

EL CONTROL JUDICIAL Y LA LEGISLACIÓN CONTRA JURISPRUDENCIAL

ADRIÁN R. TIMPANARO

Profesor Adjunto de Derecho Constitucional,
Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción. II. La relación entre la jurisprudencia y la legislación. III. Antecedentes de legislación contra jurisprudencial. III.1. El caso del amparo – Los precedentes “Siri” y “Kot” y el Decreto-Ley 16.986. III.2. El efecto declarativo de las sentencias que condenan al Estado y el fallo “Pietranera”. III.3. Las astreintes y la modificación del Código Procesal Civil y Comercial. III.4. Las excepciones a la obligatoriedad del reclamo administrativo previo y la modificación del artículo 32 de la LNPA por medio de la Ley 25.344. III.5. Las limitaciones a las decisiones judiciales en la emergencia económica del año 2002. III.6. Las Leyes 26.854 de Medidas Cautelares contra el Estado y 26.944 de Responsabilidad del Estado. III.6.1. La Ley 26.854. III.6.2. La Ley 26.944. IV. Una solución plausible. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El control que ejercen los tribunales respecto de los actos emitidos por los otros departamentos que conforman el gobierno encuentra su fundamento y legitimación en el sistema de división de poderes. A su vez, este principio constituye un presupuesto troncal de la forma republicana de gobierno. Bajo esta premisa evaluaremos una serie de casos en los cuales se han producido modificaciones legislativas o la sanción de nuevas leyes que comparten un rasgo común, consistente en que sus disposiciones se erigen en directa contraposición con estándares anteriormente fijados jurisprudencialmente y atinentes a los institutos que dichas normas regulan. Desde ese punto de partida, este trabajo se propone reflexionar sobre el rol que le cabe a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el diseño institucional de nuestro sistema republicano y su relación con los demás poderes, así como también la manera en que estos tópicos repercuten en los derechos de los particulares.

II. LA RELACIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA Y LA LEGISLACIÓN

Al inicio de nuestras carreras se nos suele explicar que la ley es una fuente “formal” del ordenamiento jurídico, mientras que por el contrario la jurisprudencia

es una fuente “material”. Esto último en tanto las decisiones judiciales están destinadas a la resolución de controversias concretas y no constituye su finalidad el establecimiento de normas jurídicas generales y obligatorias. Sin embargo, esta conceptualización se ve relativizada a partir de la doctrina de los “precedentes”¹, por sobre todo cuando la decisión emana de la Corte Suprema en su carácter de Máximo Tribunal de Justicia de la Nación y cabeza del Poder Judicial. De igual forma, aquella primera construcción omite profundizar en la relación que existe si es que debe existir alguna entre ambas fuentes. Vale preguntarse entonces: ¿De qué manera deben interactuar la ley y las decisiones judiciales?

En un esquema elemental, se advierte que los jueces deben fundar sus decisiones en el Derecho aplicable, es decir, en la legislación vigente. Ahora bien, sin perjuicio de que ello constituye la pauta general, ¿qué ocurre cuando en el marco de una decisión judicial se interpreta de una forma distinta y novedosa una norma vigente, cuando se determina el alcance o inteligencia de una norma constitucional o, más aún, cuando se declara una inconstitucionalidad? ¿Puede en esos supuestos decirse que el orden de prelación de las fuentes se subvierte y, en consecuencia, debería ser la legislación positiva la que se encuadre con los criterios así fijados en la jurisprudencia?

Mentalmente, tal vez de manera intuitiva y sobre todo a partir de que se toma conocimiento de la existencia del control judicial de constitucionalidad, se suele asumir que luego de un *leading case* trascendente en materia constitucional debería sobrevenir una adecuación del ordenamiento jurídico, en tanto éste adecuada correspondencia con el texto constitucional y el contenido de nuestra Constitución, a su vez, se ve definido por las decisiones de la Corte.

En efecto, esto se ha verificado en innumerables oportunidades. Por caso lo acontecido en la década del 80, cuando luego que una sentencia del Cívero Tribunal declarase el derecho de las personas a contraer matrimonio en segundas nupcias², el Congreso superó largos años de presiones de distintos sectores y, finalmente, sancionó la Ley de Divorcio Vincular³. Más cerca en el tiempo, lo

1 En aquellos países en los cuales rige el principio del *stare decisis* (principalmente aquellos que forman parte del *Common Law* y otros de ascendencia anglosajona) se verifica la obligatoriedad de los precedentes jurisprudenciales. A su vez, un precedente puede ser definido como la decisión en un caso por un tribunal al que se considera que provee de ejemplaridad para un caso idéntico o similar que apareciera posteriormente (Black's Law Dictionary, 4th. ed., West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1968, p. 1340). En nuestro país, si bien la regla del *stare decisis* carece de recepción normativa o jurisprudencial, la Corte ha declarado hace ya algún tiempo que sus decisiones deben ser aplicadas por los demás tribunales de justicia de la Nación (Cfr. CSJN, 1985, “Cerámicas San Lorenzo”, Fallos: 307:1094).

2 CSJN, 1986, “Sejean, Juan B.”, Fallos: 308:2268.

3 Ley 23.515, B.O. 12/06/1987.

propio ocurrió con la Ley de Matrimonio Igualitario⁴, que fue promulgada merced a un fuerte impulso que insuflara al proyecto una mediática decisión judicial que ordenó a las autoridades celebrar un matrimonio entre dos personas del mismo género⁵. En este caso ni siquiera fue necesario que la controversia llegara a los estrados del Alto Tribunal⁶.

Incluso la Convención Constituyente de 1994 pareció haber recepcionado y plasmado en la reforma los temperamentos adoptados, en materia de jerarquía normativa de los instrumentos de Derecho internacional⁷, y en lo referido a la legitimación procesal en procesos colectivos⁸, apenas dos años antes en el celebre fallo “Ekmekdjian c/Sofovich”⁹. Por otro lado, existen asimismo las denominadas “sentencias exhortativas”, en las cuales el Tribunal ha señalado al Poder Legislativo la necesidad de sancionar una determinada norma. Así aconteció con el caso “Badaro”¹⁰ en cuya sentencia la Corte conminó al Congreso a emitir una legislación que asegurase el principio de movilidad de los haberes jubilatorios. En virtud de ello se sancionó la Ley de Movilidad Jubilatoria (Ley 26.198).

Sin embargo, puede asimismo suceder que el legislador opte por hacer caso omiso de la jurisprudencia y mantener la normativa alcanzada por una decisión judicial vigente sin modificación alguna¹¹. También en este supuesto existen ejemplos (el artículo 14 de la Ley 23.737 que tipifica la tenencia de estupefacientes para consumo personal mantiene su vigencia a pesar de que la Corte ha declarado su inconstitucionalidad en el año 2009, en el fallo “Arriola”¹²).

Más allá de lo cual, si bien este último comportamiento de parte del legislador ya de por sí amerita un interesante debate, mucho más deben llamar nuestra atención aquellos casos como los que se verán a continuación, donde no solamente el *status quo* en el ordenamiento jurídico que motivó una sentencia judicial

4 Ley 26.618, B.O. 22/07/2010.

5 Juzgado Cont. Adm. y Trib. CABA N° 15, 10/11/2009, “Freyre Alejandro y otro”.

6 En este caso las autoridades políticas decidieron instruir a la representación legal estatal para que no agotaran las instancias recursivas contra dicho pronunciamiento. Por otro lado, al momento de pronunciarse la Corte en otra causa que había sido radicada ante la Justicia Federal ya se había promulgado la Ley de Matrimonio Igualitario, razón por lo cual la cuestión se declaró abstracta (Cfr. CSJN, 2010, “Rachid”, Fallos: 333:1474).

7 Al incorporar el actual inciso 22 del artículo 75 CN.

8 Al también incorporar el actual artículo 43 CN.

9 CSJN, 1992, “Ekmekdjian, Miguel A.”, Fallos: 315:1492.

10 CSJN, 2006, “Badaro, Adolfo”, Fallos: 329:3089.

11 Vale recordar que por principio general, lo decidido en un proceso, aun cuando se trate de una declaración de inconstitucionalidad, sólo tiene efectos para el caso concreto en cuyo marco dicha decisión fue adoptada. Las sentencias judiciales no tienen efectos abrogatorios o derogatorios *per se*.

