escapan a los supuestos típicamente regulados en los Códigos. Es decir que es dictada por un Juez específicamente para una situación en particular, conforme las particularidades del mismo en tanto las medidas tipificadas son insuficientes o excesivas. Este tipo de medidas encuentran su recepción en el Código Procesal de la Nación, artículo 232¹¹.

¹¹ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Art. 232: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, 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 podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”.

b) Conservativas e Innovativas:

Carnelutti distinguió entre el proceso cautelar conservativo y el proceso cautelar innovativo. En el primer supuesto se trata de conservar una situación de hecho, para impedir que su cambio pueda frustrar el resultado práctico del proceso principal, como consecuencia del largo período de tiempo que puede llevar el desarrollo del proceso hasta su resolución con el consiguiente riesgo de que la sentencia se torne de cumplimiento imposible. (Fedriani, 1998)

En las Innovativas se trata de disponer, desde el inicio, un determinado cambio en el estado de hecho en donde se procura minimizar el perjuicio que le podría ocasionar al peticionante la demora, de lo contrario se “comprometería el resultado del proceso principal si, desde el principio, no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho y se presenta como modificación anticipada de una situación jurídica”. (Peyrano, 1981, pág. 13)

c) Según el Objeto que protegen:

- 1) *Medidas para asegurar bienes:* son aquellas que velan por la integridad o el valor económico de los bienes o cosas para asegurar que el eventual proceso de ejecución pueda llevarse a cabo. En este grupo encontramos al Embargo (ya sea preventivo, ejecutivo o ejecutorio), la prohibición de innovar, la intervención judicial, entre otras.
- 2) *Medidas para asegurar personas:* Tienden a la protección íntegra de la persona ya sea en su faz física o moral. Así encontramos a la “guarda de personas”
- 3) *Medidas para asegurar elementos probatorios:* son aquellas solicitadas de forma anticipada, en los procesos de conocimientos, cuando quien demandare o quien prevea ser demandado, tiene motivos suficientes para creer que la producción de determinadas pruebas pueda resultar imposible o dificultosas en la etapa procesal correspondiente. (Angelina Ferreyra de la Rúa, 2009)

2. Cuestiones Procesales

2.1 Procedimiento:

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula las Medidas Cautelares en el Título Cuarto del Capítulo III, bajo el acápite de “Contingencias Generales”.

Si bien resulta prácticamente imposible establecer un procedimiento común por la diversidad de medidas que existen, tanto procesales como sustanciales, en general se caracteriza por ser un trámite sumario y sin el contradictorio inicial.

El accionante podrá solicitar la medida cautelar antes de entablar la demanda o conjuntamente con esta. El escrito donde se solicita debe expresar el derecho que pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición legal en que se funda y el cumplimiento de los requisitos que correspondan de acuerdo a la medida solicita. Ello conforme el art. 195 del C.P.C.C.N.

Una vez admitida ésta presentación el Juez dicta resolución sin audiencia de parte, difiriéndose la notificación para un momento posterior y previo análisis de la concurrencia de los requisitos. Fija la contracautela y la medida se ejecuta.

El afectado podrá impugnar dicha resolución pero en ningún caso frena el cumplimiento de lo ordenado.

2.2 Juez Competente:

Para que el dictado de la medida sea válido, y en virtud del carácter accesorio, debe ser dispuesta por el Juez Competente de la causa, que resulta ser aquel que conoce sobre el fondo del asunto¹². En éste sentido la primer parte del artículo 196 del CPCCN establece que: *“Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia...”*.

¹² C.P.C.C.N, Art. 6°: “A falta de otras disposiciones será tribunal competente:... 4) En las medidas preliminares y precautorias, el que deba conocer en el proceso principal...”

Sentado el principio, la norma establece una excepción a aquel: “...Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia...”. Si bien está prohibido que un Juez Incompetente dicte una medida válida, ésta será reconocida siempre que haya sido dictada de acuerdo a las prescripciones legales; así se ha resuelto que: “El principio que sienta la ley adjetiva es el de la "inconveniencia" de que Tribunales incompetentes dicten medidas de carácter cautelar, lo que no significa que se encuentren "imposibilitados" de dictarlas, obviamente, en tanto satisfagan los requisitos de admisibilidad y fundabilidad previstos en el Código..”¹³.

Ahora bien, esto no significa sin más que un juez puede dictar la medida y luego girar las actuaciones al que resulte competente. En efecto, dicha excepción debe entenderse restrictivamente, de manera tal que queda reservada para supuestos urgentes, excepcionales, necesarios para resguardar el derecho que se reclama.

Aún en los casos donde resulte esta excepción la procedencia o no de la medida cautelar queda siempre reservada a la decisión del magistrado que en definitiva resulte competente.¹⁴

2.3 Requisitos para su procedencia:

La parte que acredite la debida legitimación activa para solicitar la tutela cautelar deberá además acreditar la concurrencia de ciertos requisitos exigidos por el código ritual de la Nación. En este sentido éste cuerpo normativo determina los requisitos a cumplir para su dictado, oponiéndose a aquel sistema donde la procedencia de las mismas queda librada al prudente árbitro judicial.

El Código Procesal de la Nación se encarga de esta cuestión en su artículo 195, segunda parte que establece: “... El escrito deberá expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida

¹³CNCiv. y Com. Fed., Sala 2, “Drago Beretta y Cía. S.A. c/Marti, Roberto Máximo y Otra s/Ejecución Prendaria”, RSI-198-1 S 22-5-1, (1991).

¹⁴CNFed. Civ y Com., Sala II, “Pérez Salvador Humberto y otros c/ Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos s/ proceso de conocimiento”, 86(4), (2000).

que se pide, la disposición de la ley en que se funda y el cumplimiento de los requisitos que correspondan...”.

En relación a los requisitos denominados por la doctrina de “fundabilidad”, son: a) verosimilitud del derecho: b) peligro en la demora y c) contracautela.

Estos últimos deben ser valorados con especial prudencia en tanto una decisión favorable altera el estado de hecho o derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción respecto de la resolución final.¹⁵

A) *Verosimilitud del derecho:*

El requisito también denominado *fumus bonus iuris* hace referencia a la aparente existencia, a la probabilidad que el derecho invocado exista, es decir que no se exige la certeza que aquel exista sino solo su “verosimilitud”. En este sentido se ha manifestado el Tribunal en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al decir que “la verosimilitud del derecho debe entenderse como la probabilidad que el derecho exista y no como una incontestable realidad que sólo logrará agotarse en el trámite. Importa que *prima facie* aparezca esa probabilidad de vencer...”.¹⁶

Requerir un estado de certeza para el dictado iría en contra de la naturaleza de este instituto ya que el mismo tiende a asegurar una eventual resolución favorable al requirente o a resguardar una situación hecho existente en ese momento, pero esto no implica que se reconozca de manera definitiva el derecho ya que no se está resolviendo sobre el fondo del asunto sino sobre una situación en un determinado momento y tiempo.

En éste sentido se ha dicho que “No se exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, antes bien, solo resulta exigible el *fumus boni iuris*, pues el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no

¹⁵ C.S.J.N, “Provincia de Neuquén c/ Ministerio del Interior s/ acción de Amparo (aportes del Tesoro Nacional)”, N. 308. XLI.ORI, (3), (2006).

¹⁶ Trib. Cont. Adm., N° 2, C.A.B.A “Antón, Roberto Enrique c/ Legislatura de Buenos Aires”, Expte. N° 18584/1, (2006).

es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco hipotético, dentro del cual, agota su virtualidad”¹⁷.

En materia probatoria no se exige una prueba concluyente y plena ni un examen exhaustivo de la relación jurídica. En algunos cuerpos normativos, como el Código Procesal de Córdoba, la parte se encuentra exenta de acreditar el *fumus bonis iuribus* en determinadas situaciones.¹⁸

A.1 La verosimilitud del derecho y el acto Administrativo:

El acto Administrativo, entendido éste como la declaración de voluntad unilateral por parte de la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa que produce consecuencias jurídicas de manera directa en la esfera de los administrados, goza de los caracteres de Ejecutividad, Ejecutoriedad, Estabilidad, Impugnabilidad y Legitimidad.

Como consecuencia de éste último carácter el acto acarrea la presunción que ha sido dictado conforme a derecho, en concordancia con el ordenamiento jurídico, por lo tanto es válido hasta tanto no se declare su nulidad.

De esta manera el criterio para la concesión de estas medidas en contra de dicha declaración de voluntad es de carácter excepcional, debiendo ceder cuando se lo impugna sobre una base *prima facie* verosímil.¹⁹

B) *Peligro en la demora:*

Se trata del “temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho” (Chioventa, 1936, pág. 299). Este requisito se presenta como

¹⁷ C.S.J.N, “Rossi, Cibils, Miguel A. y otros”, Fallo 315:2074, (1992).

¹⁸ C.P.C.C.C Art. 466: “En cualquier estado de la causa y aun antes de entablar la demanda, podrá el acreedor pedir el embargo preventivo de bienes del deudor, sin necesidad de acreditar la deuda y con la sola condición de prestar fianza de conformidad con el art. 1998 del Código Civil o dar otra caución equivalente por cantidad que, a juicio del tribunal, sea bastante para cubrir los daños y perjuicios, si resultare que la deuda no existe.”

¹⁹ C.S.J.N, “Líneas de Transmisión del Litoral S.A (LITSA) c/ Provincia de Corrientes s/ acción declarativa”, 318: 2374, (3), (1995).

la “razón de ser” de su existencia en el ordenamiento jurídico, ya que de no existir tal peligro el dictado de ésta no tendría justificación.

Éste peligro debe ser actual, es decir que debe existir al momento de pedir la medida independientemente que no lo sea en la petición de fondo.

Se pueden diferenciar dos tipos de peligros: aquel que se relaciona con su fuente u objetivo y el subjetivo. En relación al primero es el que surge del propio objeto cautelar mientras que el segundo hace referencia a la actitud o conducta de quien la sufre. (Ferreyra de la Rúa, 2008)

El Código de procedimiento Nacional hace referencia a éste requisito, en su artículo 230 que establece: “Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio siempre que:...

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...”

De manera tal que existen tres situaciones de peligro que justifican el cumplimiento de este recaudo: que de mantenerse o alterarse la situación de hecho o derecho la modificación pueda influir en la sentencia; que la ejecución de la sentencia se convierta en ineficaz o que sea de cumplimiento imposible.

Al igual que el *Fumus Bonis Iuris* no se debe exigir una prueba concluyente y acabada sino que basta con tener acreditada su existencia. Se hallan de tal modo relacionados que a mayor verosimilitud del derecho menor es la exigencia para demostrar la gravedad e inminencia del daño.

C) *Contracautela:*

Los códigos procesales acuerdan el otorgamiento de una debida contracautela que se presenta como una “garantía” para asegurar preventivamente la reparación del daño que podría ocasionar la ejecución de la medida; por lo tanto ésta queda bajo la responsabilidad de la parte que la solicita, debiendo la misma abarcar todos los posibles daños, perjuicios y costas

que del proceso pudieran resultar. Así lo establece el Código Procesal de la Nación en su art. 199²⁰.

Por ésta razón es que se requiere que sea cumplida de manera previa a la ejecución de la medida. Esto ha llevado a cierta parte de la doctrina a sostener que el mismo más que un requisito de fundabilidad constituiría una condición necesaria para su efectivización (Novellino, 1984).

El juez es el encargado de establecer el monto y la calidad de la caución, de acuerdo a la mayor o menor verosimilitud del derecho invocado y a las circunstancias del caso²¹. Si bien queda a la discrecionalidad se entiende que a mayor verosimilitud del derecho menor será la exigencia de la misma.

Existen diferentes clases de contracautelas:

1. Caución Real: implica afectar un bien o bienes, muebles o inmuebles, de propiedad del solicitante para responder por los daños que puede ocasionar.
2. Caución Juratoria: consiste en “la declaración bajo juramento del que la presta, haciéndose responsable de los daños y perjuicios que la medida precautoria pudiera ocasionar, si no resultare fundada” (Podetti, 1954, pág. 89)

En realidad este tipo de caución en la práctica pierde fuerza, ya que la responsabilidad existe independientemente de si se realiza o no. Por eso en la mayoría de los Códigos procesales del país no se hace referencia a éste requisito, aunque la jurisprudencia suele dejarlo reservado para los casos de máxima verosimilitud del derecho.

3. Caución Personal: es la garantía que presta un tercero con solvencia económica en favor del solicitante para responder por los daños que éste podría ocasionar.

²⁰ C.P.C.N: Art. 199: “La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 208...”

²¹ C.P.C.C.N, Art. 199: “...El juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso...”

De acuerdo a lo prescripto por el artículo 2013, inc. 8 del Código Civil ²² no es necesario la previa excusión del deudor principal para ir en contra de quien la presta. A pesar que mantiene ciertas diferencias con la fianza judicial regulada por el Código Civil, esto no impediría que se apliquen subsidiariamente las normas que regulan a este último, así el fiador no podrá quedar indefinidamente obligado y podrá pedir al tribunal la exoneración de la fianza cuando hayan transcurrido cinco años desde que la prestó.²³

Quedan exentos de prestar la correspondiente caución aquel que se haya acogido al beneficio de litigar sin gastos o el Estado Nacional, Provincial o Municipal.

D) Falta de identidad entre el objeto de la pretensión cautelar y la acción de fondo:

Este requisito, que ha sido introducido jurisprudencialmente en la causa “Camacho Acosta”²⁴, postula que el objeto de la pretensión cautelar debe ser distinto al de la pretensión que será objeto de la sentencia que se dicte en el proceso principal.

De ésta manera, según este principio, se logra evitar que el Juez al momento de resolver el pedido prejuzge²⁵ sobre el contenido de la sentencia que tendrá que dictar.

Esto llevó en la práctica a que muchos litigantes, para superar estos problemas, tengan que elaborar una pretensión principal distinta a los fines de obtener la cautelar. Por esta razón la Corte Suprema de Justicia delimito los alcances y revocó el fallo mencionado.

En su decisorio el Alto Tribunal puso de manifiesto que no se puede desatender del tratamiento de las alegaciones formuladas bajo pena de incurrir en prejuzgamiento debido a que en ciertas ocasiones hay fundamentos tanto de hecho como de derecho para expedirse sobre la

²² Código Civil de la Nación, Art. 2013: “No le es necesaria al acreedor la previa excusión en los casos siguientes:... 8° Si la fianza fuere judicial.”

²³ Código Civil de la Nación, Art. 2.025 “El fiador podrá pedir al deudor la exoneración de la fianza, cuando han pasado cinco años desde que la dio...”

²⁴ CNCiv. y Com. Fed., Sala J, “Camacho Acosta, Maximo c. Grafi Graf S.R.L y otros” (1997).

²⁵ C.P.C.C.N, Art. 17: “Serán causas legales de recusación:... 7) Haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado.”

pretensión formulada. Además sostienen que está en la esencia de estos institutos procesales proyectarse sobre el fondo mismo de la controversia y evitar la producción de perjuicios como consecuencia de la inactividad del magistrado tornándose imposible la reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia.²⁶

La ley 26.854 ha regulado de manera expresa éste requisito²⁷.

2.4 Responsabilidad de quien solicita la medida:

Las medidas cautelares, como instrumento jurídico que garantiza el resultado de un proceso, genera por un lado que el beneficiario vea asegurada su pretensión evitando que el tiempo produzca la frustración de su aparente derecho y que quién la sufra soporte los perjuicios que esta ocasiona.

Ahora bien, puede suceder que la sentencia termine haciendo lugar al planteo del accionante en cuyo caso el sacrificio impuesto por la medida habrá sido útil para asegurar el cumplimiento de la resolución final, pero también puede suceder que durante la ejecución de la misma se haya ocasionado un perjuicio más allá del que razonablemente debía ocasionar, es decir un daño resarcible.

Existen dos teorías acerca de la responsabilidad que le corresponde a quien solicita una medida cautelar:

- A) Objetiva: Esta corriente sostiene que toda medida de este tipo lleva implícita un riesgo inherente al estado de incertidumbre del derecho que da lugar al proveído de urgencia. Si posteriormente resulta que el derecho no existió la parte damnificada tendrá derecho a obtener un resarcimiento por los daños, no porque haya sido ilegítimamente decretada sino porque toda acción de este tipo dictada sobre la “apariencia” y no sobre la existencia comprobada del derecho lleva consigo un cierto margen de error que constituye el costo por la rapidez y debe soportarlo quien con esto se benefició. (Fedriani, 1998)

²⁶ C.S.J.N, “Camacho Acosta Maximiliano C/ Grafi Graf S.R.L y otros” (1997).