12 CSJN, 2009, “Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080”, Fallos: 332:1963.

es mantenido, si no que además se dictan nuevas normas que avanzan en sentido diametralmente opuesto a aquello establecido por los tribunales de justicia.

III. ANTECEDENTES DE LEGISLACIÓN CONTRA JURISPRUDENCIAL

III.1. *El caso del amparo - Los precedentes “Siri” y “Kot” y el Decreto - Ley 16.986*

Es por demás seguro que éste no se trata del primer antecedente que podría encontrarse en la historia de nuestro Derecho a efectos de ilustrar la práctica que nos ocupa. Sin embargo, es tal la trascendencia de la materia involucrada, así como lo palmario que resulta la finalidad de la regulación sancionada, dirigida ésta a desnaturalizar la acción que había sido creada por vía pretoriana, que nos motiva a iniciar por este caso nuestra enumeración.

El 27/12/1957 la Corte dictó sentencia en la causa “Siri”¹³. Con este pronunciamiento el Tribunal abandonó una pacífica jurisprudencia que, ante la ausencia de una legislación que reglamentare su trámite, había rechazado todo tipo de demanda que hubiera pretendido encausar una acción de amparo. Así, invocando el artículo 33 de nuestra Constitución, la nueva postura adoptada implicó consagrar la operatividad de la garantía del amparo. Al siguiente año, en la sentencia dictada en la causa “Kot”¹⁴, el instituto en cuestión terminó de ser perfilado. En este nuevo pronunciamiento se caracterizó al amparo como una acción rápida y expedita, a la vez que se le atribuyó su rol de vía subsidiaria y de excepción, ya que procedería su trámite sólo cuando la restricción al derecho presentase ilegalidad o arbitrariedad manifiesta y se ocasionare un daño irreparable al remitir la cuestión a las vías procesales ordinarias.

Así las cosas, no sería de extrañar que algunos años mas tarde el gobierno de facto encabezado por el General Onganía promulgara el Decreto-Ley 16.986¹⁵. Esta norma vino a reglamentar el amparo, subsanando la laguna normativa que existía al respecto y que había motivado su consagración pretoriana. Lamentablemente, como cabría esperar de un gobierno no democrático, esta reglamentación sobreabunda en disposiciones restrictivas que limitaron fuertemente los supuestos de procedencia del amparo¹⁶ y retacearon la utilidad misma de esta garantía¹⁷, desnaturalizando de esa manera la creación del Alto Tribunal.

13 CSJN, 1957, “Siri Angel”, Fallos: 239:459.

14 CSJN, 1958, “Samuel Kot SRL”, Fallos: 241:291.

15 B.O. 20/10/1966.

16 Los cinco incisos del artículo 2 de la norma enumeran una serie de supuestos (existencia de otras vías administrativas o judiciales más idóneas, que la decisión afectare un servicio público, etc.) en la presencia de los cuales, el artículo siguiente habilita el rechazo *in limine litis* de la acción.

17 El ya mencionado artículo 2 prohibía la declaración de inconstitucionalidad en el marco de un amparo, así como también establecía un plazo de caducidad de quince (15) días para su

Esta norma fue ampliamente cuestionada desde su inicio hasta nuestros días. Sin perjuicio de lo cual, muchos de sus contenidos más criticados recién fueron implícitamente derogados al entrar en vigencia el actual artículo 43 CN que ha otorgado al amparo consagración expresa. Paradójica y lamentablemente, desde la vuelta de la democracia el Congreso no ha producido una norma más adecuada que regule dicha garantía, ni siquiera luego de entrada en vigencia la nueva norma constitucional, cuya incompatibilidad con el Decreto-Ley se hace manifiesta respecto de varios de sus contenidos.

De todos formas, como ya se ha adelantado, esta norma no se trata de una ley sancionada por el Honorable Congreso de la Nación. La reglamentación en cuestión fue sancionada, como tantas otras normas de suma importancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico¹⁸, durante el período de gobiernos de facto que extendió entre los años 1966 y 1973. De allí que no revista la misma trascendencia –a los fines de este trabajo– un comportamiento de este tipo por parte de un gobierno no constitucional. Por el contrario, en los casos que abordaremos en los siguientes acápite, se trata de normas emitidas por el Congreso en períodos de gobiernos democráticos.

III.2. *El efecto declarativo de las sentencias que condenan al Estado y el fallo “Pietranera”*

A principios del siglo pasado la Ley 3952, en su artículo 7 había establecido el carácter declarativo de las sentencias dictadas contra el Estado. Luego de un extendido período iniciático, en el cual se juzgó constitucional dicho dispositivo normativo¹⁹, durante la década del 60, se estableció –con carácter de regla general– una interpretación de la norma que pudiera conciliar su contenido con los derechos constitucionales que pudieran verse alterados. Este cambio de rumbo suele fijarse en la sentencia dictada en el caso “Pietranera”²⁰ del año 1966. (Aunque, en rigor de verdad, esta decisión estaba precedida por un primer esbozo del temperamento que adoptaría la Corte, expresado en el fallo “Novaro de Lanús”²¹, del año anterior).

inicio. Por su lado, el artículo 15 prevé que el recurso de apelación contra la sentencia a dictarse tendrá efecto suspensivo.

18 Por ejemplo, el Código Aduanero (Decreto-Ley 22.415 de 1981); el Código Nacional Electoral (Decreto-Ley 19.945 de 1972); la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Decreto-Ley 19.549 de 1972), la Ley de Sociedades Comerciales (Decreto-Ley 19.550 de 1972) y la Ley de Concursos y Quiebras (Decreto-Ley 19.551 de 1972), si bien la mayoría de éstas han sido objeto de reformas parciales.

19 CSJN, Fallos: 100:280; 127:126; 127:137; 128:11; 143:84; 186:151; entre muchos otros.

20 CSJN, 1966, “Pietranera, Josefa y otros c/ Gobierno Nacional”, Fallos: 265:291.

21 CSJN, 1965, “Novaro de Lanús, Noemí c/ Estado Nacional”, Fallos: 263:554.

De esta manera, se inauguraba una corriente jurisprudencial que admitía la fijación, por parte de los tribunales de justicia, de un plazo al Estado para el cumplimiento de las sentencias de condena dictadas en su contra, siempre que éste hubiera dilatado su acatamiento en forma irrazonable.

Esta construcción jurisprudencial tuvo en un primer momento correlato parcial en la Ley de Contabilidad (Decreto-Ley 22.354), en su artículo 17. Sin embargo, ya durante el período de gobiernos constitucionales que se extiende hasta nuestros días, y sobre todo a partir de las constantes situaciones de emergencia económica, diferentes normas fueron apartándose cada vez más de las pautas fijadas por las sentencias mencionadas.

A este proceso puede atribuírsele un punto de partida con el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia 2196/86. Esta norma suspendió la ejecución de los juicios previsionales, alegando la imposibilidad de hacer frente a la enorme cantidad de sentencias que ordenaban reajustes previsionales²². Posteriormente, a través de la promulgación de la Ley 23.696 de reforma del Estado –artículos 50 a 57– se dispuso la suspensión por dos años de la ejecución de todas las sentencias y laudos arbitrales firmes que condenaban al Estado al pago de dinero, así como también la suspensión de las sentencias y laudos que se dictasen dentro de ese mismo bienio.

El correlato lógico de este proceso se daría en el año 1991, cuando la Ley 23.982 –que tenía por objeto principal establecer la consolidación de la deuda pública– en su artículo 3 dispuso que “[l]as sentencias judiciales, los actos administrativos firmes, los acuerdos transaccionales y los laudos arbitrales que reconozcan la existencia de las obligaciones alcanzadas por la consolidación dispuesta en los artículos anteriores, tendrán carácter meramente declarativo con relación a los sujetos del artículo 2, limitándose al reconocimiento del derecho que se pretenda”. Paralelamente, respecto a las obligaciones de causa posterior al 1º de abril de 1991, su artículo 22 dejó sentado para el futuro que “... el Poder Ejecutivo Nacional deberá comunicar al Congreso de la Nación todos los reconocimientos administrativos o judiciales firmes de obligaciones (...) que carezcan de créditos presupuestarios para su cancelación en la ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento (...). El acreedor estará legitimado para solicitar la ejecución judicial de su crédito a partir de la clausura del período de sesiones ordinario del Congreso de la Nación en el que debería haberse tratado la ley de presupuesto que contuviese el crédito presupuestario respectivo”.

22 Increíblemente, entre los fundamentos invocados para justificar el dictado de la norma se indicó que “... el pago de esos créditos judiciales importó introducir una irritante e inaceptable desigualdad en menoscabo de la situación de los beneficiarios que no iniciaron acción judicial, pues mientras éstos seguían percibiendo haberes bajos, los demandantes favorecidos por los fallos obtenían reajustes importantes”. Ver B.O. del 02/12/1986 y ADLA, XLVI-D-4180 y ss.

En los años siguientes a su promulgación, la Ley 23.982 se vería modificada, ampliada y complementada mediante dispositivos insertos en las Leyes 24.447 y 24.624, entre otras medidas, la segunda ley mencionada dispuso la inembargabilidad de los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público, así como también que las condenas emitidas por el Poder Judicial sólo serían satisfechas dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en el presupuesto general de la Administración nacional (en el caso que el presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida carezca de crédito presupuestario suficiente para satisfacerla, el Poder Ejecutivo Nacional deberá efectuar las provisiones necesarias a fin de su inclusión en el del ejercicio siguiente) y que la condenas dispuestas contra sociedades del Estado o cualquier otro ente con participación societaria estatal en ningún caso podrán ejecutarse contra el Tesoro nacional, ya que la responsabilidad del Estado se limita a su aporte o participación en el capital de dichas organizaciones empresariales²³.

En síntesis, como se puede apreciar, todo este conjunto normativo ha reconducido el estado de cosas en la materia, nuevamente en dirección a otorgar carácter meramente declarativo a las sentencias dictadas contra el Estado, relativizando ciertamente el sentido tuitivo de dichos pronunciamientos desde la perspectiva de los derechos de los particulares que reclaman su cumplimiento en juicio.

III.3. *Las astreintes y la modificación del Código Procesal Civil y Comercial*

Íntimamente relacionado con el tema abordado en el apartado que antecede se presenta el caso que analizaremos. Muy posiblemente a resultados de los cambios normativos *ut supra* reseñados, proliferaron los incumplimientos de mandas judiciales por parte de los otros poderes del Gobierno. Como reacción a esto, se multiplicó entre los magistrados la práctica de disponer la aplicación de las sanciones conminatorias previstas en los artículos 37 y 513 del Código ritual y 666 bis del antiguo Código Civil, en la persona de los funcionarios responsables de dichos incumplimientos.

Como fundamento de este temperamento, se ha dicho que la inembargabilidad establecida en el artículo 4 de la Ley 23.982 no impide a los jueces aplicar astreintes en aquellos supuestos en que comprueben la existencia de una irritante e injusta resistencia al cumplimiento de sus decisiones, pues esa disposición, en todo caso, únicamente podría tener incidencia en relación con la forma de hacerla efectiva, pero no, en cambio, respecto de su porcedencia y determinación²⁴.

23 Artículos 19, 20 y 21.

24 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 02/06/1994, "Pizarro, Alberto C. y otros –incidente c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia)".

Sin embargo, en el año 2001 se modificó el artículo 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), introduciendo en su tercer párrafo la siguiente previsión: “Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”²⁵. Por su lado, la Ley 26.854 de medidas cautelares contra el Estado, reitera dicho temperamento en su artículo 9. Este establece que “[l]os jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”.

Existen posturas que han pretendido relativizar los efectos de esta prohibición, destacando que nada impide a los magistrados disponer la aplicación de astreintes o multas por incumplimiento de sus sentencias contra el organismo condenado²⁶. Si bien esto es cierto, no puede soslayarse que el efecto disuasivo no acarrea la misma potencia, desde que la consecuencia del incumplimiento ya no recae sobre quien debe tomar la decisión, sino sobre el erario público. Más aún, no sería extraño que en buena parte de los casos, al tener que afrontar el pago de esas sanciones, quien decidió desoir la manda judicial posiblemente ya no se encuentre a cargo del órgano al que se le endilga responsabilidad o, incluso, puede ya no desempeñarse en función pública alguna.

A tenor de ello, se ha señalado con pesimismo que “el cobro al Estado de sus acreencias reconocidas por sentencia judicial se transforma prácticamente en un nuevo proceso que ya no tiene –por principio– el control judicial, desde que no está previsto ningún tipo de sanción específica para aquel funcionario que se encargue de la deuda pública y no cumpla las órdenes judiciales”²⁷.

III.4. *Las excepciones a la obligatoriedad del reclamo administrativo previo y la modificación del artículo 32 de la LNPA por medio de la Ley 25.344*

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA)²⁸ derogó el régimen anterior establecido por las Leyes 3952 y 11.634, ello implicó entonces

25 Artículo 195 sustituido por Ley 25.453, artículo 14 (B.O. 31/07/2001) Adla LXI-D, 4057.

26 MONTI, LAURA M., “La ejecución de sentencias condenatorias del Estado”, en CASAGNE, JUAN C. (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, T. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 1727-1728.

27 GALLEGOS FEDRIANI, PABLO, “El cumplimiento forzoso de las sentencias por parte del Estado Nacional”, en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A. (dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, FDA, Buenos Aires, 2012, Cap. VI.

28 Decreto-Ley 19.549. B.O. 17/04/1972.

la instauración de un nuevo régimen en la materia. Nuestra Corte culminó de delimitar el universo de casos alcanzados por una y otra vía, así como de establecer su carácter excluyente entre sí, en el fallo “Mackentor”²⁹ donde expresó que “... cabe distinguir entre la vía impugnatoria –que presupone el agotamiento de las instancias administrativas reglamentadas en los arts. 23 y ss. de la Ley 19.549– cuyo resultado sería necesariamente la declaración de ilegitimidad del acto administrativo, de la reclamación del reconocimiento de un derecho –aun originado en una relación jurídica preexistente– basada en lo dispuesto por los arts. 30 y concordantes de ese mismo cuerpo legal”.

Como se ha señalado el denominado “reclamo administrativo previo” se encuentra regulado por los artículos 30 a 32 LNPA, el primero de ellos impone que “[e]l Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica...”.

Por su parte, el artículo 32 enumera los supuestos de excepción en los cuales la interposición del reclamo no es necesaria a los efectos de la habilitación de la instancia judicial. En su redacción originaria, este artículo había recogido todas las excepciones que se habían establecido de forma pretoriana. Así el artículo incluía seis incisos que prevenían distintas situaciones excluidas de la exigencia de dicho recaudo³⁰. La amplitud del universo de casos alcanzado por esas dispensas, en su momento, llevó a parte de la doctrina a sostener que el requisito del reclamo administrativo previo había perdido toda vigencia en nuestro ordenamiento³¹.

Sin embargo, en el año 2000 se sancionó la Ley 23.544. Esta norma se trata de una ley declarativa de emergencia económica, sin perjuicio de lo cual, introdujo profundas transformaciones en la regulación tanto del proceso contencioso administrativo como del procedimiento administrativo. La mayor parte de estos cambios se plasmaron mediante la modificación del texto del Decreto-Ley 19.549. Concretamente, en su artículo 12, la Ley 23.544 derogó cuatro de los incisos del artículo 32 de la LNPA, contemplando en su actual redacción –como

29 1989, “Mackentor S.A. c/ O.S.N. s/ daños y perjuicios”, Fallos: 312:1017.

30 Artículo 32 (Texto originario). El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: a) Un acto dictado de oficio pudiere ser ejecutado antes de que transcurran los plazos del artículo 31; b) Antes de dictarse de oficio un acto por el Poder Ejecutivo, el administrado se hubiere presentado expresando su pretensión en sentido contrario; c) Se tratase de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; d) Se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado o se intentare una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria; e) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil; f) Se demandare a un ente descentralizado con facultades para estar en juicio.

31 GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, 11ª ed., *El Procedimiento Administrativo*, F.D.A., Buenos Aires, 2016, p. XII-4.

excepción a la obligatoriedad del reclamo administrativo previo— solamente a aquellos supuestos en que la pretensión consista la repetición de lo abonado en virtud de una ejecución, como así también de gravámenes pagados indebidamente (inciso a) o en la reparación de daños y perjuicios contra el Estado por su responsabilidad extracontractual (inciso b).