²⁷ Ley de medidas cautelares en la que es parte o interviene el Estado Nacional, Art. 3 inc. 4.

De acuerdo a esta teoría quien alega el daño le bastara con demostrar la inexistencia del derecho alegado por el accionante. En este sentido parece inclinarse el Código Procesal de Córdoba²⁸

B) *Subjetivas*: para que se configure responsabilidad del solicitante no basta con la circunstancia objetiva de la derrota sino que deben concurrir los extremos de la responsabilidad civil: dolo o culpa, el daño, la relación causal, o bien, el ejercicio abusivo del derecho en la obtención de la cautela.

Sin la presencia de los presupuestos, cabe suponer que el Magistrado acogió la medida en el entendimiento que ella era legítima.

La medida cautelar indebidamente trabada, a diferencia de lo que sucede en la tesis objetiva, requiere que se invoque y pruebe la conducta ilícita, siendo de aplicación los principios de responsabilidad consagrados en el Código Civil.

El Código Procesal de la Nación se enrola dentro de esta última teoría y recepta el principio del abuso o exceso del derecho, es decir que abarca tanto a quien la solicita no teniendo derecho como a aquel que, teniéndolo, lo ejerce de manera abusiva. Dicho principio está consagrado en el artículo 208²⁹

En cuanto a la medida trabada sin derecho, la mayor parte de la doctrina considera que debe concurrir un factor de atribución subjetivo, es decir dolo o culpa por parte del accionante, aun cuando la norma procesal solo exige que haya sido trabada sin derecho.

Esta corriente, también denominada civilista, entiende que las normas deben ser aplicadas en concordancia con las normas de fondo. En éste sentido la Corte Suprema sostuvo que “Ninguna disposición legal, ya sea sustancial o procesal, establece una responsabilidad sin culpa en el ámbito de las medidas cautelares trabadas sin derecho”³⁰

²⁸ Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, Art. 459: “El solicitante deberá prestar fianza u otra caución, según el caso, por las costas y daños y perjuicios, si resultare que el derecho que se pretende asegurar no existe...”

²⁹ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Art. 208: “Cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución la condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte la hubiere solicitado...”

³⁰ CSJN, “Giménez, Delfor A. c/ Prov. De Santiago de Estero”, 89(11), (1986).

En la otra postura se encuentran autores como Podetti, que sostienen un factor de atribución objetivo, al decir que: “entre quien usó en su beneficio de una medida cautelar, con la mejor buena fe del mundo, pero a la postre sin derecho, y quien la sufre, que en ninguna hipótesis pueda de ella obtener un beneficio, no parece dudoso a quién ha de cargarse con las consecuencias”. (Podetti, 1954, pág. 106)

En el supuesto de abuso del derecho por parte del requirente, se hace una clara remisión al artículo 1071 del Código Civil, el cual dispone “...La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Se ha dicho también que se podría la extender la responsabilidad al órgano judicial en el caso de aquellas medidas trabadas sin derecho, cuando éste debió analizar adecuadamente si estaban reunidas las condiciones de hecho y derecho para su verosimilitud. (Constantino, 1992)

En cuanto a la Legitimación activa para el ejercicio la acción, de la lectura del artículo parecería desprenderse que le corresponde únicamente a la parte que resultó afectada por la misma. Pero por aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil esta se hace extensible a todo aquel que acredite un daño sufrido por la medida, aun cuando no haya sido parte en el proceso.

En lo atinente al procedimiento por el cual tramita ésta acción, la norma establece que se formalizara por vía incidental o por juicio sumario a criterio del Juez. En ambos casos la competencia será del órgano jurisdiccional que intervino en el dictado de la medida.

2.5 Caducidad- Extinción:

Como se mencionó anteriormente el accionante puede solicitar la medida cautelar conjuntamente con la demanda o antes de deducida ésta, pero en este último caso la validez de la medida está sujeta a un límite temporal para interponer la demanda, transcurrido el cual la medida caduca.

El artículo 207 del Código procesal Nacional fija un plazo de diez días para presentar la demanda o para iniciar el procedimiento de mediación prejudicial obligatorio cuando la cautelar ha sido dictada previa a la interposición de la misma. Éste plazo comienza a correr desde que se hace efectiva la traba de la cautelar; así si se tratara de un embargo preventivo, que recae sobre un inmueble o mueble registrable, el tiempo se empieza a computar desde el momento de la inscripción en el registro correspondiente.

Una vez transcurrido el plazo mencionado, se establece específicamente que caduca de pleno derecho. En consecuencia no se requiere la petición de parte sino que se produce *ipso iure*, por el mero transcurso del tiempo, sin necesidad de declaración judicial.

A nivel Nacional, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el régimen de la Provincia de Córdoba³¹, la caducidad opera únicamente cuando la petición principal gira en torno a una Obligación Exigible.

Éste límite temporal encuentra su razón de ser, por un lado evitando que la misma subsista más allá de un tiempo razonable para que el peticionante interponga la correspondiente demanda, creándose una presunción de desinterés que se infiriere por la falta de actividad del beneficiario de la medida, y por otro en la necesidad de evitar los perjuicios que ésta pudiera ocasionar, que se utilice como una forma de ejercer presión sobre una de las partes. (Angelina Ferreyra de la Rúa, 2009)

A modo de sanción el artículo fija que las costas, daños y perjuicios estarán a cargo de aquel que hubiera obtenido la medida y lo imposibilita a pedir una nueva por la misma causa previo a la promoción del mismo, pudiendo hacerlo nuevamente una vez iniciado el proceso siempre que concurren los requisitos para su procedencia.

Además de la caducidad, las medidas cautelares se extinguen por la finalización del proceso con anterioridad a la sentencia, tal el caso de la conciliación o desistimiento; por sentencia

³¹ Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, Art. 465: “Si la medida cautelar se hubiere decretado antes de la demanda, el peticionante deberá promoverla dentro de los diez días posteriores a aquél en que la medida se trabó o desde que la obligación fuere exigible...”

definitiva que resuelve el fondo del asunto o por medio del recurso ante el Juez que la dictó o ante el tribunal superior que resuelve revocarla.

2.6 Recursos:

Tanto la resolución que admite la medida cautelar como aquella que la deniega puede ser atacada por medio de los recursos de reposición y de apelación. El primero se interpone dentro de los tres días de notificada la resolución y en caso que lo haga aquel que la sufre deberá correrse vista al beneficiario de la cautelar.

En el caso de la Apelación se puede interponer directamente ante la Cámara o en subsidio, debiendo presentarse dentro de los cinco días de notificada.

En ambos casos el recurso se concede con efecto devolutivo, es decir que no se suspende la ejecución de la cautelar. Esto se debe a la finalidad del instituto y a las razones de urgencia que lleva su dictado, tal como ha sido explicado a lo largo del capítulo.

La ley de medidas cautelares en la que es parte el Estado ha receptado como regla el efecto suspensivo cuando se trata de la suspensión de los efectos del acto³².

A) *Procedencia del Recurso Extraordinario Federal:*

Las decisiones que impliquen el dictado, la modificación o cancelación de una medida cautelar no son suficiente, en principio, para habilitar el recurso previsto en el Art. 14 de la ley 48³³.

En éste sentido la Corte ha sostenido que las decisiones relativas a las medidas cautelares no constituyen sentencias definitivas en los términos del artículo mencionado, más si con ello no se causa un perjuicio de imposible reparación

³² Ley de medidas cautelares en la que es parte o interviene el Estado Nacional, Art. 13 inc. 3°.

³³ Ley 48, Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales, Art. 14: “Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:...”

ulterior³⁴. Se apoya en el carácter típicamente instrumental de la medida, la cual cobra consistencia cuando se juzga el mérito respecto de la pretensión principal.

Sin desconocer dicho principio el mismo órgano admitió la procedencia del recurso, asimilando a sentencia definitiva la resolución que dispone la medida, cuando se puede llegar a producir un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior³⁵. Asimismo se ha hecho lugar a esta excepción cuando la cuestión en debate excede del interés individual de las partes para afectar de manera directa en la comunidad.³⁶

3. El Proceso Poscautelar

Muchas de las situaciones que demandan una adecuada tutela desbordan los presupuestos clásicos contruidos por la doctrina cautelar y ponen en riesgo la protección del derecho que se esgrime violado.

Dentro de los procesos urgentes, es decir aquellos en donde existe una determinada situación que exige una rápida intervención y resolución judicial, la doctrina y jurisprudencia han sentado las bases para la creación de un nuevo proceso denominado *proceso poscautelar*. En él no se apunta al riesgo de la infructuosidad de la sentencia futura sino a evitar el daño vinculado a la duración del proceso, ya sea buscando la satisfacción del objeto en un momento distinto al tradicionalmente previsto o sin que se necesite entablar un proceso de conocimiento (Ferreyra de la Rúa, 2008). Dentro de éste proceso se encuentra la tutela anticipatoria y las medidas autosatisfactivas.

- A) La tutela anticipatoria: es aquella que tiende a obtener de manera anticipada el objeto de la pretensión que contiene la demanda. Se busca alcanzar durante la tramitación del proceso una anticipación de la probable resolución a dictarse; por esta razón se requiere un grado de certeza suficiente para el dictado favorable.

³⁴ C.S.J.N, “Rivas, Adolfo A. C/ Estado Nacional”, 97(22), (1987).

³⁵ C.S.J.N, “Carlés de Ahorro y Préstamo para la Vivienda S.A y Banco Comercial, Hipotecario y Edificadora de Córdoba S.A c/ Banco Central de la República Argentina”, 98 (27), (1989).

³⁶ C.S.J.N, “Firestone de Argentina S.A.I.C s/ recurso de apelación IVA- medida de no innovar”, 99(28), (1992).

Esta medida tuvo su recepción por medio de la Corte Suprema cuando, por la sola interposición de la demanda, mando a una empresa a pagar el importe equivalente a una prótesis del antebrazo que un obrero había perdido en ocasión de su trabajo.³⁷

A modo de ejemplo se puede mencionar la fijación de la cuota alimentaria durante el proceso de divorcio

Se diferencian de las medidas cautelares, en tanto éstas buscan conservar, “inmovilizar”, una situación de hecho, para impedir que los cambios que se puedan producir frustren más adelante el resultado del proceso principal, mientras que la tutela anticipatoria busca desde el principio un determinado cambio en la situación de hecho. (Angelina Ferreyra de la Rúa, 2009).

Además la tutela cautelar está sujeta al cumplimiento de requisitos propios.

B) Medidas Autosatisfactivas: han sido conceptualizadas como un “requerimiento urgente formulado ante al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior actuación principal para evitar su caducidad”. (Peyrano, 1998, pág. 968).

Si bien en la praxis judicial muchas veces se la considera como una cautelar, presenta diferencias importantes con esta última.

Al constituirse como un proceso autónomo no depende de otro, lo que provoca que la resolución que se dicte sea definitiva pero no invalida que pueda ser discutida a través de un proceso posterior. El proceso cautelar por su parte, es accesorio al trámite principal y por lo tanto es provisorio.

Otra diferencia es que las medidas autosatisfactivas, al agotarse con su despacho favorable, requiere algo más que la mera verosimilitud del derecho exigida para las cautelares, se va a exigir una fuerte probabilidad en lo pretendido.

³⁷ C.S.J.N, “Camacho Acosta Maximiliano C/ Grafi Graf S.R.L y otros”, (1997).

Capítulo II

La Ley 26.854 y su contexto

Sumario: 1.) Las medidas cautelares durante la emergencia económica
2.) El ciudadano frente a la Administración Pública
3.) La ley 26.854 y su contexto

1. Las medidas cautelares durante la emergencia económica

1.1 Desarrollo:

La crisis que azotó al país durante el año 2001 produjo grandes cambios, no solo a nivel socio-económico, sino también a nivel legislativo.

Calificada como de “emergencia pública” durante los años 2001- 2002 se dictaron una serie de decreto y leyes que tuvieron por finalidad atenuar las consecuencias de la crisis; para eso se afectó de manera directa la regulación de las medidas cautelares contra el Estado y las compañías financieras.

Desatada la crisis, el 1° de Noviembre el Poder Ejecutivo sancionó el decreto 1387/01, por medio del cual se agregó al Código Procesal de la Nación y al procedimiento de Justicia Nacional del Trabajo el art. 195 bis y 62 bis respectivamente. En él se preveía un recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una especie de per saltum, para aquellos casos donde se dictaren medidas cautelares que de manera directa o indirecta pudieran afectar, obstaculizar o perturbar el desenvolvimiento de alguna actividad estatal considerada como esencial. La sola presentación tenía por efecto la suspensión de la medida.

El 6 de Enero del 2002, se sancionó la Ley 25.561 que declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria.

Al primer decreto mencionado le siguió el 214/02 que suspendió por un plazo de ciento ochenta días los procesos judiciales y el cumplimiento de las medidas cautelares en los procesos judiciales que se demandaba al Estado Nacional o a las entidades del sistema financiero por deudas, obligaciones, créditos, depósitos o reprogramaciones financieras

El mismo decreto suspendió la ejecución de las sentencias dictadas contra el Estado Nacional, Provincial o Municipal y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Quedaban exceptuadas de este régimen aquellos supuestos en donde estaba en riesgo la vida, salud o integridad física de las personas.

Las razones que llevaron a esta restricción fueron expuestas en el Decreto 320/02; fruto de la profunda crisis el Estado se había enfrentado a las dificultades de repago, como por la

incobrabilidad de los préstamos otorgados y a la masiva afluencia, en forma generalizada, de los ahorristas para recuperar sus ahorros. Como consecuencia de esas restricciones a la disponibilidad de los depósitos, y otras imposiciones bancarias, el Fuero Contencioso Administrativo de la Capital Federal recibía alrededor de Mil Quinientos juicios diarios.

Ante esta situación, y para evitar profundizar la gravedad de la situación, que podía llevar a límites de insostenibilidad, derivando en inevitables perjuicios para el conjunto de la sociedad, se buscó que las medidas cautelares continúen afectando los recursos líquidos del sistema financiero. Mediante dicho decreto se limitó la suspensión únicamente a las medidas cautelares y a las sentencias.

Cerca del vencimiento del plazo impuesto por el Decreto 214/02 se prorrogó el cumplimiento y ejecución de las medidas cautelares y sentencias por ciento veinte días.

Por último con el dictado de la ley 25.587 se reguló las medidas cautelares en los procesos que se demandaba al Estado en razón de la ley 25.561 y hasta tanto subsistiera la situación de emergencia pública. En estos procesos se admitía únicamente la medida de no innovar, cuando existía el riesgo de que si se mantenía o alteraba la situación de hecho o derecho se pudiera interferir en la sentencia o convertir la ejecución en imposible o ineficaz.

Si bien esta norma nada agregaba a la regulada por el artículo 230 del Código Procesal de la Nación se exigía de manera expresa que el objeto de la cautelar no podía ser idéntico al del solicitado en la pretensión ni tampoco podía consistir en la entrega de bienes. Quedaban exceptuados aquellos supuestos donde existían razones suficientes que pudieran poner en riesgo la vida, la salud, o la integridad física de las personas, o cuando el reclamante sea una persona de setenta y cinco (75) o más años de edad.

En cuanto a la vía recursiva se reglamentó un recurso de apelación ante el tribunal de alzada con efecto suspensivo, salvo los supuestos de excepción mencionados supra.

Durante el transcurso del año 2002 la Argentina se encontraba atravesando una de las peores crisis económicas, sociales y políticas de su historia. En su intento por frenar las consecuencias el Estado limitó las medidas cautelares a través de la normativa mencionada;

sin embargo no terminó por dar el resultado esperado y sufrió una sucesión de declaraciones de inconstitucionalidad, a la vez que desnaturalizo el instituto³⁸.

2. El Ciudadano frente a la Administración Pública

2.1. Introducción:

El estado Nacional adopta en su artículo primero el sistema Republicano³⁹; de acuerdo a éste el poder se divide en tres órganos diferentes a los cuales la Constitución le delega distintas atribuciones.

El Poder Ejecutivo, representado por la figura del Presidente de la Nación Argentina, es el encargado de la Administración Pública entendida ésta como “el conjunto de recursos humanos y materiales con que cuenta el Poder Ejecutivo para prestar los servicios públicos y cumplir con las funciones que tiene a su cargo” (Dromi, 1995, pág. 134)

Para llevar a cabo esas funciones ejerce, aunque no en forma totalmente exclusiva, lo que se denomina Función Administrativa. En el cumplimiento de la misma puede provocar algún daño al derecho del administrado, frente a esto el ciudadano cuenta con un procedimiento ante la misma administración y posteriormente una etapa judicial, la que se presenta como una forma de control de dicha actividad pero también como una forma de asegurar que se cumpla el principio de Legalidad, es decir que el Estado se someta al cumplimiento de las normas establecidas en el ordenamiento jurídico.