Ahora bien, de entre las excepciones derogadas, aquella contemplada en el antiguo inciso e) de la norma —referida al denominado “formalismo inútil” que se configura cuando la conducta constante de la Administración hace presuponer que lo reclamado será rechazado— se trataba de la recepción normativa de una antaño y pacífica jurisprudencia. Asimismo, esta solución encontraba fundamento en la protección de derechos reconocidos en el texto constitucional y en instrumentos internacionales que ostentan rango supralegal³².

A tenor de ello la Excma. Cámara de Apelaciones del Fuero Contencioso Administrativo Federal en pleno, recogiendo los argumentos arriba mencionados fijó como doctrina obligatoria, para el Fuero, que “[e]l ‘ritualismo inútil’ traduce un principio jurídico que subsiste como tal, no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma que la Ley 25.344 (art. 12) introdujo al art. 32, inciso e) de la Ley 19.549 respecto al reclamo administrativo previo”³³.

Por último, otra cuestión que no puede dejar de mencionarse es que la derogación del inciso f) ha suscitado un sustancial giro en la materia al extender la exigibilidad del reclamo administrativo previo al ámbito de la Administración descentralizada, culminando así con un criterio cuya aplicación se había erigido como norma en el año 1977 con el dictado del Decreto-Ley 21.686, pero data desde antes bajo la forma de regla jurisprudencial.

III.5. *Las limitaciones a las decisiones judiciales en la emergencia económica del año 2002*

Ya se ha hecho alusión al Decreto de Necesidad y Urgencia 2196/86, esta norma suspendió por dos años la ejecución de las sentencias dictadas en materia previsional. Luego se indicó como las normas de consolidación de deuda pública y su reglamentación hicieron lo propio, por sendos períodos de tiempo, con todas las sentencias de condena a entregar sumas de dinero dictadas contra el Estado, a efectos de instrumentar el pago de esas acreencias con títulos de la deuda pública.

32 Claramente puede establecerse que este supuesto que exime del agotamiento de la vía reclamatoria se funda directamente en la garantía de la tutela judicial efectiva receptada en el artículo 18 de nuestra norma fundamental y en diversos pactos internacionales tales como el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8, inciso 1) y Pacto de Derecho Civiles y Políticos (artículos 2 y 3) los cuales gozan de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 de la CN)

33 C. Nac. Cont. Adm. Fed., en pleno, 18/05/2011, “Córdoba, Salvador y otros c/ E.N.-Dirección General de Fabricaciones Militares s/empleo público”.

Sin embargo, sin duda el caso más curioso, llamativo y de mayor gravedad, se produjo durante la emergencia económica del año 2002. En ese contexto una literal avalancha de acciones de amparo y pedidos de medidas cautelares se desató en un muy breve espacio de tiempo. La mayoría de estos procesos perseguía como pretensión que los jueces de cada causa ordenasen, en forma cautelar, la restitución a sus titulares en especie, es decir en moneda estadounidense, de los depósitos en plazos fijos y cajas de ahorro, así como también inversiones en fondos comunes de inversión que habían quedado atrapados dentro del sistema financiero por aplicación, en un primer momento del Decreto 1570/01 y luego del Decreto 214/02 el cual además había establecido un cronograma de restitución de dichos importes en pesos –a la paridad de \$ 1,40 por dólar– y en cuotas pagaderas entre los años 2003 y 2005.

No todos los jueces, pero ciertamente la mayoría, admitieron masivamente este tipo de tutelas anticipatorias (en algunos casos parcialmente y en otros tantos con el alcance total requerido por los actores). En virtud de ello, el Congreso sancionó la Ley 25.587, denominada “Ley antigoteo” o “Ley tapón”³⁴.

Los principales efectos que esta norma intentó imponer consistieron en proscribir el otorgamiento de cualquier medida cautelar que no se tratara de la genérica medida de no innovar del artículo 230 CPCCN, la obligación de librar un pedido de informes al Banco Central de la República Argentina (BCRA) a fin de que éste diera cuenta sobre la existencia y legitimidad de la imposición efectuada ante la entidad financiera, los saldos existentes a la fecha del informe en la cuenta de la parte peticionaria, como así también el monto y la moneda de depósito pactada originalmente y, finalmente, estableció que los recursos de apelación interpuestos contra estas decisiones tendrían efecto suspensivo.

Ya desde el propio debate en el Congreso se escucharon fuertes críticas hacía estas medidas. Puntualmente se señaló su inconstitucionalidad “... en virtud de que, sin lugar a dudas, restringe uno de los pilares del sistema de garantías y defensas que establece la Constitución Nacional. (...) Bastaría leer solamente el artículo 43 de la Constitución Nacional para advertir que se está frente a una norma y una restricción decididamente inconstitucional. Pero hablar hoy de inconstitucionalidad en una Argentina donde ya no se respeta ningún derecho me parece casi un anacronismo (...) La norma en consideración, por sobre todas las cosas, además de inconstitucional es inútil. Inútil procesalmente porque le doy 48 ó 72 horas para que un juez la declare inconstitucional y prosiga adelante con las acciones y los embargos”³⁵. A su turno fue la doctrina la que inmediatamente multiplicó los cuestionamientos a la validez de la nueva normativa. Estas posturas

34 B.O. 26/04/2002.

35 Palabras pronunciadas por la entonces Senadora CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER. Cfr. antecedentes parlamentarios en www.senado.gov.ar.

hacían especial hincapié en la indebida injerencia que el legislador había asumido, respecto a cuestiones que constituyen competencias privativas del Poder Judicial en general y de los jueces de cada causa en particular³⁶.

En tal contexto, la reacción de los órganos jurisdiccionales no se hizo esperar y prontamente se sucedieron las declaraciones de inconstitucionalidad de dicha legislación³⁷. Aquí es donde se presenta el rasgo especial, distintivo y por demás llamativo de este caso. En pocos meses el Poder Ejecutivo, lejos de tomar nota del fracaso de la norma emitida por el Congreso, insistió con el dictado del Decreto 1316/03, en el cual dispuso suspender por 120 días hábiles el cumplimiento y la ejecución de todas las medidas cautelares y sentencias definitivas dictadas en los procesos judiciales mencionados en el artículo 1 de la Ley 25.587. Durante ese período se suponía que las entidades bancarias notificadas de medidas cautelares ordenadas en su contra solamente debían limitarse a informar de estas al BCRA), éste elaboraría un listado cronológico de dichas mandas judiciales. Así, una vez operado el vencimiento de la suspensión, el Banco Central debería cumplir todas las medidas cautelares mediante el embargo de los importes correspondientes sobre los fondos del encaje bancario de cada entidad financiera, para lo cual la norma le otorgaba un nuevo plazo de treinta días hábiles. Como podría haberse anticipado (muy probablemente se buscó en forma deliberada) en escaso tiempo muchos tribunales habían también declarado la inconstitucionalidad de esta norma³⁸. En aquellos casos en que no lo hicieron³⁹, la entidad rectora del sistema financiero se vio colapsada por los múltiples pedidos y el cumplimiento de dichos requerimientos se demoró desproporcionadamente, logrando así —en uno u otro supuesto— el efecto dilatorio que anteriormente se había perseguido.

En referencia a esta particular coyuntura, BIDART CAMPOS agudamente ironizó “[p]arece que estamos jugando a la pelota: la ley se la arroja a los jueces y

36 KIELMANOVICH, JORGE L., “Algunas breves reflexiones en torno a la ley 25.587. Medidas cautelares”, *LL*, 2002-C, 1124 y GOZAÍNI, OSVALDO A., “Análisis de la ley 25.587”, *AD-LA2002-C*, 3927.

37 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, 26/08/2002, “Barrientos, Germán César v. Estado Nacional s/amparo ley 16986”; 16/12/2002, “Poceiro de Dieguez, Cristina y otro c. Poder Ejecutivo Nacional”; Sala II, 25/06/2002 “Grimberg, Marcelo Pablo v. Estado Nacional s/amparo ley 16986”; y C. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala II, 03/10/2002, “Curotto, José v. Jackson Berkley International Life Cía. de Seguros de Vida S.A. s/amparo”.

38 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, 13/09/02, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN PEN Decreto 1570/01 s/ Amparo ley 16.986” y Sala II, 03/03/2003, “Asociación Mutual del Personal Philips Argentina v. Estado Nacional”.

39 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 01/08/2002, “Martino, Adolfo v. Poder Ejecutivo Nacional -ley 25561, decretos 1570/01 y 214/02”.

éstos tienen que devolvérsela, porque la Constitución viene a ser el *referee* que descalifica este partido de fútbol inconstitucional”⁴⁰.

III.6. *Las Leyes 26.854 de Medidas Cautelares contra el Estado y 26.944 de Responsabilidad del Estado*

Estas dos normas sancionadas en los últimos años han venido a suplir la ausencia de legislación específica en dos materias tan relevantes en cuanto a la vigencia efectiva de un Estado de Derecho en toda su concepción. Claro está que ante esas lagunas, hasta este momento habían sido los tribunales quienes, por la vía pretoriana, habían dotado al ordenamiento jurídico de las herramientas necesarias a efectos de que dichas falencias no trasuntaran en denegación de justicia. En un caso adaptando normas incluidas en el Código Procesal Civil y Comercial, mientras que en el otro se acudió a la aplicación de normas existentes en el recientemente derogado Código Civil. Ello así, en una primera impresión ambas leyes aparentan haber receptado esas construcciones jurisprudenciales, sin embargo, mediante un análisis pormenorizado de su articulado se advierte que determinadas cuestiones –puntuales, pero no por eso menos medulares– o bien se han contradicho llanamente algunos de los más inmediatos avances jurisprudenciales en la materia, o en todo caso se puede apreciar un apartamiento del carácter tuitivo de la jurisprudencia, sobre todo de la Corte, de los últimos años.

III.6.1. La Ley 26.854

En cuanto a la Ley 26.854, previo a cualquier análisis que se pretenda efectuar, no puede dejar de contemplarse el contexto en el cual se dio su sanción. En efecto, el proyecto que dio origen a esta norma fue enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo, dentro de una iniciativa denominada de “democratización de la Justicia” que incluía otros tres proyectos de leyes que regulaban cuestiones inherentes a la organización del Poder Judicial. Ahora bien, lo destacable aquí es que semejante emprendimiento legislativo, lejos de haber representado el corolario de un proceso tendiente a materializar una política legislativa precedida por un profundo proceso de debate, todo lo contrario, fue el fruto de una espasmódica y más que probablemente irreflexiva reacción de parte del gobierno de aquel período frente a la decisión –en primer lugar de parte de la Justicia en lo Civil y Comercial Federal, luego confirmada por el Alto Tribunal– de extender la vigencia de una medida cautelar requerida por el “Grupo Clarín”, que suspendía la aplicación de ciertas disposiciones de la “Ley de medios”. Esto implicó un revés político para dicho gobierno y fue interpretado por éste o bien como un acto de traición, o bien como un acto de rebeldía inaceptable de parte del Poder Judicial. Cualquiera fuera el caso, la reacción no se hizo esperar, y en el acto de apertura

40 BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “En torno de la ley ‘tapón’ N° 25.587”, *LL*, 2002-D, 1023.

del siguiente período de sesiones se anunció el envío de los cuatro proyectos que se convertirían en todos los casos en ley, aunque dichas normas han corrido dispar –y generalmente no muy buena– suerte⁴¹.

En tal marco, como podrá nuevamente vislumbrarse, la finalidad restrictiva sería la nota distintiva de la norma. Así, pese a que en su mensaje de elevación se indica especialmente que “... [l]a interpretación y adaptación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal vienen realizando de las normas procesales civiles en los juicios contra el Estado Nacional, son aportes valiosos que han sido asumidos por este proyecto en la inteligencia que ellos exhiben una razonable armonización entre el interés privado y el público”, lo dispuesto por esta norma respecto a la bilateralización del trámite de las medidas cautelares alcanzadas por su aplicación (artículo 4), la limitación al tiempo de vigencia de dichas tutelas (artículo 5), los efectos de la apelación de la medida cautelar que dispone la suspensión de los efectos de una ley o de un reglamento de igual rango (artículo 13, apartado 3, segundo párrafo), entre otras disposiciones⁴², contradicen o implican un retroceso respecto al estado de la jurisprudencia al momento de sancionarse la norma en cuestión.

En particular, respecto a cada una de estas soluciones normativas, se pueden formular las siguientes apreciaciones:

a) En primer término, el artículo 4 que fija que cuando se solicite una medida cautelar el juez deberá previamente a todo trámite requerir a la autoridad pública demandada que produzca un informe, dando cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Para ello contará con un plazo de cinco días o tres tratándose de una acción de amparo.

41 La Ley 26.855 (B.O. 27/05/2013) por medio de la cual se pretendió modificar drásticamente la composición del Consejo de la Magistratura y establecer que todos sus miembros serían designados por elección popular, fue prontamente declarada inconstitucional por la Corte en el precedente “Rizzo”, 2013, Fallos 336:760. Por su parte, la Ley 26.861 (B.O. 17/05/2013) que buscaba detraer de las potestades de los magistrados la facultad de nombrar empleados y centralizar dichas decisiones en el Consejo de la Magistratura, fue sólo parcialmente implementada y, finalmente, la Ley 26.853 (B.O. 03/06/2013) que creó Cámaras de Casación Federal en los fueros Civil y Comercial, Contencioso Administrativo y de la Seguridad Social, sufrió la suspensión de su implementación, cuando se pretendió ocupar, mientras durasen los concursos correspondientes, todas las vocalías con conjuces surgidos de una lista que, según había resuelto también nuestra Corte, no había sido aprobada con la mayoría necesaria en el Honorable Senado de la Nación, incumpliendo así los requerimientos constitucionalmente previstos para su validez.

42 Ciertamente, la norma en general ha sido objeto de críticas dada su señalada orientación restrictiva. (Cfr. ROJAS, JORGE A., “El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado”, Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853, *LL*, 23/05/2013.

A su vez, en la misma oportunidad la demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes.

Por una parte he de señalar que lo prescripto en el primer párrafo de la norma aludida remite a los apartados d), del inciso 1 de los artículos 13, 14 y 15 de la ley. En todos ellos se agrega, como presupuesto de procedencia de medidas tutelares contra el Estado, la no afectación del interés público. Además de la objeción que de por sí amerita este criterio (toda vez que adopta un concepto jurídico indeterminado de semejante vaguedad y amplitud como la noción de “interés público” para establecerlo como un límite a la protección de los derechos), esta norma se emparenta con otras disposiciones legales como los ya mencionados – en el punto 2.3 del presente– artículos 9 de la propia Ley 26.854 y el artículo 195 del Código ritual, así como también el inciso c) del artículo 2 del Decreto-Ley 16.986⁴³. Todas ellas comparten una peculiaridad común y ésta es que, bajo el ropaje de establecer límites supuestamente razonables al ejercicio de las potestades jurisdiccionales por parte de los magistrados, plasmar una postura falaz, toda vez que parte de la base de que la protección tutelar de los derechos individuales resulta ser un valor necesariamente opuesto al interés general.

Amén de ello, la bilateralización del proceso cautelar invierte el criterio jurisprudencial que históricamente rigió la materia, esto es que por regla general el otorgamiento de medidas cautelares se resuelve *in audita parte* y, sólo excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales han dispuesto un pedido de informe a la entidad demanda, cuando algún extremo no resultaba totalmente acreditado en la pieza donde se peticionó la tutela en cuestión. Temperamento que, no puede soslayarse, resulta aquel que mejor se amolda a la urgencia que presentan las cuestiones que se tratan y al consecuente carácter expedito que define este tipo de incidencias.

b) En segundo lugar, en cuanto al plazo de vigencia impuesto en el artículo 5, el mensaje de elevación del proyecto de ley justifica su existencia en lo resuelto por el Alto Tribunal en autos “Grupo Clarín”⁴⁴. En efecto, allí la Corte advirtió sobre el peligro de desnaturalizar el instituto cautelar que viene aparejado por el hecho de que ciertas tutelas concedidas hasta arribar a una sentencia definitiva se extiendan en forma desproporcionada y trasuntan un perjuicio para una de las partes del proceso. De ese modo estableció la necesidad de que los órganos jurisdiccionales fijen un límite temporal a las medidas precautorias dictadas contra el Estado Nacional, en particular, cuando mediante ellas se ordena la suspensión de

43 “La acción de amparo no será admisible cuando: (...) c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado”.