A esta vía se la conoce como el proceso Administrativo, entendido como el “medio instaurado para dar una satisfacción jurídica, con intervención de un órgano judicial y por aplicación de normas o principios de derecho administrativo, a las pretensiones de los afectados por la actividad Administrativa del Estado, o de los particulares que realizan esa actividad en remplazo de aquel” (Avalos, 2004, pág. 146).

³⁸ C.S.J.N “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo” (2002); “Grimberg Marcelo Pablo c/ PEN Dcto. 1570 s/ amparo ley 16986” (2002).

³⁹ Constitución Nacional, Art. 1: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución...”

2.2 El proceso Contencioso Administrativo. Normativa aplicable:

Al no existir a nivel federal un cuerpo normativo que sistematice todas las acciones judiciales en contra de la Administración pública el sujeto que inicia una acción de este tipo se encuentra frente a una serie de situaciones que podrían atentar contra el derecho de defensa ya que coexiste junto a la acción ordinaria, ante el juez de primera instancia, una serie de acciones especiales que transcurren ante diversos fueros y que regulan alguna materia donde interviene el Estado. Dentro de este último grupo se puede mencionar el recurso judicial contra actos administrativos de las universidades nacionales, ley 24.521⁴⁰.

La situación descrita no es menor ya que muchas veces no es optativo para el administrado optar por un camino o el otro sino que, en general, la existencia de un procedimiento especial desplaza a la acción ordinaria. (Avalos, 2004)

Como consecuencia de este vacío legislativo el contencioso administrativo se rige por la siguiente normativa:

a) *Ley de Demandas contra la Nación, N° 3952:*

Esta normativa, sancionada en el año 1900, mitigó en sus comienzos la necesidad de obtener la venia legislativa para demandar al Estado Nacional en aquellas cuestiones civiles a cambio que se efectuara el reclamo administrativo previo.

Entre los aspectos más importantes que regula se encuentra la atribución de la competencia a los tribunales federales para conocer en las causas civiles que se deduzcan contra el Estado siempre que se haya efectuado el reclamo mencionado y este fuera denegado. Otro aspecto sobresaliente es el carácter declarativo que le otorga a las sentencias condenatorias dictadas contra el Estado.

b) *Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, N° 19549:*

Esta ley, sancionada en 1972, se encarga de regular el procedimiento ante la Administración Pública Nacional; Sin embargo en su título IV, Impugnación judicial

⁴⁰ Ley Nacional de Educación Superior, N° 24.521, Art. 32: “Contra las resoluciones definitivas de las instituciones universitarias nacionales impugnadas con fundamento en la interpretación de las leyes de la Nación, los estatutos y demás normas internas, solo podrá interponerse recurso de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia en el lugar donde tiene su sede principal la institución universitaria.”

de actos administrativos, trata aquellas cuestiones propias del contencioso administrativo.

A lo largo de nueve artículos fija los requisitos para la interposición de la acción (plazo para iniciarla, agotamiento de la vía administrativa, legitimación), el amparo por mora de la Administración y el reclamo administrativo previo a la demanda judicial.

c) *Ley de Emergencia Económico- Financiera, N° 25.344:*

La ya mencionada ley 25.344, que declaró la emergencia pública durante la crisis del 2001, también se encargó de regular cuestiones relativas a los juicios contra el Estado. Incorporó a la ley de procedimiento Administrativo, con carácter permanente, el reclamo administrativo previo en aquellos casos donde corresponda, los supuestos donde queda exceptuado y el control de oficio por parte de los Jueces de los requisitos necesarios para habilitar la instancia judicial. También se contempla una vista al fiscal para que se expida acerca de la procedencia y competencia de la acción y la comunicación a la Procuración del Tesoro de la Nación.

d) *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:*

Si bien éste cuerpo normativo no hace referencia alguna al proceso contencioso administrativo su aplicación surge del artículo 319. Se establece que todas aquellas acciones que no tengan un trámite especial se rigen por el procedimiento establecido para los juicios ordinarios.

Es decir que en ausencia de una regulación específica se aplica de manera residual el trámite previsto para el proceso ordinario, por lo tanto sigue las etapas previstas para este tipo de juicios: demanda y ofrecimiento de prueba, contestación de la demanda y ofrecimiento de prueba, audiencia de conciliación prevista en el art. 360, diligenciamiento de pruebas, alegatos y sentencia.

3. Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública

3.1 La Reforma Judicial:

La ley 26.854 fue parte de una serie de iniciativas legislativas que el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la Nación a los fines de lo que se conoció como la *reforma judicial o democratización de la justicia*.

Éste proceso comenzó en el año 2012 cuando la Presidente de la Nación Argentina, Cristina Fernández de Kirchner, embistió fuertemente contra el Poder Judicial luego de que en Tucumán la Cámara Penal absolviera a los 13 imputados por el crimen de Marita Verón. En su crítica manifestó que **“Vamos a tener que poner en marcha, y creo que la sociedad lo reclama, y todos deberán entenderlo, una democratización del Poder Judicial, porque es en definitiva el Poder que decide sobre cosas, es el último eslabón en la decisión...”**⁴¹ Sostuvo que existía un divorcio entre la Justicia y lo que demandaba el pueblo.

La iniciativa se oficializó en un acto llevado a cabo el 9 de abril del 2013 en la Casa Rosada en donde la Jefa de Estado presentó el plan para la democratización, transparencia y agilización de la Justicia.

Estas propuestas incluían la reforma al Consejo de la Magistratura, el Ingreso democrático al Poder Judicial, al Ministerio Público Fiscal y de Defensa, la publicidad de los actos del Poder Judicial, la publicidad y acceso a las Declaraciones Juradas de funcionarios públicos, la creación de nuevas Cámaras de Casación y las Medidas Cautelares contra el Estado.

La reforma, según la iniciativa, se debía a la necesidad de modernizar el Poder Judicial a lo que demanda el siglo XXI, exigiendo un mayor conocimiento y democratización del mismo a los fines de otorgarle una mayor legitimidad. Se lo reconoce como el más importante de los poderes ya que es la última instancia donde se revisan los actos del Legislativo o del propio Ejecutivo, además de decidir sobre la vida y el patrimonio de todos los ciudadanos argentinos

⁴¹ Aldrey, F. (12/12/2012) La Presidenta pidió "democratizar la Justicia" tras el fallo por el caso Marita Verón. *La Prensa*. Recuperado el 14/04/2014 de <http://www.laprensa.com.ar/400151-La-Presidenta-pidio-democratizar-la-Justicia-tras-el-fallo-por-el-caso-Marita-Veron.note.aspx>.

En el proyecto enviado al Congreso el 8 de Abril del 2013 la Presidente se encarga de exponer en particular las razones que llevaron al dictado de ésta ley.

Se pone de resalto la inexistencia de un régimen orgánico que regule el proceso contencioso, debiendo aplicarse en defecto el cuerpo normativo establecido para las relaciones entre particulares. Al aplicarse dicha normativa, sostiene, se produce una paradoja porque a pesar de la autonomía con que cuenta el Derecho Administrativo en nuestra Nación, los requisitos de admisibilidad y procedencia de las cautelares se guían por las mismas normas que el proceso entre particulares, ignorándose de esa manera la preeminencia del interés público que rige en el ámbito de la Administración.

En esta línea se buscó un equilibrio entre las prerrogativas estatales y las garantías de los particulares, lo que dio por resultado el nuevo régimen de medidas cautelares. Se dotó de “previsibilidad procesal” a las partes, siguiendo, de acuerdo al Poder Ejecutivo, la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴² y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal han hecho en relación a los procesos contra el Estado y a la razonable armonización que debe existir entre los diversos intereses.

A través de ésta normativa se buscó no solo llenar una parte del vacío legislativo existente sino también atenuar aquellas consecuencias disvaliosas que se producen por la excesiva prolongación de las medidas cautelares y cuyo resultado negativo se proyecta directamente sobre los bienes y valores amparados por el interés público.

Cabe mencionar, más allá de lo expuesto, que esta ley nace en el marco de la disputa que mantuvo el Ejecutivo con el grupo Clarín⁴³ y en la cual éste obtuvo una prórroga de la cautelar que impedía la aplicación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

⁴² C.S.J.N “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A.-INC COMPETENCIA C/EN s/medida cautelar”. S.C. R.218, L.XLIV (2013).

⁴³ CNCiv. y Com. Fed. Sala 1, “Grupo Clarín S.A y otros S/ Medidas Cautelares”, Expte. N° 8836/2009, (4)8.

3.2 La Ley 26.854:

3.2.1 Ámbito de Aplicación- Método:

Se aplica en todas aquellas causas judiciales donde el Estado Nacional o sus entes descentralizados intervengan o actúen como parte, en contra de toda actuación u omisión de éste.

La ley regula aquellos supuestos en donde es el sujeto público quien sufre o solicita la medida, aunque únicamente dos artículos hacen referencia de manera clara e inequívoca a esta última situación. De esta manera se desprende que el resto del articulado obedece principalmente a las cautelares solicitadas en contra de éste.

A lo largo de sus veinte artículos la normativa se encarga de regular cuestiones tanto de procedimiento como sustanciales. En este último sentido “rompe” con el esquema cautelar clásico en materia contencioso-administrativa e incorpora nuevas medidas que van más allá de la suspensión de los efectos del acto.

Si bien establece una tutela cautelar específica, el artículo 18 de la ley deja abierta la posibilidad de aplicar el régimen establecido en el Código Procesal Civil en tanto no sea incompatible con lo prescripto en el nuevo régimen⁴⁴.

3.2.2 Juez Competente:

Al igual que lo establecido por el C.P.C.C.N la regla es que los jueces deben abstenerse de dictar medidas cautelares cuando la causa no sea de su competencia, siendo el momento de resolver ésta cuando deban expedirse sobre su competencia en caso que no lo hayan hecho antes.

⁴⁴ Ley 26.854, Art. 18: “Serán de aplicación al trámite de las medidas cautelares contra el Estado nacional o sus entes descentralizados, 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.”

En consecuencia, y tal como lo establece el código de procedimiento, el Juez con competencia para dictar una medida válida, es aquel que tiene poder de decisión sobre la pretensión principal.

Sin embargo la mencionada regla admite una excepción y es el caso de aquellas medidas que aún dictadas por el órgano jurisdiccional incompetente son eficaces cuando se trate de sectores socialmente vulnerables, se encontrare comprometida la vida digna conforme la establece la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o un derecho ambiental. Cualquiera de esta circunstancia deberá ser acreditada en el proceso.

Una vez ordenada se deberán remitir las actuaciones al Juez que resulte competente, quién luego de recibida se deberá expedir de oficio dentro de los cinco días acerca de la vigencia de la cautelar concedida.⁴⁵

Como puede observarse tanto en el código de procedimiento como en la nueva legislación la regla para el dictado de medidas por un juez incompetente es la misma, incluso coinciden en que ambas le otorgan eficacia a la ordenada por un juez que no la tiene. Sin embargo la restricción impuesta por la ley 26.854 se presenta como innecesaria en tanto quedan fuera derechos que pueden resultar dañados por la conducta estatal y producir un menoscabo al ciudadano hasta tanto se dirimía cual es el magistrado con competencia para entender en la causa principal.

Quienes defienden esta limitación sostienen que se trata del primer paso en pos de la jerarquización procesal en la protección de los derechos fundamentales; es consecuencia de un proceso político que ha puesto el acento en la protección de los sectores más vulnerables de la sociedad. A partir de la distinción entre los “grupos económicos” y los “grupos desventajados” esta nueva normativa pone el acento en estos últimos. (Cuesta, 2014)

Sin desconocer que existen ciertos grupos de la sociedad que requieren una mayor protección por parte del Estado, creo que lo más acertado hubiese sido legislar éste punto de la manera

⁴⁵ Ley de Medidas Cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional, Art. 2. Año 2013.

en que lo hace el código procesal, ya que al no crear una “categoría” de derechos protegidos, se permite abarcar todas aquellas situaciones donde el solicitante pueda verse afectado siempre que cumpla con los requisitos legales para el dictado de la tutela urgente.

a) Cuestiones de Competencia. La inhibitoria:

Una cuestión novedosa que se incorporó es que procede la vía inhibitoria en cuestiones de competencia entre jueces de una misma circunscripción judicial, modificando lo dispuesto por el código de procedimiento donde solo se habilita esta vía cuando hay un conflicto entre jueces de diferentes circunscripciones judiciales.⁴⁶ Entre las razones que llevaron a esta modificación se cuenta la necesidad de evitar lo que se conoce como *fórum shopping*, es decir que las partes mediante ciertas conductas procesales desvíen la competencia que correspondería a la Justicia Contenciosa Administrativa hacia el fuero Civil y Comercial.

Una vez desatado el conflicto entre un Juez del fuero Contencioso Administrativo y uno de otro fuero la cuestión será dirimida por la Cámara Contencioso Administrativo. Si se trata de un conflicto entre la Cámara Contencioso Administrativo y una Cámara o juez de otro fuero, la disputa será resuelta por la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal.

3.2.3 Oportunidad- Objeto de la pretensión:

El artículo tres de la ley 26.854 se encarga de regular lo relativo a la oportunidad para solicitar la medida, los requisitos que debe cumplir y las facultades que tiene el Juez para disponer de otra o modificarla.

En el primer párrafo se establece, de manera similar a lo que instituye el código procesal, que la medida puede ser solicitada previamente, de manera simultánea, o con posterioridad a la interposición de la pretensión principal.

⁴⁶ C.P.C.C.N, Art. 7: “Las cuestiones de competencia sólo podrán promoverse por vía de declinatoria, con excepción de las que se susciten entre jueces de distintas circunscripciones judiciales, en las que también procederá la inhibitoria.”

A continuación establece que se deberá indicar de manera clara y precisa: el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar; la medida requerida; el cumplimiento, en particular, de los requisitos que corresponden a cada medida; el perjuicio que se procura evitar y la actuación u omisión que lo produce. Le agrega, en comparación con el procedimiento nacional, los dos últimos requisitos mencionados.

Éste régimen, a diferencia del nacional, establece expresamente que la cautelar solicitada debe ser idónea para asegurar el objeto del proceso⁴⁷. Esto no es otra cosa que el cumplimiento del principio de adecuación, es decir que deberá ser apropiada a los fines que está llamada a satisfacer, en caso contrario devendría en irrazonable. (Stupenengo, 2013)

A través del tercer párrafo del artículo mencionado se faculta al Juez o Tribunal interviniente para disponer una medida distinta de la solicitada o limitarla, siempre que con esto se evite un perjuicio o gravamen innecesario al interés público. Para eso se tendrá en cuenta la naturaleza del derecho que se pretende proteger y el perjuicio que se procura evitar. En éste punto no se diferenció de lo regulado en el procedimiento nacional en donde el Juez, como se vio en el punto pertinente, también puede disponer de una medida distinta o limitarla para evitar un perjuicio o gravamen innecesario. Aunque tratándose de una legislación en donde está comprometida la actividad estatal el magistrado deberá valorar el interés público comprometido.

Por último se establece que la medida no podrá coincidir con el objeto de la pretensión principal. Si bien éste punto puede llegar a generar controversia, como se verá fue tachado de inconstitucional, la ley no hizo más que adoptar un requisito que había tenido construcción jurisprudencial (ver punto 2.3 del capítulo 1).

Como consecuencia de esta prohibición se descarta la procedencia de ciertos institutos de la tutela urgente como la tutela anticipatoria y las medidas autosatisfactivas. Estas medidas, como se vio han sido construidas, por su falta de regulación, en base al régimen de la tutela cautelar pero no hay que asimilarlas ya que presentan características que las hacen propias. A través de esto se buscó reconducir el instituto cautelar a su verdadera dimensión, a generar

⁴⁷ Ley 26.854. Art. 3 “...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.”

condiciones de certeza en la regulación procesal que asegure la garantía en juicio de las partes (Cuesta, 2014).