44 CSJN, 2010, “Grupo Clarín y otros”, Fallos: 333:1885.

leyes del Congreso. Ahora bien, no puede soslayarse que el plazo que impone la norma justamente es de por sí desproporcionado por escueto, dado lo insuficientes que esos seis meses resultan.

Nótese que, sobre todo a partir de ciertas modificaciones introducidas por medio de la Ley 25.344, el juez contencioso se ve obligado a, oficiosamente, disponer una comunicación por oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación, gestionar la remisión de las actuaciones administrativas previas al tribunal (en la mayoría de los casos) para luego remitir el expediente y dichas actuaciones al Ministerio Público Fiscal a efectos de que éste dictamine respecto a la competencia del tribunal y la habilitación de la instancia judicial y, así expedirse el propio magistrado sobre las mismas cuestiones. Recién a esa altura se podrá disponer el traslado de la demanda.

En definitiva, el mismo legislador que ha dilatado la duración de los procesos contra el Estado, luego se agravia de que las medidas cautelares otorgadas hasta que se dicte sentencia extienden su vigencia en demasía y, en consecuencia, fija un plazo irrazonable que no sólo perjudica la finalidad tutelar de dichas medidas, sino que contraria el principio de economía procesal, obligando a la sustanciación de una nueva incidencia y una nueva resolución de parte del magistrado de la causa, para el supuesto de que se requiera (lo más probable) extender por otro período la duración de dicha tutela.

Asimismo, la medida adoptada por el legislador puede también ser tildada de innecesaria y redundante a partir del carácter provisorio que presenta toda medida cautelar, aspecto que ha sido sistemáticamente señalado por la jurisprudencia⁴⁵ y en virtud del cual tanto la parte afectada como los terceros –en la medida de su interés– podrán solicitar que las medidas cautelares sean dejadas sin efecto cuando se hayan modificado las circunstancias originalmente tenidas en cuenta al decretarlas, lo que el órgano jurisdiccional deberá resolver como corresponda, previo traslado a la parte que solicitó aquélla (Cfr. artículo 203 CPCCN).

En consonancia, la Corte Suprema de Justicia ha recordado que la resolución que hace lugar a medidas cautelares, ajustándose a las particularidades del caso, es siempre provisional y corresponde que sea modificada o suprimida –si la situación ulterior lo aconseja–, atendiendo a la variación o a la invalidez de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se las dispuso⁴⁶.

45 La Corte Suprema sostuvo en la causa “Obra Social para la Actividad Docente (OS-PLAD)”, resuelta el 28/07/1994, que “las medidas precautorias crean un estado jurídico provisional, susceptible de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio en tanto y en cuanto hayan variado los presupuestos determinantes de su traba, o se hayan aportado nuevos elementos de juicio que señalen la improcedencia de su mantenimiento”. El mismo criterio sostuvo en 2004, “Clemente, Eduardo A. y otros c/ Provincia de Santiago del Estero”, Fallos: 327:849, considerando 4.

46 CSJN, 1967, “S.R.L. Aristoplast”, Fallos: 269:131.

c) En tercer lugar, resta considerar el efecto devolutivo otorgado a la apelación contra una resolución que dispone la suspensión cautelar de una ley o reglamento. La idea de suspender los efectos de una medida urgente hasta que ésta sea confirmada por un tribunal superior no es novedosa, dicha medida ya fue impuesta en el Decreto-Ley 16.986 para el amparo. En su momento (al sancionarse el Decreto-Ley 16.986) se justificó tal solución aduciendo que un juez de primera instancia carecía de entidad para adoptar una decisión de semejante trascendencia⁴⁷.

No puede dejar de resaltarse que dicho razonamiento no sorprende viniendo de un gobierno de facto, más preocupa que sea replicado en una norma sancionada en épocas de vigencia de la Constitución. Más allá de ello, el artículo 15 del aludido Decreto-Ley se apartó de la jurisprudencia previa a su sanción y si bien es cierto que posteriormente la jurisprudencia se encuentra dividida respecto a la validez de esta norma, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil declaró, ya en el año 1998, la inconstitucionalidad del artículo en estudio⁴⁸. Por otra parte, Este criterio es el inverso al consagrado por el inciso 6 del artículo 498 del CPCCN (cuya aplicación también es postulada por parte de la doctrina a fin de zanjar la cuestión), que impone el efecto sólo devolutivo como lo normal, pero autoriza al juez de la causa a conceder el recurso con efecto suspensivo si existiera el riesgo de que la ejecución de la tutela trajera aparejado un perjuicio irreparable.

A mayor abundamiento, debe hacerse especial hincapié en que, si el fundamento de esta disposición estriba en el temor al exceso de parte de los magistrados de sus potestades a la hora de conceder este tipo de cautelares, desde antiguo la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, por vía de principio, no proceden las medidas cautelares respecto de actos administrativos, normas reglamentarias⁴⁹ y leyes nacionales o provinciales⁵⁰ habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, regla de la que sólo cabe apartarse –ha añadido– cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles⁵¹.

47 Según evoca SAGÜÉS, el entonces Secretario de Justicia indicó que "... siendo el amparo una institución susceptible de poner en situación de oposición a dos poderes del Estado, es razonable que los actos judiciales que puedan incidir sobre la marcha del otro poder, en cuanto deban ser ejecutados, emanen de las instancias superiores..." (SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, T. III, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 672).

48 C. Nac. Civ., Sala I, 19/11/1998, "Quinquel S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires".

49 No obstante, el Tribunal Címero hizo lugar a la prohibición de innovar de un reglamento en 1995, "Baliarda c/ Provincia de Mendoza", Fallos 318:1077.

50 CSJN, 1997, "Universidad Nacional de Mar del Plata", Fallos 320:1027.

51 CSJN, Fallos 250:154; 251:336; 307:1702; 314:695; entre muchos otros.

Por de pronto, es necesario mencionar que la secuela negativa que se asigna a las disposiciones comentadas se encuentra parcialmente atemperada, en tanto la ley exime de su cumplimiento a los supuestos en los cuales se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria⁵². De todas maneras no es ocioso preguntarse por qué razón para el legislador los derechos sólo merecen ser reconocidos en tiempo y forma cuando su titular se encuentra al borde de la muerte, pasando penurias o en riesgo de sufrir inanición.

Finalmente, una preocupante reflexión debe merecernos el hecho de que una norma que se encuadró en un proceso denominado de “democratización de la Justicia”, paradójicamente abreve y presente tantas similitudes, ya sea en la finalidad general –claramente restrictiva– ya en algunas de sus disposiciones en particular, con una norma como el tantas veces aludido Decreto-Ley 16.986, dictado por un gobierno militar. Al hilo de este razonamiento, no podemos perder de vista que “el derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a éste”⁵³.

III.6.2. La Ley 26.944

En referencia a la Ley de Responsabilidad del Estado, entendemos que son dos los aspectos que nos obligan a detenernos para examinar, en razón de su vinculación con la temática aquí abordada. Por una parte la ley admite la responsabilidad por actividad ilícita por omisión, solamente cuando se hubiere incumplido un deber “expreso y determinado” por una norma y luego limita el alcance de la indemnización para los casos de responsabilidad por actividad lícita, excluyendo el lucro cesante.

a) El artículo 3 de la ley, en su inciso *d*), el cual se refiere a la “falta de servicio” como presupuesto de la responsabilidad estatal específica que “la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

La adopción de tal temperamento sorprende, pues existe toda una evolución jurisprudencial de la Corte Suprema dedicada especialmente a establecer reglas

52 El proyecto original establecía que dichos recaudos no regían cuando “estuviera comprometida la vida, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria”. Los agregados se dieron a partir de la intervención del periodista y titular del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) HORACIO VERBITSKY frente a la Comisión de Asuntos Constitucionales del Honorable Congreso de la Nación. Sus propuestas fueron receptadas al pie de la letra. Vale también indicar que la mayoría de los catedráticos de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de las universidades nacionales más importantes también formularon críticas y propuestas respecto del mismo proyecto, pero no tuvieron la fortuna de ser oídos.

53 CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO, *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución española*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 286.

atinentes a determinar los requisitos para la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, en razón del incumplimiento de deberes no determinados normativamente.

Luego de un primer esbozo en el fallo “Zacarias”⁵⁴, el Tribunal reiteró y profundizó las conclusiones allí alcanzadas en el fallo “Mosca”⁵⁵. En este último señaló, en relación con la configuración de la mentada “falta de servicio”, que “... resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones (...) Respecto del último supuesto, corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible (...) La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”.

La claridad del pasaje citado nos exime de mayores consideraciones en cuanto a la manifiesta contradicción entre lo legislado y la realidad jurisprudencial. A ello debe agregarse que en ambos casos, en los cuales se imputaba incumplimiento al deber de seguridad al Estado demandado, éste no fue considerado responsable. Es decir que el Tribunal efectivamente aplicó un juicio estricto a la solución de esos casos, como adelantará al fijar el estándar general.

Posiblemente, el nuevo rumbo dispuesto por la legislación pueda atribuirse a la perspectiva de afrontar numerosas condenas a partir de los juicios iniciados por víctimas de la tragedia de “República Cromagnon” y del desastre ferroviario de la Estación Once. No debe olvidarse que, en ambos casos, funcionarios públicos que tenían asignadas responsabilidad de control sobre sendas actividades fueron condenados penalmente por el incumplimiento de dichas funciones. Claro está que de ser éste el caso no ha sido (ni será seguramente) admitido como una razón que inspirase dicha norma.

b) Por su lado, el artículo 5 de la ley en estudio reza que en los supuestos de responsabilidad estatal por su actividad legítima “[e]n ningún caso procede la reparación del lucro cesante”. Aquí es dable recordar que, como puede observarse en el dictamen emitido por la Procuradora General en el caso “Motor Once”⁵⁶, durante mucho tiempo la jurisprudencia coincidió con esta postura, basándose en la aplicación por analogía de un artículo de la Ley de Expropiaciones⁵⁷. Sin

54 CSJN, 1998, “Zacarias, Claudio H. c/ Provincia de Córdoba”, Fallos: 321:1124.

55 CSJN, 2007, “Mosca Hugo Arnaldo”, Fallos: 330:563.

56 CSJN, 1989, “Motor Once c/ Municipalidad de Bs. As.”, Fallos: 312:649.

57 El artículo 10 del Decreto-Ley 21.499 (B.O. 21/01/1977) establece que “[l]a

embargo, en el pronunciamiento mencionado, el voto del Dr. PETRACCHI se apartó de esa postura. Anteriormente ya el Tribunal se había manifestado en otro caso por la admisión de dicho rubro indemnizatorio en autos “Sanchez Granel”⁵⁸, si bien se alegaba que allí se trataba de un supuesto de responsabilidad contractual, aunque igualmente fundada en actividad lícita por la revocación de un contrato administrativo en base a razones de oportunidad, mérito y conveniencia. Posteriormente, en fallos como “Juncalán”⁵⁹ o “El Jacarandá”⁶⁰ se profundizó ese cambio jurisprudencial, dejando de lado la idea de no reconocer el lucro cesante y virando la posición de la Corte de esa forma hacia adoptar el principio de la reparación integral del daño.

Es entonces de lamentar que la Ley 26.944, si bien viene a llenar un vacío legal histórico en la materia, materialice un apartamiento de la jurisprudencia vigente al momento de su sanción, toda vez que ello implica que es una norma que ha nacido desactualizada y, en consecuencia, es de esperar que dé lugar a un innecesario desgaste jurisdiccional.

IV. UNA SOLUCIÓN PLAUSIBLE

En cuanto al interrogante planteado aquí desde un principio, esto es, si la legislación debe o no adecuarse a la jurisprudencia, sobre todo a aquella emitida por la Corte Suprema de Justicia, sostenemos como lo hace SOLA que “[e]xiste una distinción entre la función judicial y la legislativa, aunque en los casos se creen normas. La distinción es fundamentalmente de jerarquía, los precedentes judiciales son normas constitucionales, en cambio las leyes son normas infraconstitucionales. Pero la distinción es más amplia, ya que el precedente interpreta y aclara el contenido legal”⁶¹.

Este rol institucional de la CSJN se explica y justifica a partir de que “[l]a estabilidad de los jueces en su empleo y la integridad de su salario reducen el interés propio en sus decisiones. La estabilidad judicial, tanto en el cargo como en el salario, les permite dar *soluciones independientes de la influencia política*, y en este caso pueden proteger a aquellas minorías llamadas ‘discretas e insulares’, según la expresión del *chief justice* HARLAN STONE en la nota al pie 4 en el

indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante”.

58 CSJN, 1984, “Sanchez Granel”, Fallos: 306:1409.

59 1989, “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A.”, Fallos: 312:2269

60 2005, “El Jacarandá S.A. c/ E.N.”, Fallos: 328:2654.

61 SOLA, JUAN VICENTE, *La Corte Suprema de Justicia. El nuevo proceso constitucional*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 3.

caso ‘US vs. Carolene Products 304 US 144’ (1938) que no tienen protección en el proceso legislativo”⁶².

Así las cosas, su papel como intérprete final de la Constitución, dentro del sistema de división de poderes, lleva a que la correspondencia que aquí aseveramos debe existir entre la legislación vigente y sus decisiones no implica que el Congreso se encuentre en forma alguna sometido al arbitrio del Poder Judicial, ya que la injerencia de éste se vería limitada a los casos constitucionales en los cuales se encuentre afectado un Derecho Constitucional. En consecuencia, lejos de proponer un desequilibrio en la relación entre el Poder Judicial y los otros, lo sostenido propende al adecuado funcionamiento del sistema de “frenos y contrapesos”, el cual en los Estados Unidos de América, país donde se originó el sistema republicano presidencialista de gobierno que nuestra Constitución ha adoptado, se ha visto complementado a partir de la aparición del sistema judicial de control de constitucionalidad. De igual forma, el hecho de que el Congreso compatibilice el ordenamiento jurídico positivo a las decisiones de la Corte trazaría además en una importante reducción de la litigiosidad, con los beneficios que ello implicaría.

Ahora bien, ¿de qué manera deberían entonces conducirse los órganos del Poder Judicial frente a normas que contradicen su jurisprudencia? Entendemos que la respuesta a este nuevo interrogante se encuentra en la doctrina fijada por la Corte Suprema norteamericana que diferencia las “decisiones constitucionales” de los denominados “*remedies*”, la cual además ya ha sido recepcionada en fallos de nuestro Tribunal vernáculo.

En el caso “Miranda”⁶³, la Corte norteamericana declaró que debían hacerse ciertas advertencias a un sospechoso para que las declaraciones realizadas mientras se encontrase detenido resultasen posteriormente admisibles como prueba en juicio. Algún tiempo después, el Congreso aprobó la Sec. 3501 del Título 18 del Código de los Estados Unidos conforme a la cual, la admisibilidad de dichas declaraciones dependía exclusivamente de que ellas fueran voluntarias. Al

62 SOLA, op. cit., p. 4.

63 “Miranda v. Arizona” (384 US 436 -1966).) Un precedente anteriormente (“Escobedo v. Illinois”, 378 US 478 -1964) había recalado la necesidad de establecer mecanismos protectores para hacer que el proceso interrogatorio de la policía se adecuare a los mandatos del privilegio contra la autoincriminación. En consecuencia, el tribunal estableció que, a falta de otras medidas efectivas se deberán observar los siguientes procedimientos para salvaguardar el privilegio de la quinta Enmienda: antes del interrogatorio, la persona bajo custodia debe ser informada claramente de que tiene derecho a permanecer en silencio y que todo lo que diga se utilizará contra él en el juicio; debe ser claramente informado de que tiene derecho a consultar a un abogado y a tenerlo con él durante el interrogatorio, y que si es indigente se le asignará un abogado para que lo represente, ps. 467-473.

expedirse respecto a la validez de esa norma el Tribunal Supremo de dicho país fue enérgico al manifestar que:

“*Miranda* es una decisión constitucional de esta Corte y, por lo tanto, no puede ser dejada sin efecto, en los hechos, por una ley del Congreso. Teniendo en cuenta que la Sec. 3501 expresamente identifica a la voluntariedad como criterio de admisibilidad (...) esta Corte coincide con la Cámara de Apelaciones en que, al aprobarla, el Congreso quiso dejar *Miranda* sin efecto. El derecho es claro en relación a si el Congreso tiene atribuciones constitucionales para hacer esto. Esta Corte tiene facultades de superintendencia sobre los tribunales federales para dictar reglas vinculantes en materia de prueba y procedimiento (*Carlisle v. United States*, 517 US 416, 426 -1996). Si bien el Congreso tiene un poder inapelable para modificar o dejar de lado cualquiera de esas reglas que no resulte constitucionalmente necesaria (e.g., *Palermo v. United States*, 360 US 343, 345/348 -1959), no puede reemplazar las decisiones de esta Corte que interpretan y aplican la Constitución (ver, e.g., *City of Boerne v. Flores*, 521 US 507, 517/521 -1997)”⁶⁴.