Más allá de eso, la Jurisprudencia ha considerado que ésta situación produce una limitación irrazonable a los jueces en su facultad para poder evaluar si en cada caso corresponde o no otorgarlas, deviniendo este inciso en inconstitucional. La aplicación dogmática de este principio debe ceder si en la práctica se deja desprotegido a quien acude a reivindicar su derecho, en caso contrario se estaría lesionando el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso formal y sustancial, en cuanto se desconocen las facultades ordenatorias e instructorias propias de la función judicial.⁴⁸

3.2.4 Informe previo:

Una vez solicitada la medida el Juez, previo a resolver sobre su procedencia, deberá requerir a la autoridad pública demandada para que dentro del plazo de cinco días produzca un informe a través del cual se expida acerca del interés público comprometido.

Éste nuevo elemento incorporado, que rompe con el principio básico según el cual las cautelares son dictadas sin contradictorio previo, es la oportunidad con la que cuenta el Estado para manifestarse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida y a la vez podrá acompañar la documental que considere pertinente. La ley no hace referencia a cómo debe seguir el proceso en caso que el Estado decida acompañar la prueba documental, sin embargo por aplicación del código procesal el mismo se regirá por el trámite previsto para los incidentes.

Además de lo mencionado será la oportunidad con la que cuente el Estado para expedirse acerca de la competencia del órgano interviniente, ya que en aquellos supuestos en donde la competencia es prorrogable si el sujeto público no la cuestiona posteriormente el Juez no podrá declararse incompetente de oficio.

El magistrado, si lo considera necesario, podrá darle intervención al Ministerio Público Fiscal.

⁴⁸ JuzCont. Adm. Federal, N° 6 “Javkin, Pablo c/ EN- PEN- Ley 26.855 s/ Proceso de Conocimiento” (2013).

Para atenuar esta circunstancia la ley habilita el dictado de medidas interinas siempre que existan causas graves y objetivamente impostergables que así lo justificaren, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción.

Estos requisitos fijados por ley se asemejan más a la noción de daño irreparable que al tradicional peligro en la demora. (Sosa, 2013)

En éste punto es importante destacar que tanto la doctrina como la jurisprudencia, previo a la ley, reconocían el dictado de una medida precautelar o subcautelar. Esta consistía en la suspensión de los efectos del acto mientras el juez analizaba y decidía acerca de la procedencia de la pretensión. (Basterra, 2013).

Las medidas precautelares tenían mayor acogida en el fuero Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, ya que el aquel código permite al Juez, de acuerdo a las circunstancias del caso, requerir un informe previo a la parte demandada, el cual debe ser contestado en el plazo de cinco días⁴⁹.

Retomando el análisis de la normativa, el plazo mencionado para la elaboración del informe no será aplicable cuando exista uno menor al estipulado. Por lo tanto cuando se lo solicite en juicios sumarísimos y de amparo el Estado cuenta con un plazo de tres días.

Por último se fija que este informe no será necesario cuando se trate de sectores socialmente vulnerables, se encontrare comprometida la vida digna conforme la establece la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o un derecho ambiental.

Esta bilateralización del proceso cautelar tuvo su antecedente, entre otros, en la causa Mendoza⁵⁰. En ella los actores solicitaron una serie de medidas en contra del Estado Nacional, la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires a raíz del incumplimiento en su deber de

⁴⁹ Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Art. 23 inc. 1°.

⁵⁰ C.S.J.N, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros” (2006).

preservación y protección ambiental de la cuenca Matanza Riachuelo. La Corte, previo a resolver sobre la procedencia o no, dio intervención a las partes demandas para luego decidir.

Como ya se explicó la razón por las que este tipo de medidas se dictan sin darle intervención a la parte contraria es para asegurar que el procedimiento se desenvuelva con urgencia y para impedir que la parte afectada pueda llevar a cabo actos que imposibiliten el cumplimiento de lo ordenado.

Siendo éste artículo uno de los más cuestionados su constitucionalidad también ha sido puesta en duda. Así se ha dicho que "... desconoce un principio inherente, que hace a la naturaleza propia de la figura cautelar, que deben ser decretadas "inaudita parte"; a través de esta normativa todo aquel que accione cautelarmente contra el Estado o sus entes se le impone una carga adicional, pero además de ello coloca a este en una posición ventajosa sobre cualquier otro litigante particular, al tomar conocimiento anticipado de las pretensiones y fundamentos del accionante... ello constituye un menoscabo a los derechos de los particulares quienes pese a encontrarse amparados por las garantías de los art. 16 y 18 de la Constitución Nacional se encuentran en una situación de desigualdad en las condiciones de acceso a la justicia..."⁵¹.

3.2.5 Vigencia temporal:

Sin dudas uno de los temas que más polémica generó esta normativa fue la regulación del tiempo por el cual se puede dictar una cautelar.

A diferencia de lo que ocurre con el procedimiento nacional, donde las medidas subsisten mientras se mantengan las circunstancias que la determinaron, en los procesos contra el Estado el Juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de seis meses y en los procedimientos de tipo sumarísimos o de amparo no podrá superar los tres meses.⁵² Hay que tener presente que se fija un plazo máximo pero no mínimo por lo cual este quedara a la discrecionalidad del Juez.

⁵¹ Juzg. Nac. de San Nicolás, N° 1 "De Felipe Ricardo c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad". 12(3), (2013).

⁵² Ley de Medidas Cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional, Art. 5.

Una vez transcurrido el plazo fijado, a petición de parte, el tribunal podrá prorrogar la medida por un plazo determinado que no exceda de seis meses. Se tendrá en cuenta el impulso procesal de la parte solicitante, la actitud dilatoria de quien la sufre y la adecuada valoración del interés público. La norma no aclara cuantas veces puede otorgarse dicha prórroga.

Quedan exceptuados de esta disposición los sectores socialmente vulnerables, cuando se encontrare comprometida la vida digna conforme la establece la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o un derecho ambiental.

En cuanto a la medida dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa la misma se extiende hasta la notificación del acto, salvo que durante el agotamiento hubiese sido dispuesta judicialmente en cuyo caso caduca automáticamente a los diez días de la notificación del acto que agota la vía administrativa.

Ahora bien, cabe preguntarse si el plazo establecido por la normativa es razonable. Si bien resulta difícil conceptualizar que se entiende por razonable puede decirse que “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...” (Bidart Campos, 1972, pág. 201)

La tutela cautelar, como ya se vio, constituyen el instrumento jurídico idóneo con que cuenta el accionante para evitar que su derecho, durante el desarrollo del proceso, pueda verse frustrado ya sea por el transcurso del tiempo que demanda todo litigio o por el accionar del contrario. Lo que hace esta ley, al regular expresamente en un tiempo escueto y general, es prescindir del peligro que motiva cada dictado en particular. Se presenta, cuanto menos, arbitrario estipular de manera terminante lo que es un plazo razonable.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que la razonabilidad de la duración del proceso, y por consiguiente de las medidas cautelares que tienden a asegurar su resultado, depende de varios factores y varían en cada caso. Entre estos podemos mencionar: la complejidad del caso, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades y la afectación generada en la situación jurídica de los interesados⁵³.

⁵³ Corte I.D.H., Sentencia Furlan y Familiares, sentencia del 31 de Agosto de 2012, caso N° 12.539.

En este punto es importante detenerse en la disputa que mantuvo el Grupo Clarín con el Estado Nacional, en donde aún antes de la entrada en vigencia de la normativa se le aplicó un plazo a las cautelares⁵⁴.

El Grupo Clarín junto a Arte Radiotelevisión Argentino, Multicanal S.A, Cablevisión S.A, Teledigital Cable S.A y Radio Mitre S.A solicitaron el dictado de una medida de no innovar para que se ordene la suspensión de la aplicación de los artículos 41, Transferencias de las Licencias y 161, Plazo para la Adecuación, de la Ley 26.522, popularmente conocida como Ley de Medios.

En primera instancia se concluyó que dicha normativa afectaba derechos de libertad de expresión e información, de propiedad, de comerciar y derechos adquiridos, entre otros, a la vez que el plazo que fijaba para la adecuación, de un año, era efímero y sorpresivo. Por esa razón se impuso la suspensión de los artículos mencionados por un plazo de treinta y seis meses. Posteriormente la Cámara Nacional de Apelaciones Federal confirmaría el mencionado pronunciamiento.

Finalmente la Corte terminaría confirmando el plazo dado 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 ”

Lo interesante de este fallo, y que sirve destacar, es que la Corte entendió que la razonabilidad del plazo dependía de la complejidad del caso y la materia debatida; en otras palabras, analizó el caso en concreto a diferencia de lo que ocurre con la nueva normativa donde se prescindieron de las circunstancias en particular y fija uno general.

En definitiva, la ley incorporó una cuestión que ya venía teniendo recepción en la Jurisprudencia, sin embargo no siguió los criterios fijados por ésta. En efecto la prolongación indefinida de las medidas constituye una desviación del objetivo perseguido por éstas pudiendo anticipar la solución de fondo y no asegurando el cumplimiento de un pronunciamiento favorable perdiendo a su vez su carácter de provisionalidad, sin embargo no es algo que pueda analizarse en abstracto debiendo incorporarse la dimensión temporal a

⁵⁴ C.S.J.N “Grupo Clarín S.A y otros s/ medidas cautelares” (2012).

las circunstancias de cada caso, por imperio del mandato constitucional de afianzar la justicia.⁵⁵

3.2.6 Provisionalidad- Mutabilidad:

En estos dos puntos la ley no se alejó de lo normado por el código de procedimiento.

En relación a su provisionalidad la diferencia, lógica por cierto, está en que al otorgársele un plazo estas duran hasta el tiempo previsto por el juez. También se podrá requerir su levantamiento cuando las circunstancias que llevaron a su dictado cesan o se modifican.

En cuanto a la modificación está dispuesta tanto para el beneficiario como para quien la sufre. En el primer caso se podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución siempre que se justifique que ésta no cumple con la finalidad a la que está destinada. En relación al destinatario podrá solicitar una que le resulte menos gravosa siempre que garantice el derecho de quien la obtuvo.

El juez, previo a resolver, le correrá traslado a la parte contraria por el plazo de cinco días en caso del procedimiento ordinario y tres cuando se trate de procesos sumarísimos o de juicios de amparo.

3.2.7 Caducidad:

Cuando se habla de éste instituto siempre se hace referencia a aquellas cautelares que han sido obtenidas de manera previa a la interposición de la demanda.

Si se trata de una medida ordenada encontrándose agotada la vía administrativa el plazo para interponer la demanda es de diez días contados a partir de la efectivización. En caso que no se hiciere caduca de pleno derecho.

Si hubiese sido dispuesta judicialmente durante el agotamiento de la vía caduca *ipso iure* a los diez días de la notificación del acto que agota la vía administrativa.

⁵⁵ C.S.J.N “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A c/ E.N s/ inc. Incompetencia” (2011).

En cuanto a la responsabilidad y costas se reproduce de manera casi literal lo dispuesto por el código de rito nacional.

3.2.8 Afectación de los recursos del Estado:

Si bien este artículo reproduce lo que ya dispone el código de procedimiento hay que tener presente que se incorporó a este último por medio de la ley 25.453⁵⁶, sancionada en el año 2001 en el contexto de la crisis económica que padeció el país.

La ley de medidas cautelares establece que “Los jueces no podrán decretar ninguna medida que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios carga personales pecuniarias”⁵⁷.

En la práctica esta norma lleva a otorgarle un campo de acción sumamente restringido a las medidas en tanto la mayor parte de estas medidas afectan de un modo u otro recursos o bienes del Estado, tal como sucede en las causas tributarias.

Esto llevó a que parte de la Jurisprudencia declarar su inconstitucionalidad, en el entendimiento que no puede ser aplicado de manera absoluta en tanto existen una amplia gama de pretensiones que en cada caso debe probar la afectación. En cuanto a la prohibición de imponer a los funcionarios cargas pecuniarias se entendió que era una forma de coartar el principio de *imperium* del Poder Judicial que le impide hacer valer sus mandas judiciales otorgando un “bill” de impunidad a funcionarios.⁵⁸

El argumento oficial se apoya en la idea que el Estado no puede ser declarado en quiebra, no puede ser insolvente por tal en razón en caso de que este cometiendo algún acto en perjuicio de un tercero, éste podrá reclamar la indemnización correspondiente.

⁵⁶ Ley 25.453, “Ley de Equilibrio Fiscal” 31/07/2001.

⁵⁷ Ley de Medidas Cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional, Art. 5.

⁵⁸ Juzg. Nac. de San Nicolás, N° 1 “De Felipe Ricardo c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (2013).

3.2.9 Contracautela:

Como condición para que la medida tenga eficacia práctica el solicitante debe otorgar caución real o personal para responder por los eventuales daños y perjuicios que ésta pudiera ocasionar. En el caso de la caución juratoria solo queda reservada para los supuestos donde intervengan sectores socialmente vulnerables, se encontrare comprometida la vida digna conforme la establece la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o un derecho ambiental.

A su vez el Estado Nacional o las entidades descentralizadas están exentas de prestar contracautela, por lo tanto la facultad para pedir la mejora está reservada únicamente para este sujeto ya que al estar eximido su adversario no podrá hacer uso de esta facultad.

La ley también exime a quien actúa con el beneficio de litigar sin gastos.

Capítulo III

Las medidas en particular

Sumario: 1.) La suspensión de los efectos del Acto Administrativo

2.) La medida de no innovar

3.) La medida positiva

4.) Procesos excluidos

1. Suspensión de los efectos del acto

1.1 Generalidades:

La 26.854 tipifica tres medidas contra el Estado Nacional: la prohibición de innovar, en contra de la actividad material del sujeto público sin acto formal que la respalde o con acto formal pero suspendido (vías de hecho de la administración); la medida positiva, en contra de la actividad material o formal del Estado (la autoridad se abstiene de hacer lo que tiene que hacer según lo establece una norma jurídica preexistente) y la suspensión de los efectos del Acto Administrativo, que procede contra la actividad formal del Estado. (Sosa, 2013)

La suspensión se presenta como la tutela cautelar típica en materia contencioso administrativo; en efecto, constituyó el primer gran avance del derecho procesal administrativo.

Esta medida consiste en la interrupción temporaria y absoluta o relativa de la ejecución del acto. Si bien la fuerza ejecutoria con la que cuenta el acto faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus medios nada impide que el administrado, o el propio sujeto público de oficio, pida la suspensión de los efectos.

Se presenta como la medida idónea para que el accionante limite los perjuicios que el acto le produce mientras se encuentra vigente y hasta tanto se resuelva la cuestión principal, más teniendo en cuenta que los recursos que éste puede interponer no suspenden la ejecución.⁵⁹

Hasta la sanción de la ley 25.854 ésta medida, y ante la falta de codificación del proceso, encontraba su fundamento en la aplicación extensiva del artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo o por aplicación análoga del art. 230 del C.P.C.CN

- a) *Como medida cautelar con fundamento en el artículo 12 de la ley 19.549:* Si bien la aplicación de ésta norma procede a nivel administrativo cierta parte de la jurisprudencia⁶⁰ y de la doctrina entendían que no existía impedimentos para, en igual condiciones, aplicarla en sede judicial. (Gambier, 1993). Para esto se debía demostrar

⁵⁹ Art. 12, Ley Nacional de Procedimiento Administrativo.

⁶⁰ Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala 1° “Exxon Chemical Argentina SA c/ Dirección General Impositiva” (1995).

uno de los siguientes supuestos: 1) Nulidad absoluta, 2) La existencia de un perjuicio grave al particular: en éste caso no hacía falta demostrar la irreparabilidad sino la dificultad que podía existir para recomponer las cosas a su estado anterior o que no pueda ser satisfecho adecuadamente mediante una indemnización 3) Por razones de interés público: debía demostrarse en el caso concreto las razones que justificaban las medidas.

- b) *Como medida cautelar con fundamento en el art. 203 del C.P.C.C.N:* la ausencia de un código que regule la materia contencioso administrativa a nivel nacional condujo tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a aplicar por analogía la medida de no innovar para obtener la suspensión del acto. El código, a través del art. 230, se encarga de regular ésta medida y fija los requisitos de procedencia. Así se podrá decretar siempre que: 1) El derecho fuere verosímil. 2) Existiere el peligro que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 3) La cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria.

A su vez la Jurisprudencia le agregaba la condición de que la medida no afectara el interés público y se completaba con el cumplimiento de los denominados requisitos de fundabilidad

La aplicación análoga de éste tipo de medida en la práctica presentaba dificultades que podía llegar a obstaculizar su procedencia ya que mediante la prohibición se busca no modificar una situación de hecho existente mientras que el administrado busca evitar que el acto, que ya está cumpliendo sus efectos, deje de hacerlo.

- c) *Como cautelar dentro de la ley de amparo:* para que proceda la suspensión el actor debe demostrar la concurrencia de requisitos tantos positivos como negativos. En el primer grupo se encuentra: la existencia de una lesión restricción o amenaza a un derecho o garantía constitucional, que dicha lesión, restricción o amenaza opere en forma actual o inminente y que adolezca de gravedad o arbitrariedad manifiesta. Entre los negativos se cuentan: la inexistencia de recursos administrativos o judiciales que permitan obtener la protección de los derechos o garantías constitucionales, que el acto impugnado no emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la Ley N° 16970 y que la intervención judicial no

comprometa directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado.⁶¹

1.2 La vía administrativa previa:

Previo a la sanción de la nueva normativa, la práctica judicial admitía las denominadas medidas cautelares autónomas. Propias de la materia contencioso administrativo éstas tenían lugar cuando el administrado recurría un acto en sede administrativa y solicitaba al órgano correspondiente que se deje sin efecto el acto recurrido.

Frente a ésta situación la Administración, en la mayoría de los casos, elegía guardar silencio. Ello obligaba al administrado a recurrir ante la justicia para que sea ésta quien suspenda los efectos del acto recurrido en sede administrativa. (Basterra, 2013)

En la práctica la aplicación de ésta medida generaba ciertos interrogantes, tales como si era necesario promover la demanda dentro de los diez días de decretada la medida bajo pena de declararse la caducidad de pleno derecho⁶².

La jurisprudencia mayoritaria era coincidente en sostener que el plazo referido comenzaba a contar desde que quedaba expedita la vía judicial.⁶³

Otra cuestión discutida tenía que ver con que si era necesario solicitar la medida en sede administrativa previo a requerirla judicialmente.

Para Cassagne esta exigencia configuraba un requisito inútil en tanto la Administración nunca resolvía suspender un acto. Además esto prolongaba innecesariamente el inicio del proceso cautelar y por ende el acceso a la justicia (Cassagne, 2003).

Esta cuestión quedo zanjada con el dictado de la nueva normativa, ya que a partir de la misma se acepta la posibilidad de solicitarla judicialmente⁶⁴.

⁶¹ Ley 16.986, Art. 1 y 2.

⁶² Código Procesal Civil y Comercial Nacional, Art. 207.

⁶³ Cam. Nac. Cont Adm. C.A.B.A, Sala IV “Hisisa Argentina SAICIF c/ Banco Central de la República Argentina” (1994).

⁶⁴ Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional, Art. 13, inc. 2.

Para que ello proceda es necesario que el administrado, que aún se encuentra dentro de la órbita de la administración, la requiera ante este último sujeto. En caso de negativa, o que hayan transcurrido cinco días desde la presentación sin que haya obtenido respuesta, el accionante se encuentra habilitado para solicitarla ante la Justicia. Éste pedido se admite tanto para un acto de alcance general o particular como para un reglamento, debiendo cumplir con los requisitos que la propia ley fija.

Conviene recordar que el artículo 8 de la ley establece que la caducidad de las medidas dictadas judicialmente durante el transcurso del agotamiento de la vía administrativa se produce a los diez días de la notificación del acto que agota la vía.

Al fijar el plazo de caducidad para interponer la demanda, la normativa altera sensiblemente el término previsto en el art. 25 de la ley 19.549. Según ésta normativa el accionante cuenta con un plazo de 90 días hábiles judiciales para iniciar la correspondiente acción judicial, sin embargo para evitar la pérdida de la medida obtenida deberá iniciarla en el tiempo fijado en la nueva legislación.

1.3 Requisitos de procedencia:

La suspensión procede respecto de un acto de alcance general o particular, de un reglamento o bien de una ley, por lo tanto toda aquella actividad formal del sujeto público que quede fuera de este artículo, por ejemplo los contratos administrativos, se continúa rigiendo por la aplicación análoga de las disposiciones contenidas en el código de proceso nacional.

Para que ésta medida cautelar proceda el solicitante deberá demostrar:

- a) *La acreditación sumaria que el cumplimiento o la ejecución del acto o la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior:*

La gravedad del daño deberá ser apreciada en cada caso en concreto, según las circunstancias que lo rodean.

La irreparabilidad hace referencia a que una vez consumado el daño no podrá ser restituido en especie aunque pueda ser sustituido por una reparación en especie.

- b) *La verosimilitud del derecho invocado:*

En relación a este requisito basta con aplicar los principios generales de la materia.

- c) *La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios graves al respecto:*

Como ya se explicó en el punto 2.3. a) del capítulo 1 el Acto Administrativo se presume que ha sido dictado conforme a derecho, en concordancia con el ordenamiento jurídico. De esta manera las medidas cautelares en contra de los actos, en principio, no proceden. Salvo que el accionante lo impugne sobre bases *prima facie* verosímiles⁶⁵.

El peticionante tendrá la carga de demostrar la antijuridicidad del acto impugnado.

d) *La no afectación del interés público:*

El concepto de interés público nace con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en el seno de la Revolución Francesa de 1789, reemplazando la noción de bien común, de raíz netamente aristotélica- tomista.

La Corte Suprema de Justicia ha entendido que es todo aquel que está presente en la actividad humana que le es útil a la sociedad⁶⁶ y si bien resulta difícil conceptualizarlo queda fuera todo aquello que es materia de litigios entre particulares en lo que no hay involucrado más que interés privado⁶⁷. Es decir que bien podría definirse como todo aquello que no sea de interés privado, sin embargo tampoco hay que confundirlo con aquel que persigue la propia Administración ya que no siempre representa al interés de la comunidad.

El contenido del interés no es fijo ni invariable sino que depende de las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales de un país o lugar determinado; se constituye como un bien o cosa que es perceptible para cualquier elemento de la sociedad. Según Fedriani éste debería buscarse en el Preámbulo de nuestra Constitución en tanto en ella se encuentran descriptos los grandes objetivos perseguidos por todos y cada uno, o al menos por la gran mayoría, de los componentes de la sociedad. Ellos son: Constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer la defensa común y asegurar los beneficios de la libertad. (Fedriani, 1998)

⁶⁵ C.S.J.N, “Líneas de Transmisión del Litoral S.A (LITSA) c/ Provincia de Corrientes s/ acción declarativa”, 90 (3), (1995).

⁶⁶ C.S.J.N, “C.A.V.I.C. c/ Juan Maurín y Cía. S.R.L” (1971).

⁶⁷ C.S.J.N, “Di Tella Limitada S.A. c/ Eloybrondo, Damián” (1948).

Previo a la sanción de la ley, si bien este requisito no se fundaba en norma alguna, un amplio sector de la jurisprudencia⁶⁸ restringía la tutela cautelar sosteniendo que resultaba necesario resguardar el interés público comprometido en el acto.

Tanto para la suspensión del acto como para la medida de no innovar y positiva la ley contempla el cumplimiento de un requisito negativo: para que proceda ésta no debe afectar el interés público. Sin embargo la normativa al regular la primera de las mencionadas hace referencia a la no afectación *del* interés público mientras que en las restantes dice la no afectación de *un* interés público.

En el primer caso para que sea improcedente no basta con pretextar que afecta “un” interés indeterminado sino “el” interés público que reclama la ejecución inmediata del acto, o sea, el interés que la ejecución del acto está llamado a satisfacer (Sosa, 2013).

- e) *La suspensión judicial de los efectos o de la norma no debe producir efectos jurídicos o materiales irreversibles:*

La afectación será irreversible en la medida en que no se deje vivo, en todo o parte, el interés público defendido por el Estado una vez concluida la tutela cautelar; es decir, no existe la posibilidad de seguir protegiéndolo.

Conviene distinguir la irreversibilidad de la irreparabilidad. En el primero de los supuestos se apunta a examinar si el interés público puede ser protegido una vez extinguida la tutela cautelar, mientras que en la otra situación busca determinar si es posible restituir en especie la falta de protección del interés durante la vigencia de la medida. Es decir que será reversible si una vez cesada la tutela se puede restituir la situación de desprotección que sufrió el interés público durante la vigencia por más que sea irreparable, ya que no puede restañarse en especie el interés que fue afectado durante la vigencia de la cautelar. (Sosa, 2013)

⁶⁸ CNac.Cont. Adm. Fed., Sala IV, “Banco Comercial del Norte S.A. y otro c/ B.C.R.A. s/ apelación” (1992).

1.4 Requisitos en las medidas solicitadas por el Estado:

El artículo 16 de la ley se encarga de fijar cuales son los requisitos que deben cumplir el Estado o sus entes descentralizados para solicitar la tutela cautelar en cualquier clase de proceso.

Así se deberá demostrar: la existencia de un riesgo cierto e inminente de sufrir un perjuicio sobre el interés público, el patrimonio estatal u otro derecho; se pruebe la verosimilitud del derecho y la ilegitimidad alegada; idoneidad y la necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.

1.5 La vía recursiva:

En contra de la providencia que suspende los efectos de un acto estatal procede el recurso de reposición, la reposición con apelación en subsidio y la apelación directa⁶⁹. En éste sentido la nueva normativa no se apartó de los recursos que eran susceptibles de ser entablados en contra de la providencia que hacia lugar a la medida previo a su sanción.

Sin embargo al momento de regular lo referido al efecto del recurso de apelación, la ley 26.854 se ha apartado ostensiblemente; el segundo párrafo del artículo catorce, en su inciso tercero, postula que la apelación interpuesta en contra de la providencia que suspende total o parcialmente los efectos de una disposición legal o de un reglamento tiene efecto suspensivo. El artículo solo hace referencia a la apelación, por lo tanto no alcanza al recurso de reposición.

No solo agrava el efecto que se le da al recurso sino el momento en que éste se produce ya que si el Estado decide apelar la resolución que hace lugar a la tutela la sola interposición hace que el acto involucrado no produzca los efectos que está llamado a producir; así lo dispone el mencionado artículo: “El recurso de apelación interpuesto en contra la providencia

⁶⁹ Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional, Art. 13, 3° párrafo 1°.

cautelar... tendrá efecto suspensivo...”⁷⁰. Las leyes que otorgan el mismo efecto suelen conferir eficacia cuando el mismo es concedido, no al momento de su deducción⁷¹.

De todas maneras éste efecto no procede en todos los supuestos en donde se concede la suspensión. El primer límite surge del propio artículo en tanto éste dispone que debe tratarse de un acto que se funde en una *disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico*.

Si bien el término disposición legal, debido a su vaguedad, puede dar lugar a una interpretación que incluya no solo a la ley entendida en sentido formal sino también en un sentido material, de una interpretación hermenéutica ajustada al sentido de sus términos, a la voluntad del legislador y a los fines de su texto, se incluyó solamente a aquellas que dicta el Congreso Nacional de conformidad con el procedimiento establecido por la Constitución. En el caso de los reglamentos, al fijar como requisito que sea del “mismo rango jerárquico”, hace referencia a los de necesidad y urgencia o a los delegados. (Stupenengo, 2013)

En consecuencia quedan fuera del alcance del efecto los actos de alcance general o individual que se dicten en ejercicio de la función administrativa o los que correspondan al acto jurisdiccional de la Administración.

El otro límite también se desprende de la propia normativa y es el supuesto en donde se encontrare comprometida la vida digna, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria, un derecho ambiental o fuera un sector socialmente vulnerable.

Nada obstaría a que el beneficiario de la medida solicite la declaración de inconstitucionalidad del efecto suspensivo en tanto éste pueda poner en riesgo la efectividad de la tutela en el caso concreto. Para ello deberá solicitarla en el escrito donde se pide la medida cautelar ya que posteriormente será tarde en tanto la sola interposición del recurso suspende la medida (Stupenengo, 2013).

⁷⁰ Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional, Art. 13, 3° párrafo 2° párrafo.

⁷¹ C.P.C.C.N, Art. 498: “Trámite.- En los casos en que se promoviese juicio sumarísimo... 4)... La apelación se concederá en relación, en efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable en cuyo caso se otorgará en efecto suspensivo.”

Lo referido al plazo, la forma de presentación y el trámite, ante la ausencia de regulación específica, se rige por lo dispuesto en el código de procedimiento nacional.

Por último, la ley 26.853, que integró la denominada *democratización de la justicia*, incorporó al código procesal civil el artículo 288; dicha normativa crea un recurso de casación en contra de las resoluciones que deciden la suspensión de los efectos de los actos estatales u otra medida cautelar frente a alguna autoridad pública⁷².

El recurso deberá ser deducido ante el tribunal que dictó la medida en el plazo de diez días y por las causales que la propia ley establece⁷³. Una vez concedido es resultado por la Cámara Federal de Casación, en caso que el tribunal no lo conceda la parte agraviada podrá recurrir en queja ante la Cámara.

1.5 Levantamiento de la medida:

El Inciso cuatro del artículo que regula todo lo referido a la medida hasta aquí desarrollada faculta al Estado Nacional a solicitar el levantamiento de la suspensión cuando invoque y pruebe la concurrencias de causas que provoquen un grave daño al interés público. El Juez previo a resolver debe correrle traslado a la contraparte por el término de cinco días.⁷⁴

Cuando se hiciere lugar al pedido, la entidad pública será quien asuma la responsabilidad por los perjuicios que ocasione la ejecución.

Se podrá solicitar durante cualquier etapa del proceso y seguirá el procedimiento establecido para los incidentes.

⁷² Ley 26.853, Art. 11.

⁷³ C.P.C.C.N 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.”

⁷⁴ Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional, Art. 13. Inc. 4°.

2. Medida Positiva

2.1 Generalidades:

Las medidas positivas no se encuentran expresamente reguladas en el código procesal pero caen dentro del campo de las medidas cautelares genéricas que consagra el art. 232⁷⁵.

Éstas medidas, de nacimiento pretoriano, vinieron a dar respuesta a aquellos requerimientos en donde la prohibición de no innovar resultaba insuficiente en tanto el acto ya se encontraba concluido por lo que carecía de sentido prohibir lo ya realizado o por no existir efectos susceptibles de ser suspendidos. (Fedriani P. , 1998)

Dentro de la tutela positiva se encuentra la innovativa, que es aquella que tiende a modificar el estado de hecho o derecho existente antes de su petición, ordenado a quien la sufre que se abstenga de realizar una conducta contraria a derecho o retrotrayendo los efectos consumados de un proceso antijurídico. Autores como Fedriani sostienen que existe diferencias ya que la innovativa busca colocar al sujeto en la misma situación que se encontraba antes de la actuación de la Administración, mientras que la positiva aspira a colocar al sujeto en una situación nueva, distinta de la que gozaba antes del acto que la perjudicó. (Fedriani P. , 1998)

Más allá de lo expuesto considero que se trata de una misma forma de tutela cautelar ya que ambas ponen en cabeza del destinatario una obligación de hacer, debiendo observar una conducta activa.

Se diferencia de la medida de no innovar en tanto ésta última busca que una determinada situación no se modifique, que sea mantenida. Lo contrario sucede en la positiva, ya que busca modificar el estado fáctico o jurídico existente.

⁷⁵ C.P.C.C.N, Art. 232: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, 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 podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.”

2.2 Requisitos:

El artículo 14 de la ley de medidas cautelares contra la Administración se encarga de fijar los requisitos que deben concurrir para su dictado:

- a) *Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada:*

La presunción de legitimidad con la que cuenta el acto administrativo no se presenta cuando en lugar de éste hay una abstención del órgano público de no realizar algo que normativamente está obligado a hacer, por ejemplo no cumple con un acto administrativo firme.

Por esta razón el peticionante deberá demostrar de manera clara e incontestable el incumplimiento por parte del Estado de un deber jurídico que le imponía la realización de una conducta determinada en favor del sujeto.

- b) *Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva, exista:*

Cuando se trata de la suspensión de los efectos del acto o de la medida de no innovar el derecho invocado por el solicitante debe ser verosímil, sin embargo para tutela positiva la ley requiere algo más que la mera verosimilitud.

El inciso b demanda una fuerte posibilidad que la actuación exigida a la Administración exista, esto se debe a que alterar el estado de hecho o derecho al momento de su dictado lleva a que su admisión sea valorada con mayor prudencia.

- c) *Se acreditar sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior:*

Remisión al punto 1.3 a).

- d) *No afectación del interés público:*

Como se mencionó al tratar éste mismo requisito en la suspensión de los efectos del acto, la ley requiere que tanto para la medida positiva como para la de no innovar no se afecte **un** interés público.

Esto se explica porque no hay a la vista un interés cierto y determinado cuando se está frente a una vía de hecho o de una abstención del acto estatal debido. Es decir que no se advierte cuál es el interés público realizable por alguna de las conductas

mencionadas, ya que la entidad estatal al desplegar su conducta debe someterse al cumplimiento de lo que manda el ordenamiento jurídico. Nunca podrá satisfacerse a través de un acto ilegítimo por lo que en el supuesto caso de existir un interés público en la vía de hecho o en la abstención podría considerarse neutralizado por el principio que el Estado debe someter su actividad a derecho (Sosa, 2013)

e) *Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles:*

Remisión al punto 1.3 e).

El último párrafo del artículo fija el cumplimiento de los mismos requisitos cuando se trate de una medida de tipo innovativa no prevista en esta ley.

2.3 Vía recursiva:

La ley 26.854 solo regula la materia recursiva dentro de la suspensión de los efectos del acto, por lo tanto en las medidas positiva y de no innovar se aplica lo dispuesto por el código procesal civil nacional (remisión a punto 2.6 del capítulo 1).

3. Medida de no innovar

3.1 Generalidades:

La prohibición de innovar nace en el derecho romano; bajo el principio “*pendente litis nihil innovatur*” se prohibía realizar actos de disposición sobre la cosa objeto del litigio una vez contestada la demanda. El mencionado principio sería luego receptado tanto por el derecho canónico como el español.

En nuestro país, aún antes de su recepción legislativa, la jurisprudencia reconocía la procedencia de esta acción con el fin de no obstaculizar el cumplimiento de la sentencia. Actualmente se encuentra regulada en el ordenamiento procesal nacional en su artículo 230.

Ha sido definida como “una medida cautelar en virtud de la cual se ordena a una de las partes que se abstenga de alterar, mientras dure el proceso, la situación de hecho o derecho existente en un momento determinado” (Palacio, 1985, pág. 181). El momento al que se hace referencia es al de su debida traba.

En la clasificación que se efectuó en el capítulo 1 ésta forma de tutela cautelar opera dentro del proceso conservativo en tanto busca conservar, inmovilizar una situación para impedir que el cambio pueda frustrar el resultado práctico de la sentencia o evitar un perjuicio irreparable. Se trata en definitiva de un “no hacer” para quien la sufre y su fundamento radica en mantener la situación de igualdad procesal entre las partes⁷⁶.

Dentro de ésta medida pueden distinguirse dos aspectos que pueden caracterizarse como negativo y positivo. En el primero se busca impedir que se modifique una determinada situación jurídica; mientras que en el otro se procura lo contrario, que se produzca una determinada modificación en la situación jurídica. (Ferreyra de la Rúa, 2008)

Ésta prohibición se presenta como una medida de tipo residual en tanto su procedencia condiciona la actuación de las partes intervinientes al no poder alterar el estado mientras subsista⁷⁷. Por esa razón el juez previo a declararla admisible deberá verificar la inexistencia de otra cautelar para tutelar el derecho.

3.2 Requisitos:

La ley 26.854 fija en su artículo 15 los requisitos que deben concurrir para el dictado de ésta medida:

- a) *Se acreditaré sumariamente que la ejecución de la conducta material que motiva la medida, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior:*

Remisión al punto 1.3 a).

- b) *La verosimilitud del derecho invocado:*

Al tratarse de una medida de carácter excepcional, y que en cierta medida condiciona la actuación de las partes, el juez, más allá que la normativa no agrava este requisito como en la medida positiva, deberá valorar con mayor rigurosidad la existencia de éste requisito sin que esto implique un examen de certeza.

⁷⁶ Constitución de la Nación Argentina, Art. 16.

⁷⁷ C.P.C.C.N, Art. 230: “Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio siempre que:… 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.”

- c) *La verosimilitud de la ilegitimidad de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal:*

Con la necesidad de controlar jurisdiccionalmente aquellas actuaciones de la Administración que no llegaban a configurar actos administrativos y que lesionaban derechos fundamentales de la persona el Consejo de Estado francés creó la vía de hecho para hacer posible el control de esos comportamientos irregulares. (Cassagne, 2009)

La tutela conservatoria procede en contra de la actividad material de la administración sin acto formal que la respalde o con acto formal pero suspendido, es decir en contra de las vías de hecho⁷⁸.

La presunción de legitimidad con la que cuenta el acto administrativo cae cuando en lugar de éste hay una vía de hecho, es decir que jamás podrá considerarse éste comportamiento como legítimo. Por esta razón el peticionante deberá demostrar la real existencia de una vía de hecho en su perjuicio no siendo suficiente la mera alegación.

- d) *La no afectación de un interés público:*

Remisión al punto 2.2 d).

- e) *Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversible:*

Remisión al punto 1.3 e).

En el último párrafo del artículo se deja abierta la posibilidad de solicitar otro tipo de medida cautelar de carácter conservatorio siempre que se cumpla con los requisitos de procedencia mencionados.

⁷⁸ Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, Art. 9: “Vías de Hecho: 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.”

3.3 La vía recursiva:

Remisión al punto 2.3

3.4 Valoración de los requisitos:

La normativa fija en definitiva cinco requisitos para la procedencia de las medidas, en ella encontramos los denominados “positivos”, aquellos que deben estar presentes para la procedencia, y los “negativos”, aquellos cuya existencia no debe configurarse para que la cautelar sea admitida.

Dentro del primer grupo se puede mencionar la verosimilitud del derecho invocado y la verosimilitud de la ilegitimidad, mientras que en los negativos se puede mencionar que la medida no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

Ahora bien, una vez reunidos los requisitos positivos⁷⁹ hay que analizar los requisitos negativos.

En primer lugar corresponde preguntarse si hay un interés público afectado⁸⁰, en caso de negativa la medida procede, pero en caso de que se haya afectado corresponde determinar si la afectación es grave o irreversible⁸¹. En caso que no lo sea la tutela cautelar procede.

Sin embargo puede presentarse el supuesto en donde concurren tanto requisitos positivos como negativos, por ejemplo: el accionante solicita una medida positiva demostrando la inobservancia clara e incontestable a cargo de la demanda y una fuerte probabilidad que el derecho exista pero también puede ocasionar un daño al interés público.

En ésta situación puede suceder que si se adopta la medida se produzca un grave daño al interés público pero de no prosperar la tutela cautelar es el interés individual el que puede sufrir consecuencias irreparables. Para arribar a una solución lo que debería hacer el Juez es

⁷⁹ Ley 26.854 Art. 13 Inc. a), b) y c); Art. 14 Inc. a), b), c) y 15 Inc. a), b) y c).

⁸⁰ Ley 26.854 Art. 13 Inc. d); Art. 14 Inc. d) y Art. 15 Inc. d).

⁸¹ Ley 26.854 Art. 13 Inc. e); Art. 14 Inc. e) y Art. 15 Inc. e).

recurrir al método de ponderación, es decir determinar que valores están detrás del interés público y cuales detrás del privado. (Sosa, 2013)

4. Procesos Excluidos

4.1 Desarrollo:

La ley de medidas cautelares deja fuera de su articulado a todas aquellas acciones que se rijan por la ley nacional de Amparo⁸², salvo lo referido a:

- ✓ Cuando el juez requiera el informe a la autoridad demandada⁸³ ésta podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada. La ley 26.854 fija un término de tres días para la producción del mencionado informe, lo que modifica lo dispuesto por la normativa del Amparo ya que el plazo se determinaba por lo que el Juez prudencialmente fijaba.
- ✓ Cuando el juez disponga alguna de las medidas cautelares establecidas en la ley de Amparo deberá fijar bajo pena de nulidad un límite razonable de vigencia el cual no podrá superar los tres meses. Al vencimiento del plazo fijado se podrá pedir su prórroga por un tiempo determinado que no supere los seis meses.
- ✓ El beneficiario de la medida podrá pedir su aplicación, mejora o sustitución. Aquél contra quien se dictó la cautelar podrá pedir su sustitución por otra que le resulte menos gravosa.
- ✓ Cuando se discutan cuestiones de competencia será admisible la vía inhibitoria entre jueces de una misma circunscripción.

4.2 Supuesto de Interrupción de Servicios Públicos:

En primer lugar puede definirse al servicio público como “toda actividad de prestación calificada por ley como tal, que es realizada por la Administración Pública, directa o indirectamente a través de particulares, en ejercicio de la función administrativa y que tiende a satisfacer necesidades colectivas bajo un procedimiento de derecho público” (Viale, 1995, pág. 543)

⁸² Ley Nacional de Amparo N° 16.986.

⁸³ Ley Nacional de Amparo N° 16.986. Art. 8.

A los fines de individualizar esta forma de actividad estatal presenta los caracteres de: Continuidad, Regularidad, Uniformidad, Generalidad, Obligatoriedad.

En cuanto a lo regulado la ley, la misma establece que frente a 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 el destino de los bienes afectados a esos cometidos de manera actual o inminente el Estado Nacional o las entidades que tengan a su cargo la supervisión o concesión podrán solicitar todo tipo de medidas cautelares para asegurar el objeto del proceso en orden a garantizar la prestación de tales servicios, la ejecución de dichas actividades o la integridad de los bienes⁸⁴.

Quedan exceptuados de este régimen aquellos conflictos de naturaleza laboral, los cuales se siguen rigiendo por las leyes vigentes en esa materia. En los casos en donde esté comprometida la libertad sindical el Estado solo podrá interponer una medida cautelar solo si se afecta un servicio público esencial y siempre que no se halla acatado la conciliación obligatoria.

⁸⁴ Ley de Medidas Cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional, Art. 17.

Capítulo IV:

Aspectos Controvertidos

Sumario: 1) La tutela judicial efectiva

2) El derecho a la igualdad

3) División de Poderes

Aspectos controvertidos

En virtud de los Arts. 28 y 31 de nuestra norma fundamental los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados celebrados con potencias extranjeras son ley suprema y no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Cualquier normativa que contraríe lo expuesto deberá ser tachada de inconstitucional.

El derecho a la tutela judicial efectiva, y dentro de éste el derecho a la tutela cautelar, el derecho a la igualdad y la división de poderes gozan de jerarquía constitucional, por lo tanto cualquier norma que limite dichos conceptos deviene en inconstitucional.

Muchos de los Colegios, foros y asociaciones de Abogados del país se manifestaron en contra de los proyectos de ley que integraban el proceso de Democratización de Justicia e incluso, como se verá, una vez sancionadas iniciaron acciones judiciales tendientes a obtener la declaración de inconstitucionalidad.

Éstos se apoyaron en la idea que el articulado de la nueva ley transgredía los distintos derechos mencionados, lo que llevo a que muchos juzgados hicieran lugar a la acción.

1. El Derecho a la tutela judicial efectiva

1.1 Concepto- Recepción Normativa:

Puede conceptualizarse como aquel derecho que tiene toda persona de acceder a los tribunales de justicia en procura de la protección de sus derechos, garantizándole que en el transcurso de las diversas etapas procesales se respete el derecho a la defensa y posteriormente a obtener una sentencia debidamente fundada.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que éste no es otra cosa que la garantía de la libre entrada a los tribunales de justicia para la defensa de derechos e intereses de los ciudadanos frente al poder público, que implica un conjunto de garantías elementales que deben ser respetadas en todos los procesos judiciales⁸⁵

⁸⁵ Corte I.D.H “Palacios, Narciso c/ Estado Argentino”, sentencia del 29 de septiembre de 1999, caso N° 10.194.

El Art. 18 de la Constitución Nacional establece las máximas garantías procesales con la que cuenta el ciudadano frente al poder público, a saber: el cumplimiento del proceso previo a ser penado, fundado en ley anterior al hecho; la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos; el derecho a ser juzgado por un Juez o tribunal designado por ley anterior al hecho, entre otros. Si bien el alcance de este artículo pareciera circunscribirse únicamente a la materia penal, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que trasciende dicho campo y debe ser respetado en toda clase de juicio sin que corresponda diferenciarlo de las causas criminales⁸⁶.

Existe entre el derecho a la tutela judicial y la garantía de defensa en juicio una relación de género a especie, en el sentido que la primera comprende a la otra y al propio tiempo es más amplia, ya que tutela, entre otras cosas, el acceso a la justicia para que sea efectiva. (Cassagne, 2007)

Estas garantías han sido respaldadas por la recepción expresa del derecho a la tutela judicial efectiva; a partir de la reforma constitucional del año 1994, que incorporó los tratados constitucionales con jerarquía constitucional⁸⁷, éste principio adquirió expresamente la calidad de tal.

Entre las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁸, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁸⁹ y el Pacto Internacional de Derechos

⁸⁶ C.S.J.N “Olariaga, Marcelo Andres s/ causa 35/ 03- Recurso de Hecho” (2002).

⁸⁷ Constitución de la Nación Argentina, Art. 75 inc. 22: “Corresponde al Congreso: ... Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”

⁸⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 8: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.”

⁸⁹ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Art. XVIII: “Toda persona puede ocurrir 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.”

Económicos, Sociales y Culturales ⁹⁰podemos encontrar artículos referidos a la tutela judicial.

El Pacto de San José de Costa Rica desarrolla con mayor detenimiento éste principio. En su art. 8° consagra el derecho a ser oído, con la debida garantía y dentro de un plazo razonable, por los jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales.

El art. 25 consagra la protección judicial por medio de un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que ampare a las personas contra actos que violenten sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la Convención. A renglón seguido obliga al Estado a “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso⁹¹”.

Se desprende de todo lo anteriormente mencionado que la tutela comprende los siguientes derechos:

- El derecho a ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener una sentencia fundada en derecho.
- El derecho a un juez natural e imparcial.
- El derecho a obtener un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa⁹².
- Al otorgamiento de la tutela cautelar a fin de que no se torne ilusorio el derecho que se pretende reconocer.

⁹⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Parte II Art. 2: 3 “Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

⁹¹ Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 25.

⁹² C.S.J.N, “Fernández Arias, Elena y otros C/ Poggio, José (SUC.)” (1960).

- Al cumplimiento de las etapas procesales, la cual asegure el derecho a ser oído y al ofrecimiento de la prueba pertinente⁹³.
- A ejecutar en tiempo y forma la sentencia y a obtener su cumplimiento.
- A recurrir la sentencia definitiva.

Como puede observarse éste principio- derecho despliega sus efectos en tres momentos diferentes: al acceder a la justicia, durante el desarrollo del proceso y en la etapa de cumplimiento de la sentencia.

Las medidas cautelares se presentan como un instrumento indispensable dentro de la tutela judicial garantizando la plena eficacia de las decisiones que resuelven sobre el fondo del asunto, logrando que la protección sea cierta y no meramente ilusoria.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos por su parte ha entendido que se presentan como un derecho sustantivo autónomo, con jerarquía constitucional. En este sentido sostuvo que “las medidas provisionales de protección constituyen un instituto jurídico dotado de autonomía propia, tienen efectivamente un régimen jurídico propio...”⁹⁴

1.2 Consideraciones de la Doctrina:

La Federación Argentina de Colegios de Abogados, que nuclea a 80 Colegios de todo el país, junto al de la Provincia de Buenos Aires presentaron un documento donde postularon que el acceso a la justicia no solo pasa por entrar al juzgado sino por asegurarle al ciudadano el cumplimiento de sus derechos. La nueva normativa se desentiende de esa situación y crea un sistema que demora y encarece los juicios, limitando al mínimo las medidas cautelares y condicionando su vigencia a plazos incompatibles con la real duración de los procesos.⁹⁵

Por su parte el instituto de Estudios Legislativos de la F.A.C.A elaboró un dictamen el 29 de mayo del año 2013, en cual concluyó que el nuevo régimen contradice lo dispuesto por la

⁹³ C.S.J.N “Arenzon, Gabriel D. C/ Gobierno Nacional- Ministerio de Educación – Dirección Nacional de Sanidad” (1984).

⁹⁴ Corte I.D.H “Caso de las Penitenciarias de Mendoza” (2005).

⁹⁵ Declaración de la F.A.C.A (2013) “Una preocupación legítima ante la reforma inconstitucional”, <http://www.colproba.org.ar>.

Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, violando el principio de igualdad, la división de poderes, el derecho de defensa y la garantía de la tutela judicial efectiva.

Sostiene que tanto las medidas cautelares como el amparo son los instrumentos por excelencia que responden al principio “*alterum non laedere*”, que la constitución implícitamente consagra en su artículo 19, y sirve a los fines que el daño no se produzca o que sus consecuencias no se agraven o sean irreparables.

Ésta ley, de acuerdo al dictamen, retrasa más de cien años la construcción del actual modelo constitucional, volviendo a aquel en donde se ponía el acento en la protección de la soberanía del Estado frente a los derechos de las personas. Éste sistema se vio remplazado a partir de la segunda guerra mundial con los sistemas de protección de derechos humanos frente al avance del Estado.⁹⁶

En particular se criticó:

- ✓ El art. 1, ámbito de aplicación, otorga un privilegio inaudito creando un tratamiento especial para las medidas que se dicten en contra de quien por naturaleza debe dar el ejemplo de sometimiento al derecho.
- ✓ La imposibilidad que consagra el art 3 inc. 4, en tanto el objeto de la cautelar no puede coincidir con el de la demanda, las vacía a éstas de su objeto natural que no es otro que evitar que el acto dañoso se torne irreversible.
- ✓ Los artículos 4 y 5 al limitar temporalmente y de manera arbitraria la duración de las medidas atentan contra la tutela judicial efectiva.
- ✓ El artículo 9, afectación de los recursos y bienes del Estado, se presenta como un vallado para el acogimiento de cualquier medida en contra de aquél.
- ✓ El artículo 10 imposibilita el otorgamiento de la contracautela juratoria, por lo tanto podrían quedar excluidos de la tutela cautelar aquellos con dificultades económicas. En este punto discrepo de la crítica formulada ya que la ley exceptúa a los sectores socialmente vulnerables o cuando se encontrare comprometida la vida digna, la salud

⁹⁶ Dictamen del I.D.E.L (2013) “El régimen legal de regulación de las medidas cautelares”, <http://www.faca.org.ar/>.

o un derecho de naturaleza alimentaria además de aquel que actúa con el beneficio de litigar sin gastos.

- ✓ El art. 13 inc. 3, que otorga el efecto suspensivo a la interposición de la apelación, genera aún a quien se le reconoce su verosimilitud del derecho y haya probado el peligro en la demora que por la sola presentación del recurso no pueda efectivizar la manda judicial.

Concluye que el Estado tiene el deber de garantizar el pleno acceso a la justicia en todo procedimiento y más aún del ciudadano frente al mismo Estado, conjuntamente con el ejercicio de las garantías judiciales que se requiere en el mismo.

El Centro de Estudios Judiciales y Sociales, encabezado por Horacio Verbitsky, se manifestó sobre el Proceso de Democratización aún antes que las leyes adquirieran la calidad de tal y consideró que eran una respuesta a la imposibilidad de aplicar la ley de medios al grupo Clarín.

Sobre el proyecto de las medidas cautelares sostuvo que el hecho de limitarlas ponía en duda su constitucionalidad ya que se afectaría esta institución como parte de la tutela judicial efectiva.

Consideró apropiada la regulación de éstas medidas cuando se trata de relaciones entre el Estado y particulares basadas en cuestiones patrimoniales, ya que muchas veces son usadas por el actor para defender sus propios intereses económicos en perjuicio del sujeto público. Pero al restringir el uso de la tutela cautelar se perdió la oportunidad de fortalecer un sistema cautelares que proteja a las personas frente a los actos estatales que vulneran derechos fundamentales. En consecuencia ésta herramienta queda reservada para aquellos que estén dispuestos a hacer el complejo recorrido de los caminos judiciales en lugar de crear un sistema que exija a las partes y al juez a actuar con diligencia para llegar rápido a la decisión de fondo⁹⁷.

El 30 de abril del 2013 la abogada brasileña Gabriela Knaul, relatora especial de las Naciones Unidas, emitió un duro documento en el cual exhortó al Gobierno Argentino para que

⁹⁷ C.E.L.S (2013) “El CELS ante las propuestas de reforma judicial”, <http://www.cels.org.ar>.

reconsidere los proyectos de ley referidos al Consejo de la Magistratura y sobre las regulaciones de las medidas cautelares.

Sobre la ley 26.854 señaló que tanto el uso como el periodo de vigencia de las medidas no pueden ser restringidos, en caso contrario el acceso a la justicia no se encontraría plenamente garantizado, contrariando lo dispuesto por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre otros estandartes internacionales.

1.3 Jurisprudencia:

En el año 2013 el abogado Ricardo de Felipe inició una acción declarativa de certeza con la finalidad de que se declare la inconstitucional de diversos artículos de la ley 25.855, referida al Consejo de la Magistratura.

Solicitó conjuntamente con la demanda la suspensión del acto que llamaba a la elección de los miembros de dicho órgano, además de la inconstitucionalidad de diferentes artículos de la ley de medidas cautelares⁹⁸.

En relación a lo decidido sobre el artículo 4, informe previo, las razones que llevaron a su inconstitucionalidad fueron expuestas en el punto 3.2.5 del capítulo 2.

En cuanto a la vigencia temporal y a la posibilidad de solicitar su modificación⁹⁹ el Juez entendió que éstos no transgredían el derecho a la tutela judicial en tanto en el primer caso era razonable el plazo fijado de acuerdo a las características de los trámites del proceso y de no ser suficiente existía la posibilidad de solicitar la prórroga. En el otro artículo se apoyó en el carácter provisional de las medidas y la posibilidad que sean modificadas o revisadas, cuestión que regula el código de procedimiento nacional.

En lo atinente a la imposibilidad que el objeto de la demanda principal coincida con el de la cautelar¹⁰⁰ consideró que se afectaba tanto la tutela judicial como la división de poderes. En

⁹⁸ Juzg. Nac. de San Nicolás, N° 1 “De Felipe Ricardo c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (2013).

⁹⁹ Ley de Medidas Cautelares en las causas que es parte o interviene el Estado Nacional, Arts. 5 y 7.

¹⁰⁰ Ley de Medidas Cautelares en las causas que es parte o interviene el Estado Nacional, Art. 3 inc. 4.

el primero porque imposibilita que el actor no vea frustrados sus derechos con el transcurso del tiempo a la vez que transforma éste instituto en uno insustancial habida cuenta la amplia gama de situaciones que busca proteger.

En la causa “Colegio de Abogados Departamento Judicial de Mar del Plata y otro c/ Estado Nacional”¹⁰¹, donde también se discutía la suspensión de la convocatoria al nuevo Consejo de la Magistratura y el llamado a las elecciones de los abogados, el Magistrado declaró la inconstitucionalidad de los artículos 4, 5 ,6 inc. 1), 10 y 13 inc. 3) de la ley 26.854.

Si bien ésta no había sido solicitada por la parte actora el Juez la decretó en el convencimiento de que la transgresión a la tutela judicial y a la división de poderes resultaba palmaria.

En particular consideró que el art. 4 alteraba el principio según el cual la medida debe dictarse “inaudita parte” una vez acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Respecto de los arts. 5 y 6 inc. 1 consideró que fijar un plazo de duración resulta incongruente ya que las mismas tienen como finalidad asegurar que el derecho no se frustre antes de que se dicte la sentencia de fondo, por lo tanto devendría en irrazonable que caduque antes de la misma.

En relación al efecto suspensivo consagrado en el art. 13 inc. 3 entendió que otorgarlo de esa manera resultaba fulminante para la tutela judicial efectiva. A idéntica solución se arribó en la causa “Canepa De Díaz, Martha C/ P.E.N. S/ Amparo – Medida Cautelar”.

En la causa “Rizzo, Jorge Gabriel y otro c/ EN – PEN – Ley 26.855 s/amparo”¹⁰² el actor inicia en representación del Colegio de Abogados de Buenos Aires una acción de amparo con la misma finalidad que las causas anteriormente mencionadas.

Solicita la inconstitucionalidad de los arts. 2º -inciso 2-, 4º, 5º, 9º, 10, 13 –incisos 1, 2 y 3- 14 y 15 de la ley 26.854, sin embargo se le rechazaron los planteos deducidos respecto de los

¹⁰¹ Juzg. Fed. De Mar del Plata N° 4, “Colegio de Abogados Departamento Judicial de Mar del Plata y otro c/ Estado Nacional- PEN s/ Acción declarativa de Inconstitucionalidad” (2013).

¹⁰² Juzg. Cont. Adm. Federal de Buenos Aires N° 2, “Rizzo, Jorge Gabriel y otro c/ EN – PEN – Ley 26.855 s/amparo” (2013).

arts. 2º -inciso 2-, 9º, 10, 13 –incisos 1, 2 y 3-, 14 y 15 en tanto éstos no se aplican a la acción intentada.

Respecto del art. 4 el Juez comienza recordando la recepción normativa de la tutela judicial efectiva a través de los Pactos Internacionales con jerarquía Constitucional.

Considera que éste derecho se halla muchas veces sujeto a la eficacia de los remedios procesales por los cuales se busca conservar. Bajo esta línea de razonamiento llega a la conclusión de que lo fijado por la ley conlleva una grave afectación a la tutela judicial debiéndose respetar el principio según el cual las medidas cautelares se adoptan sin conocimiento de la parte afectada, lo que no implica una violación a la defensa en juicio. A ello se le suma a que hay situaciones, como la que se discutía, en donde el juez debe pronunciarse de manera urgente ordenando el cumplimiento inmediato del mandato.

Las causas expuestas llevaron al Juez a concluir que se transgredía lo dispuesto por los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución y en consecuencia se decretó la nulidad del art. 4.

Con relación a la duración de las medidas cautelares el planteo del accionante resultaba totalmente hipotético y conjetural por lo tanto se difirió su tratamiento para el momento procesal oportuno.

2. El derecho a la Igualdad

2.1 Concepto- Recepción normativa:

Este derecho se encuentra consagrado en el art. 16 de nuestra Constitución Nacional¹⁰³ y la Corte, mediante un emblemático fallo, se ha encargado de fijar el alcance de dicho concepto; así ha dicho que si bien es posible la creación de categorías o grupos a los que se les dé trato diferente el criterio a utilizar debe responder a cuestiones objetivas suficientes, razonable, siendo las desigualdades arbitrarias inconstitucionales. De esta forma hay que tratar de igual modo a quienes se hallan en igualdad de condiciones.¹⁰⁴

¹⁰³ Constitución Nacional, Art. 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley...”

¹⁰⁴ C.S.J.N “Repetto, Ines M. c/ Provincia de Buenos Aires” (1988).

El art. 75 inc. 23 encarga al Poder Legislativo, como una forma de garantizar el cumplimiento, la tarea de promover acciones positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, más el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales.

La protección de éste derecho se vio reforzada por la incorporación de los tratados en la reforma del año 1994.¹⁰⁵

2.2 La cuestión en la Doctrina:

A partir de la reforma del año 1994 el denominado Bloque de Constitucionalidad quedo conformado con el texto de la Constitución y los once Tratados Internacionales, en la actualidad trece. Todo éste articulado debe ser interpretado en base a tres principios: el *favor debilis*, el *pro homine* y el *favor debitoris*.

El primero de ellos determina cuál es la plataforma de acción para interpretar los derechos fundamentales y el sentido de protección que debe adjudicársele es en favor del más débil.

Bidart Campos entendió éste principio como “en las situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o dicho negativamente, no se encuentra en pie de igualdad con la otra” (Bidart Campos, 2000, pág. 17).

El principio *pro homine* determina que en caso de duda al momento de decidirse sobre una cuestión judicial se debe optar por la solución que sea más beneficiosa para el individuo.

Por último el principio *favor debitoris* determina que no se puede obligar jurídicamente a una persona sin que exista una norma legal que lo haga, debiendo optarse en caso de duda por la liberación del sujeto frente al deber.

En relación a estas pautas mencionadas es importante destacar el que el Pacto de San José de Costa Rica establece en su art. 29 que ninguna disposición puede ser interpretada de manera

¹⁰⁵ Pacto San José de Costa Rica, Art. 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley”; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos....”

tal que suprima o limite el ejercicio de los derechos y libertades. Por lo tanto, luego del análisis de la normativa en cuestión, se concluye que el Estado no solo va en contra de la interpretación de dichos principios sino que, más grave aún, lesiona normas de carácter internas e internacionales, lo que podría derivar en responsabilidad de ese tipo. (Basterra, 2013)

2.3 Jurisprudencia:

En oportunidad de expedirse acerca del informe previo el juzgador manifestó que las relaciones entre los particulares y el Estado deben ser en un pie de igualdad ya que éste último no puede situarse frente al individuo con mayores prerrogativas que las que le acuerda la Constitución, so pena de transgredir la idea de libertad¹⁰⁶.

El Juez continúa profundizando éste concepto y enumera los esfuerzos doctrinarios que se elaboraron durante el transcurso del siglo XX a los fines de situar al Estado bajo el régimen de derecho. En éste sentido cita al alemán Mayer “...es necesario que en todo lugar y momento donde su actividad puede producir efectos en otras personas, exista un orden regulado por el derecho;...Esta exigencia se dirige especialmente a la administración” (Mayer, 1982, pág. 78)

Dentro de las teorías conservadoras, que se apegaban a los cánones tradicionales, justificaban la supremacía del Estado en una relación jurídica que era desigual, mientras que otras elaboraron un derecho administrativo caracterizado por la primacía de las garantías individuales en el marco de una relación jurídica igualitaria, lo que no implicaba desconocer las facultades que se le otorgan a la administración en el ejercicio de la función pública.

Al momento de referirse específicamente al informe previo estimó que la nueva normativa desconocía tales premisas, en tanto a través de ésta legislación el Estado se sitúa en una posición de ventaja sobre el litigante particular al tomar conocimiento anticipado de las pretensiones y fundamentos del accionante, antes que le sea notificada la demanda. Se plasma

¹⁰⁶ Juzg. de 1ra. Instancia en lo Civil, Comercial y Cont Adm. Federal de La Plata N° 1 “Gascon, Alfredo Julio María c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (2013).

aquella “supremacía” que nuestra Constitución, y la mayoría de las constituciones modernas, pretendieron dejar para la historia.

Ésta posición privilegiada en la cual se encuentra el Estado, al conocer de forma previa sobre los requerimientos, puede llevar a que realice todo tipo de esfuerzos para evitar la concesión de medidas.

Éste menoscabo genera una desigualdad que lesiona el derecho y no se trata simplemente de una norma procesalista, ni se está frente a una mera discusión de orden formal.

3. División de poderes

3.1 Independencia del Poder Judicial:

El Poder Judicial, como parte del gobierno federal, se encarga de la denominada administración de justicia. En virtud de ésta función se lo considera un órgano no político, en razón de la diferencia que existe con el poder ejecutivo y el parlamentario.

Se encuentra compuesto por diversos Jueces y Tribunales, cuya cúspide se halla en cabeza del máximo órgano del poder judicial: la Corte Suprema de Justicia.

La Constitución se encarga de regular su estructura y funciones a partir de la Sección Tercera, siendo el objetivo principal de éste cuerpo a nivel federal resolver todos aquellos conflictos que se planteen entre el Estado Nacional y los particulares, ya sea que aquél gire en torno a algún punto regido por la Constitución o por las leyes de la Nación¹⁰⁷.

Para asegurar el cumplimiento de sus funciones y evitar la sujeción a las cuestiones políticas de los otros órganos al Poder Judicial se le acuerda independencia al momento de actuar.

Para reforzar esa idea, en primer lugar el derecho constitucional ha establecido de forma permanente los órganos judiciales eliminando los tribunales especiales o ah- hoc. Así lo establece el art. 18: “Ningún habitante de la nación puede... ni juzgado por comisiones

¹⁰⁷ Constitución Nacional, Art. 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...”

especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...” y el art. 16 que revoca los fueros personales: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza...”.

Asimismo el Estado arrogó para si la función de administrar justicia, lo que lleva por un lado a eliminar la justicia privada y por otro a otorgarle de manera exclusiva esa función al poder judicial. Esto último lleva a que el Poder Ejecutivo se encuentre vedado para ejercer funciones judiciales, se arrogue el conocimiento de causas pendientes o restablezca las fenecidas¹⁰⁸.

Por último solo la Constitución y la Ley otorgan obligaciones a los jueces, no siendo admisible las influencias, presiones externas o instrucciones acerca de cómo ejercer el poder. (Bidart Campos G. , 1972)

3.2 La cuestión en la Doctrina:

El régimen legal de regulación de las medidas cautelares resulta violatorio no solo del derecho a la tutela judicial efectiva y a la igualdad sino también de la división de poderes. Ésta normativa implica un retroceso al moderno sistema de constitucionalismo, resultando evidente la transgresión ya que por medio de una ley se intenta recortar atribuciones que hacen a la esencia del Poder Judicial, desposeyéndolo de la facultad de dictar medidas cautelares o de compeler a los funcionarios a cumplir las mandas judiciales.

En este sentido la norma establece una clara injerencia en el ámbito propio de la judicatura, ya que resulta competencia exclusiva de los jueces apreciar en cada caso en concreto que medida de las previstas resulta ser la más adecuada en su aplicación a la controversia específica.¹⁰⁹

Desde esta perspectiva, tal función, que hace a la esencia del Poder Judicial y a nuestro sistema republicano de Gobierno, no puede ser limitada por el Poder Legislativo para limitar

¹⁰⁸ Constitución Nacional, Art. 109.

¹⁰⁹ I.D.E.L (2013) “Dictamen sobre democratización de la Justicia”, <http://www.faca.org.ar>.

su dictado, sin que ello suponga un avasallamiento a los principios de nuestra Ley Fundamental¹¹⁰.

3.3 Jurisprudencia:

En el ya mencionado fallo De Felipe c/ Estado Nacional el juzgador considero que no solo se afectaba el derecho a la tutela judicial sino también a la división de poderes.

Con relación al art. 9, afectación de los recursos del Estado, consideró que éste no debía ser aplicado de manera absoluta habida cuenta la amplia gama de pretensiones y accionantes que existen en el ámbito judicial, por lo que en cada caso debe el Juez decidir y el Estado probar en qué medida se ve afectado sus recursos.

Respecto de la imposibilidad de imponer cargas personales pecuniarias a los funcionarios entendió que era una forma de coartar el principio de imperium del Poder Judicial que impide hacer valer sus mandas judiciales.

Por su parte el art. 10, que excluye la caución juratoria, avanza sobre las facultades del juez quien debe ser el encargado de estimar el tipo de contracautela que corresponde en el caso concreto.

De igual manera considera que los arts. 13, 14 y 15 le imponen a los juzgadores una serie de requisitos y exigencias que considera arbitrarias ya que le restan un poder de decisión suficiente originado en el poder propio e inalienable de juzgar.¹¹¹

En la causa Rizzo el actor efectúa en la demanda unas consideraciones previas entre las cuales se resalta la necesidad de preservar uno de los caracteres de nuestra forma de gobierno: la forma republicana, entendida ésta como la división tripartita de los Poderes Constituidos del

¹¹⁰ Cámara Federal Cont. Adm. C.A.B.A “Grimberg Marcelo Pablo c/PEN Dto. 1570/01 s/amparo ley 16.986” (2001).

¹¹¹ Juzg. Nac. de San Nicolás, N° 1 “De Felipe Ricardo c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (2013).

Estado. A tal fin los Constituyentes dotaron al Poder Judicial de independencia y control constitucional en salvaguarde de la Supremacía irrestricta de nuestra Constitución.¹¹²

En momento de expresarse sobre el informe previo el magistrado reflexionó que imponerlo de manera obligatoria a todo el universo posible de situaciones que puedan presentarse, sin establecer siquiera a modo de excepción en situaciones de urgencia o en casos de extrema verosimilitud el juez pueda prescindir de él acarrea una inconstitucionalidad habida cuenta que existe una limitación al poder jurisdiccional de aquél. Recordó que la Corte Suprema ha señalado que a los otros poderes no se les ha conferido las atribuciones para modificar las previsiones que fija la Constitución para asegurar la independencia del Poder Judicial¹¹³.

En igual sentido se expresó el Juzgado Federal de Mar del Plata.¹¹⁴

Es importante destacar lo que la Corte Suprema ha dicho que la división del Gobierno en tres grandes departamentos, independientes y soberanos en sus esferas, constituye un principio fundamental de nuestro sistema político. De ello se sigue que las atribuciones conferidas a cada uno le son particulares y exclusivas, ya que el uso concurrente o común de ellas harían desaparecer las líneas divisorias entre los tres altos poderes y destruiría la base de nuestra forma de gobierno.¹¹⁵

¹¹² Juzg. Cont. Adm. Federal de Buenos Aires N° 2, “Rizzo, Jorge Gabriel y otro c/ EN – PEN – Ley 26.855 s/amparo” (2013).

¹¹³ C.S.J.N, “Gutiérrez Oscar Eduardo c/ ANSeS s/ recurso de hecho” (2006).

¹¹⁴ Juzg. Cont. Adm Federal de Mar del Plata N° 4, “A.C.U.B.A y otro C/ CAMUZZI GAS PAMPEANA S.A s/ Ley de Defensa del Consumidor” (2014).

¹¹⁵ C.S.J.N “Mouviel, Raúl Oscar, y otro s/ arresto por infracción a los edictos policiales” (1957).

Conclusión

Si uno pretende abstraerse del conflicto político en el cual se vio involucrada la ley de medidas cautelares en su nacimiento y pretende encontrar razones suficientes que justifiquen el dictado de ésta normativa resulta difícil hallarlas. Con esto no quiero restarle importancia al instituto ya que se presenta como una herramienta fundamental para la protección del derecho del ciudadano, pero tomando en cuenta que la regulación a nivel nacional del proceso contencioso administrativo es casi nula y difusa lo más acertado hubiese sido el dictado del tan necesario código contencioso. Se trata, en mi opinión, de una ley que ha sido fruto de la conveniencia.

Es una ley que en su parte general no ha venido a innovar demasiado en los aspectos generales de la materia salvos aquellos artículos que mayores críticas han despertado y que son en definitiva los que terminan por darle sus matices propios. En este aspecto es donde la ley más fuerza pierde ya que se desaprovechó una oportunidad de concebir una normativa en donde se termine fortaleciendo las medidas cautelares y por consiguiente se beneficie a ambas partes por igual.

Como aspecto positivo rescato la tipificación que se hace de las medidas que puede solicitar el actor, más allá que pueda discutirse si los requisitos que se le impone n son excesivos.

Dejando de lado estas consideraciones, se trata en definitiva de una ley ha sido sancionada de acuerdo a los mecanismos constitucionales fijados para la creación de normas por lo que su vigencia y aplicación, al menos desde ese punto de vista, no puede ser discutida.

Afortunadamente para el ciudadano y la sociedad en su conjunto, en muchos casos el Poder Judicial tomó nota de aquellos aspectos que van en contra de derechos fundamentales y conservando su independencia fallo en contra de ésta.

Bibliografía

Doctrina

- ✓ Alsina, A. (1962). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil 2da. edicion*, T. V. Buenos Aires: Ediar.
- ✓ Aldrey, F. (12 de 12 de 2012). La Presidenta pidió "democratizar la Justicia" tras el fallo por el caso Marita Verón". *La Prensa*. Recuperado de <http://www.laprensa.com.ar/400151-La-Presidenta-pidio-democratizar-la-Justicia-tras-el-fallo-por-el-caso-Marita-Veron.note.aspx>
- ✓ Avalos, E. (2004). *Derecho Procesal Administrativo II*. Cordoba: Alveroni.
- ✓ Basterra, M. (2013). El nuevo régimen de Medidas Cautelares contra el Estado. A propósito de la ley 26.854 *Estudios de Derecho Público*, 7(3). Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/005-edp-2-basterra.pdf>.
- ✓ Bidart Campos, G. (1972). *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar.
- ✓ Bidart Campos, G (2000) *El Derecho Constitucional del Siglo XXI*. Buenos Aires: Ediar.
- ✓ Cassagne, J (2003). *Fragmentos del Derecho Administrativo. Entre la justicia, la economía y la política*. Buenos Aires: Hammurabi
- ✓ Cassagne, J (2009) Medidas cautelares en el contencioso administrativo. *La Ley*. LL2009- E, 921- 936.
- ✓ Cassagne, J (2007) *Tratado de Derecho Procesal Administrativo T° 1*. Buenos Aires: La Ley.
- ✓ Cuesta, R (2014). La nueva ley de Medida cautelares en los casos en que el Estado Nacional es parte. Protección del interés público y derechos fundamentales. *Infojus* DACF140066 8-10
- ✓ C.E.L.S (2013) *El CELS ante las propuestas de reforma judicial*. Recuperado de: <http://www.cels.org.ar>

- ✓ Chiovenda, G. (1936). *Instituciones del Derecho Procesal Civil, I. Revista de Derecho procesal civil*. 18(3) 107-113
- ✓ Constantino, J. A. (1992). *Responsabilidad civil por medidas cautelares trabadas sin derecho. Acercamiento a una teoría general sobre responsabilidad civil por actos procesales*. Buenos Aires: JA.
- ✓ Dromi, R. (1995). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- ✓ Federación Argentina de Colegios de Abogados (2013) *Una preocupación legítima ante la reforma inconstitucional*. Recuperado de: <http://www.colproba.org.ar>.
- ✓ Fedriani, P. O. (1998). *Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Abaco.
- ✓ Ferreyra de la Rúa, A (2009). *Manual de Derecho Procesal Civil II. Córdoba: Alveroni*.
- ✓ Ferreyra de la Rúa, A. (2008). *Medidas Cautelares Doctrina y Jurisprudencia*. Córdoba: Advocatus.
- ✓ Gambier, A (1993) *Las medidas cautelares contra la administración: fundamentos, presupuestos y aplicación del art. 12 de la ley 19.549. La Ley*. 1993- D, 706
- ✓ I.D.E.L (2013) *El Régimen Legal de regulación de las medidas cautelares (Ley 26.854)*. Recuperado de: <http://www.faca.org.ar>.
- ✓ Mayer, O. (1982) *Derecho Administrativo Alemán, t. I, Parte General*. Buenos Aires: Depalma.
- ✓ Molina Sandoval, C. (2001). *Medidas Autosatisfactivas*. Buenos Aires: Errep
- ✓ Novellino, N. J. (1984). *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- ✓ Palacio, L. (1985) *Derecho Procesal civil, Procesos cautelares y voluntarios*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- ✓ Peyrano, J. W. (1981). *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: Depalma.

- ✓ Peyrano, J. W. (1998). *Régimen de las Medidas Autosatisfactivas*. Santa Fe: Rubinzal.
- ✓ Podetti, R (1954) *Tratado de las Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Ediar.
- ✓ Sosa, T. (2013) *Medidas cautelares contra el Estado nacional*. La Ley. 2013-DJ, 60-74.
- ✓ Stupenengo, J.A (2013) Notas sobre el efecto de los recursos dirigidos contra medidas cautelares dictadas contra el Estado (con especial referencia a la ley 26.854). *El Derecho*, 12-17.
- ✓ Viale, C (1995) *Derecho Constitucional y Administrativo*. Córdoba: Eudecor.

Jurisprudencia

- ✓ Corte I.D.H “Furlan y Familiares c/ Argentina” (2012).
- ✓ Corte I.D.H “Palacios, Narciso c/ Estado Argentino”, sentencia del 29 de septiembre de 1999, caso N° 10.194.
- ✓ C.S.J.N, “Arenzón, Gabriel D. c. Gobierno nacional, Ministerio de Educación - Dirección Nacional de Sanidad Escolar” (1984).
- ✓ C.S.J.N “Camacho Acosta, Maximiliano c/ Grafi Graf S.R.L y otros” (1997).
- ✓ C.S.J.N “C.A.V.I.C. c/ Juan Maurín y Cía. S.R.L” (1971).
- ✓ C.S.J.N, “D'Aste, Héctor c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado” (1967).
- ✓ C.S.J.N, “Di Tella Limitada S.A. c/ Eloybrondo, Damián
- ✓ C.S.J.N “Giménez, Delfor A. c/ Prov. de Santiago de Estero” (1986).
- ✓ C.S.J.N, “Gutiérrez Oscar Eduardo c/ ANSeS s/ recurso de hecho” (2006).
- ✓ C.S.J.N “Rivas, Adolfo A. c/ Estado Nacional” (1987).
- ✓ C.S.J.N “Repetto, Ines M. c/ Provincia de Buenos Aires” (1988).
- ✓ C.S.J.N “Carlés de ahorro y préstamo para la Vivienda S.A y Banco Comercial, Hipotecario y Edificadora de Córdoba S.A c/ Banco Central de la República Argentina” (1989).
- ✓ C.S.J.N “Firestone de Argentina S.A.I.C s/ recurso de apelación IVA- medida de no innovar” (1992).
- ✓ C.S.J.N “Olariaga, Marcelo Andres s/ causa 35/ 03- Recurso de Hecho” (2002).

- ✓ C.S.J.N, “FERNÁNDEZ ARIAS, ELENA Y OTROS C. POGGIO, JOSÉ (SUC.)” (1960).
- ✓ C.S.J.N “Provincia de Neuquén c/ Ministerio del Interior s/ acción de Amparo (aportes del Tesoro Nacional)” (2006).
- ✓ C.S.J.N “Rossi, Cibils Miguel A. y otros” (1992).
- ✓ C.S.J.N “Líneas de Transmisión del Litoral S.A (LITSA) c/ Provincia de Corrientes s/ acción declarativa” (1995).
- ✓ C.S.J.N “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo” (2002).
- ✓ C.S.J.N “Grimberg Marcelo Pablo c/PEN Dcto 1570 s/ amparo ley 16.986” (2002).
- ✓ C.S.J.N “Radio y Television Trenque Lauquen S.A- Inc Competencia c/ EN s/ medida cautelar” (2013).
- ✓ C.S.J.N “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros” (2006).
- ✓ C.S.J.N “Mouviel, Raúl Oscar, y otro s/ arresto por infracción a los edictos policiales” (1957).
- ✓ C.S.J.N “Grupo Clarín y otros s/ medidas cautelares” (2012).
- ✓ C.S.J.N “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A c/ E.N s/ inc. Competencia” (2013).
- ✓ Trib. Cont. Adm., N° 2 C.A.B.A “Antón, Roberto Enrique c/ Legislatura de Buenos Aires” (2006).
- ✓ CNCiv. y Com. Fed., Sala 2 “Drago Beretta y Cía S.A c/ Marti, Roberto Máximo y otra s/ Ejecución Prendaria” (1991).
- ✓ CNFed. Civ y Com., Sala II “Pérez Salvador Humberto y otros c/ Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos s/ proceso de conocimiento” (2000).
- ✓ CNFed. Civ. y Com., Sala J “Camacho Acosta, Máximo c/ Grafi Graf S.R.L y otros” (1997).
- ✓ CNFed. Civ. y Com. Fed. Sala 1 “Grupo Clarín S.A y otros s/ Medidas Cautelares” (2012).
- ✓ CNac. Cont Adm. C.A.B.A, Sala IV “Hisisa Argentina SAICIF c/ Banco Central de la República Argentina” (1994).

- ✓ CNac. Cont. Adm. Fed., Sala 1° “Exxon Chemical Argentina SA c/ Dirección General Impositiva” (1995).
- ✓ CNac.Cont. Adm. Fed., Sala IV, “Banco Comercial del Norte S.A. y otro c/ B.C.R.A. s/ apelación” (1992).
- ✓ Juzg. Cont. Adm. Federal N° 6 “Javkin, Pablo c/ EN- PEN- Ley 26.855 s/ proceso de conocimiento” (2013).
- ✓ Juzg. Nac. de San Nicolás N° 1 “De Felipe Ricardo c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (2013).
- ✓ Juzg. Fed. De Mar del Plata N° 4, “Colegio de Abogados Departamento Judicial de Mar del Plata y otro c/ Estado Nacional- PEN s/ Acción declarativa de Inconstitucionalidad” (2013).
- ✓ Juzg. Cont. Adm Federal de Mar del Plata N° 4, “A.C.U.B.A y otro C/ CAMUZZI GAS PAMPEANA S.A s/ Ley de Defensa del Consumidor” (2014)
- ✓ Juzg. Cont. Adm. Federal de Buenos Aires N° 2, “Rizzo, Jorge Gabriel y otro c/ EN – PEN – Ley 26.855 s/amparo” (2013).
- ✓ Juzg. de 1ra. Instancia en lo Civil, Comercial y Cont Adm. Federal de La Plata N° 1 “Gascon, Alfredo Julio María c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (2013).

Legislación

- ✓ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- ✓ Constitución de la Nación Argentina.
- ✓ Convención Internacional sobre Cumplimiento de las Medidas Cautelares.
- ✓ Decreto 1387/01.
- ✓ Decreto 214/02.
- ✓ Decreto 320/02.
- ✓ Ley 48.
- ✓ Ley 3952.
- ✓ Ley 16.986.
- ✓ Ley 19.549.
- ✓ Ley 24.521.

- ✓ Ley 25.344.
- ✓ Ley 25.561.
- ✓ Ley 25.587.
- ✓ Ley 26.853.
- ✓ Ley 26.854.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Nicolas Bolatti
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	35.556.257
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Las medidas cautelares en el proceso Contencioso Administrativo Nacional.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	nico.b7@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	si
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

_____certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63). Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.