Esa distinción formulada en la última parte de la cita transcripta entre reglas que no resulten constitucionalmente necesarias y que, en consecuencia, pueden ser dejadas de lado por el legislador y aquellas decisiones que interpretan y aplican la Constitución, de cuyas estipulaciones la legislación vigente no debe prescindir, como adelantamos, ha sido receptada en la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal.

Al resolver un planteo dirigido a cuestionar la constitucionalidad de la Ley 23.982⁶⁵, en cuanto dicha norma había prohibido la aplicación de cualquier mecanismo de “actualización monetaria”, el Tribunal advirtió que “[a]nte tal acto legislativo no sólo han quedado derogadas disposiciones legales sino que además deben ser revisadas las soluciones de origen pretoriano que admitían el ajuste por depreciación, en cuanto, precisamente, se fundaron en la falta de decisiones legislativas destinadas a enfrentar el fenómeno de la inflación”⁶⁶.

Merced a ese planteo, la sentencia prosigue señalando que: “... deben distinguirse los derechos establecidos en las disposiciones constitucionales y legales –y que perduran mientras subsisten las normas que les otorgan sustento– de aquellas construcciones elaboradas por los jueces formuladas como un remedio destinado a asegurar de un modo concreto y eficaz algún derecho conculcado, amenazado o indebidamente reducido. Tales instrumentos no tienen necesariamente una duración coexistente con la de la vigencia de la norma cuyo efectivo cumplimiento procuran; antes bien, en ocasiones se vinculan con una por

64 “United States v. Webster L. Hubbell”, 530 US 27-2000.

65 B.O. 23/08/1991.

66 CSJN, 1992, “Y.P.F. c/ Pcia. de Corrientes”, Fallos: 315:158.

naturaleza esencialmente cambiante realidad que impone una variación en el instrumento destinado a reparar el concreto agravio que supone el desconocimiento del derecho de fondo. (...) el alcance de tales remedios fue ya determinado de modo exhaustivo en el derecho de los Estados Unidos, cuya Constitución se emparenta con la nuestra (ver DAN B. DOBBS, *Remedies*, St. Paul, Minnesota, 1973). La jurisprudencia de su Suprema Corte ha sentado claramente la necesidad de que los ‘*remedies*’ sean prescriptos para consolidar la eficacia, en su caso, de los principios constitucionales, pero no proporcionando soluciones rígidas, sino teniendo en cuenta la mejor forma de asegurarlos, en cada supuesto y atendiendo a sus circunstancias. (‘*McKesson Co. vs Division of Alcoholic Beverages and Tobacco Department Business Regulation of Florida et al*’, resuelta el 24 de junio de 1990, 58 LW 4665, y sus citas”).

En último término, respecto a la solución del caso concreto se determinó que “la vinculación que ha efectuado esta Corte entre derecho de propiedad y actualización por depreciación monetaria resulta ejemplo típico de uno de aquellos remedios, donde la actualización constituyó el instrumento y la propiedad el derecho protegido. Sin embargo, afirmar que la actualización por depreciación monetaria está ‘incorporada’ a la Ley Fundamental constituiría la propia refutación del enunciado, desde que se confundiría una de las posibles herramientas de protección de la propiedad con la sustancia misma de ese derecho”.

Afincándonos en estas pautas, podríamos entonces clasificar, por ejemplo, las reglas establecidas en los citados fallos “Zacarías”, “Mosca”, “Juncalán” y “El Jacarandá” como decisiones constitucionales. Ello toda vez que han fijado criterios inherentes a aspectos sustantivos de los derechos involucrados en dichas controversias. Es decir que cabe esperar que los artículos de la Ley 26.944 que contravienen aviesamente tales soluciones jurisprudenciales, sean declarados inconstitucionales. Por el contrario, las normas analizadas en el presente correspondientes a la Ley 26.854, aun cuando he formulado numerosas críticas hacía ellas, no deberían ser declaradas inválidas *per se*, simplemente por haberse apartado de los remedios procesales creados pretorianamente con anterioridad. Ello sin perjuicio, claro está, de que los medios seleccionados por el legislador en reemplazo de dichas soluciones jurisprudenciales deban, de todos modos, superar el control judicial respecto a su propia legitimidad y razonabilidad, extremo que hallamos poco probable.

V. CONCLUSIONES

Este trabajo se titula “el control judicial y la legislación contrajurisprudencial” y la justificación de ese nombre se funda en que, como a esta altura se habrá podido advertir, la totalidad de las leyes que fueron objeto de referencia versan sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales en el control de los actos, acciones y omisiones de los otros poderes. Así, resulta menester subrayar que todos

los ejemplos se relacionan directa o indirectamente con el control judicial respecto de los actos de otros poderes del gobierno, el derecho al acceso a la justicia por parte de los particulares y la garantía de la tutela judicial efectiva.

La enumeración efectuada no pretende ser exhaustiva, pero sí dar cuenta de los casos más trascendentes en los cuales se puede verificar la adopción de criterios normativos palmariamente opuestos a soluciones jurisprudenciales alcanzadas con anterioridad.

La primera conclusión que se puede extraer, en base a esta perspectiva, es que existe una clara renuencia de parte de los poderes Ejecutivo y Legislativo, en nuestro país, a facilitar el acceso de las personas a la protección judicial de sus derechos frente a sus actos u omisiones, así como también a obtener la reparación o indemnización en forma pronta y oportuna cuando esos derechos se han visto conculcados.

Pareciera ser que los poderes electivos se han mostrado en los últimos años dispuestos a reconocer ciertos derechos, atribuyéndose luego el mérito de la decisión y adueñándose del beneficio político de su adopción. Por el contrario, cuando son los particulares quienes interpretan que uno de sus derechos está siendo agraviado o existe una omisión del Estado a la hora de implementar medidas positivas que harían posible el goce de dichas prerrogativas, entonces tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo se tornan hostiles y no dudan en anteponer todas las cortapisas y obstáculos procesales posibles a su reconocimiento en sede judicial.

Por otra parte, tampoco puede pasarse por alto el hecho de que casi la totalidad de las normas vistas precedentemente se tratan de legislación dictada en situaciones de emergencia pública (también casi siempre económica) lo cual, a su vez, expone una constante situación de improvisación frente a cuestiones que la jurisprudencia ha ido perfilando con tiempo y elaboración. De igual forma, en los casos de las dos leyes analizadas en el punto 2.6., si bien no se tratan de legislación de emergencia, muchos de sus contenidos aparecen determinados por coyunturas circunstanciales. Es entonces de lamentar que la regulación de cuestiones de tal relevancia institucional se encuentre siempre signada por la urgencia y la inmediatez, y no sea el fruto de auténticas políticas legislativas con visión a largo plazo.

Frente a este estado de cosas, es fundamental tener muy presente que la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos –consagrada en el artículo 18 de nuestro texto constitucional y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados al Derecho interno de nuestro país con igual rango constitucional– no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la

necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga término a los conflictos, dentro de un “plazo razonable”⁶⁷.

Para culminar entonces, bien vale recordar las palabras de MARSHALL⁶⁸ en su celeberrimo voto emitido en el fallo “Marbury”⁶⁹, precedente que constituye el origen, justamente pretoriano, del control judicial de constitucionalidad: “Cuando la Corte Suprema ha interpretado la Constitución, ha actuado dentro de la provincia del Poder Judicial, que abarca el deber de decir lo que la ley es”.

67 CSJN, 1980, “Fundación San Martín de Tours”, Fallos: 302:299.

68 JOHN MARSHALL, Chief Justice de la Suprema Corte norteamericana entre 1801 y 1835 (año de su muerte). Es considerado una de las figuras (si no la figura) más ilustres de la historia de dicho Tribunal.

69 “Marbury v. Madison”, 137 US 177 -1803.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

I

Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2016

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina