

EL NUEVO RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO. A PROPÓSITO DE LA LEY 26.854

MARCELA I. BASTERRA

I. FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Los textos jurídicos que reconocen derechos fundamentales, coexisten generalmente con una realidad empírica completamente adversa. Ello por cuanto en los hechos, los derechos no tienen el mismo alcance con el que son consagrados por las normas, o bien porque se ven vulnerados por el accionar del Estado y/o de particulares.

En este contexto, el Poder Judicial tiene un rol imprescindible en lo concerniente a la defensa de los derechos, y justamente son las medidas cautelares las que constituyen un instrumento indispensable respecto de la tutela judicial efectiva, toda vez que el propósito principal es garantizar la efectividad de las decisiones jurisdiccionales.

En consonancia, la expresión *medidas cautelares* en términos genéricos, significa reparar o solucionar de manera preventiva, una dificultad que puede ocasionar la lesión o restricción a un derecho.

Habitualmente son conceptualizadas como actos procesales del órgano jurisdiccional, ordenados durante el transcurso de un proceso o incluso en forma previa a este, para asegurar: bienes, pruebas, mantener situaciones de hecho, para seguridad de los individuos, o la satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo que puede o no ser definitivo, de la garantía de la defensa de la persona o de sus bienes, así como para hacer eficaces las sentencias de los jueces¹.

¹ MARÍA ALEJANDRA GUILLOT, “Medidas cautelares y suspensión del beneficio”, LL DT 1996-B, p. 2557.

En consecuencia, de no existir este tipo de medidas, el Estado no podría cumplir con uno de sus deberes básicos como es el de garantizar la eficacia de un derecho cuando este se advierte amenazado o menoscabado. Las sentencias se transformarían en meras expresiones de deseos, y las expectativas que se habían cifrado en estas se verían defraudadas².

En otros términos, el Estado constitucional de Derecho se sostiene sobre dos dimensiones que se retroalimentan entre sí; la primera, constituida por los derechos y la segunda, conformada por 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 injustamente ilusoria³.

Entonces, dentro de las funciones jurisdiccionales y específicamente como reaseguro de la eficacia de la gestión judicial, se concede la posibilidad de peticionar medidas cautelares con el objeto de garantizar eventualmente el cumplimiento de una sentencia favorable. Ello, por cuanto se parte del reconocimiento de la demora que acarrea un litigio judicial, así como de la imposibilidad de dar en tiempo útil una respuesta a la demanda. A su vez, la tutela cautelar es la herramienta de la que se vale el proceso para garantizar su eficacia⁴.

Siguiendo esta línea de razonamiento, estamos en grado de afirmar que las medidas cautelares cumplen dos funciones claramente diferenciadas; por un lado, resultan pertinentes para afianzar la prerrogativa de toda persona de acudir al Estado para reclamar la efectiva protección de derechos sustantivos. Esto es, la demanda de una tutela oportuna que permite que una sentencia resulte ejecutable en la realidad. Por el otro, funcionan como garantía para evitar que se cometa un daño injusto al destinatario de la medida, toda vez que se exige una adecuada proporcionalidad entre la resolución dictada y el interés que se pretende amparar.

El objetivo primordial de una medida cautelar es resguardar la eficacia del proceso. Ahora bien, para que sea considerada eficaz es indispensable

² GRACIELA WÜST, “Medidas cautelares: en busca del equilibrio”, DJ del 10/6/2009, p. 1580.

³ GIL DOMÍNGUEZ ANDRÉS, “La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (ley 26.854)”, LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 del 23/5/2013, p. 69.

⁴ OSVALDO A. GOZAÍNI, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, “Teoría General del Derecho Procesal. Medidas Cautelares”, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 585/587.

cumplir con dos extremos; primero, la tutela del derecho involucrado que lleva consigo la posibilidad de la ejecución de la sentencia. Segundo, evitar un perjuicio innecesario en la persona o bienes del demandado. Aquí es donde aparece la importancia de los requisitos de admisibilidad de este tipo de medidas; verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela.

En este trabajo me propongo examinar las modificaciones relevantes que trajo en el régimen de la ley 26.854 recientemente sancionada, que reglamenta la aplicación de las mismas en las causas en las que interviene el Estado nacional⁵.

Vale recordar que esta norma fue aprobada en el marco de lo que popularmente se conoció como el proceso de *reforma judicial* o *democratización de la justicia*, en el que el Poder Ejecutivo impulsó seis iniciativas legislativas que han alcanzado *status* de leyes en sentido formal; a saber: 1) la norma que crea nuevas Cámaras de Casación –ley 26.853⁶–, 2) la mencionada ley 26.854, 3) la reforma a la Ley del Consejo de la Magistratura –ley 26.855⁷–, 4) la normativa que prevé la publicación obligatoria en Internet de las resoluciones, acordadas, sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y tribunales de segunda instancia –ley 26.856⁸–, 5) la que regla las declaraciones juradas patrimoniales integrales de funcionarios públicos –ley 26.857⁹–; y 6) el ingreso igualitario al Poder Judicial –ley 26.861¹⁰–.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO. ASPECTOS RELEVANTES DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 26.854¹¹

Recientemente el Congreso de la Nación, sancionó la ley 26.854 que reglamenta las medidas cautelares en las causas en que el Estado es parte o interviene.

El proyecto que determinó la sanción de la presente, destacó justamente la ausencia en la esfera nacional de un Código Procesal en lo Contencioso Administrativo, que establezca un régimen diferenciado en materia de medidas cautelares que involucren al Estado o a sus entes descentralizados. Con la

⁵ Ver de MARCELA I. BASTERRA, *El Proceso Constitucional de Amparo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, ps. 180 y ss.

⁶ Ley 26.853, publicada en el B.O. del 17/5/2013.

⁷ Ley 26.855, publicada en el B.O. del 27/5/2013.

⁸ Ley 26.856, publicada en el B.O. del 23/5/2013.

⁹ Ley 26.857, publicada en el B.O. del 23/5/2013.

¹⁰ Ley 26.861, publicada en el B.O. del 31/5/2013.

¹¹ Ley 26.854, publicada en el B.O. del 30/4/2013.

finalidad de crear este marco legal, es que fue dictada a instancias del Poder Ejecutivo, la ley referenciada. La norma que es sumamente restrictiva, trae consigo importantes modificaciones cuyos aspectos más relevantes serán analizados en este apartado.

a) Medidas cautelares dictadas por juez incompetente

El art. 2 de la normativa, dispone que los jueces no podrán dictar medidas cautelares si la causa no fuese de su competencia. Exceptuando de este principio general a aquellos casos que *a)* versen sobre sectores socialmente vulnerables, *b)* se encuentre comprometida la vida digna, *c)* la salud, *d)* los derechos de naturaleza alimentaria y *e)* el derecho al medio ambiente sano.

En estos supuestos, el juez que ordena la cautelar deberá remitir inmediatamente el expediente al juez competente, quien una vez aceptada la competencia, se expedirá de oficio en un plazo no mayor a cinco días sobre el alcance de la medida.

Vale recordar que el actual art. 196 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prescribe: “Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. 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. El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente”.

Como puede observarse, la regla coincide con lo expresado por la nueva legislación: “los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia”. Sin perjuicio de ello, se le reconoce eficacia a la tutela ordenada por un juez incompetente, sin que implique prorrogar su competencia.

Estas disposiciones adquieren notoria importancia en aquellos litigios que demandan una solución urgente, a fin de evitar que se ocasionen daños de imposible reparación ulterior.

Si bien la ley 26.854 intenta palear esta situación, al exceptuar del alcance del art. 2 a aquellos litigios que involucren sectores desaventajados, o cuando se encuentren comprometidos el derecho a una vida digna, a la salud, y los de naturaleza alimentaria o ambiental; lo cierto es que se trata de una limitación innecesaria que impide la procedencia de medidas cautelares, aun cuando se encuentre acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Lo que violenta manifiestamente el derecho a la tutela judicial

efectiva, toda vez que permite que el daño estatal se mantenga hasta que se dirima cuál es el juez competente para entender en la causa.

b) Idoneidad del objeto de la pretensión cautelar

El art. 3 impone los siguientes recaudos; en primer término y en relación al requisito formal clásico de tiempo, señala que las medidas cautelares podrán solicitarse antes de interponer la demanda, en forma simultánea, o bien con posterioridad a esta. La finalidad de las mismas será la de asegurar el objeto del proceso; esto es garantizar la efectividad de una presunta sentencia condenatoria.

Sin duda, hacer referencia al reaseguro del objeto es una función difusa porque; o se apunta al sentido preventivo de sortear perjuicios futuros, o se destina a afianzar la sentencia y su ejecución. Pero además de aclarar cómo actúa la jurisdicción, debe aceptarse el contenido utilitario de este tipo de medidas como servicio dado fuera del proceso principal, o por vía de incidente si este fue propuesto¹².

En segundo lugar, el dispositivo legal establece en el inc. 2 del artículo 3, que la pretensión cautelar deberá puntualizar claramente el perjuicio que se pretende evitar; así como el acto u omisión del Estado que lo produce, el interés jurídico que se intenta garantizar, el tipo de medida solicitada y el cumplimiento de los requisitos exigidos de conformidad con la tutela peticionada.

Hay que tener especial cuidado con el grado de certeza que se exige al momento de acreditar la afectación, ya que en el marco de la tutela cautelar el conocimiento es sumario, y no puede requerirse acreditar el daño, sobre todo teniendo en cuenta que el perjuicio puede no ser tal, y por el contrario tratarse de una amenaza. Por consiguiente, no debe actuarse de manera severa con este requisito, so pretexto de lesionar el derecho a una tutela efectiva.

Esto se relaciona con dos de los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares; concretamente me estoy refiriendo *a)* a la verosimilitud en el derecho, y *b)* al peligro en la demora.

a) El primero, exige acreditar que el derecho alegado tiene suficiente base y fundamento jurídico, posibilitando una lógica expectativa de sentencia favorable. El *humo de buen derecho* –*fumus bonis juris*–, es el presupuesto cardinal de las medidas cautelares; quien peticiona esta figura procesal deberá comprobar sumariamente que *prima facie* le asiste razón.

¹² OSVALDO A. GOZAÍNI, “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”, LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 del 23/5/2013, p. 73.

Se requiere la apariencia fundada de actuar conforme a la ley, esto es, lograr que el magistrado tenga la presunción de que la demanda se ajusta a derecho; finalidad que se alcanza con la invocación de una prerrogativa justificada. Empíricamente, se traduce en la posibilidad jurídica de obtener una sentencia definitiva que le conceda la *razón*.

El análisis judicial para determinar la verosimilitud del derecho, es un juicio provisorio, que tiene en cuenta las probabilidades de éxito sobre la base de certezas objetivas que surgen de los hechos y del derecho, *prima facie* aplicable. La sentencia cautelar se apoya en una prerrogativa que se considera suficiente; si bien pareciera que encierra un prejuzgamiento por parte del Tribunal, lo cierto es que la provisoriedad del examen de admisión no juzga los hechos, sino únicamente la necesidad de asegurar la virtualidad del derecho involucrado durante el transcurso del tiempo entre el inicio del juicio, y el pronunciamiento de la sentencia definitiva¹³.

En consecuencia, el carácter provisorio propio de este estadio del proceso, permite que el juez no tenga que comprobar la certeza, sino que le baste con que se pruebe la apariencia fundada del derecho.

Este criterio ha sido ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sendos precedentes, donde puntualizó: "... como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad"¹⁴.

b) El segundo –peligro en la demora–, se cumple cuando se demuestra de manera cierta y concreta, que de no despacharse favorablemente la medida cautelar, sobrevenga un daño de tal envergadura que despoje a la sentencia de su efecto útil, convirtiéndola en lírica.

Ahora bien, el peligro no se configura por el retraso ya que este inevitablemente va a producirse en todo proceso judicial, circunstancia que en modo alguno puede ser un justificativo para decretar una medida cautelar en cualquier litigio. En sentido contrario, lo que se reclama es que durante la demora puedan ocurrir hechos que hagan perder a la sentencia los efectos buscados

¹³ Osvaldo A. GOZAÍNI, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, op. cit., p. 642.

¹⁴ CSJN, Fallos 306:2060, "Albornoz, Evaristo Ignacio c/ Nación Argentina" (1984); Fallos 323:349, "Dorisar S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa" (2000); Fallos 326:4572, "Kastrup Phillips, Marta Nélica c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo" (2003); Fallos 330:1915, "Defensor del Pueblo de la Nación c/Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado nacional) s/amparo" (2007); entre otros.

por quien resulte vencedor, frustrándose así la efectividad de la protección jurisdiccional¹⁵.

No puede soslayarse que la jurisprudencia¹⁶ ha señalado la relación inescindible que existe entre la verosimilitud del derecho invocado, y el peligro de un daño irreparable; de manera tal que a mayor verosimilitud del derecho, corresponde menor rigurosidad en la valoración del peligro del perjuicio. Y a la inversa, cuando se comprueba el riesgo de un perjuicio irreparable, se atenúa la exigencia de verosimilitud del derecho.

En esta línea de pensamiento debe ser encuadrado el inc. 2 del art. 3 de la normativa en análisis, de manera tal que al momento de interpretar el mismo, los jueces deberán guiarse por la exégesis imperante en la actualidad para que la finalidad de las medidas cautelares no se vea desvirtuada.

Por otra parte, el inc. 3 autoriza al juez o Tribunal a ordenar una medida precautoria distinta de la peticionada, a fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público. Esto está en perfecta sincronía con el art. 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que indica: “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”.

Por último, el inc. 4 señala que las cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal. Esta disposición equivale en la práctica a derogar las denominadas “medidas cautelares innovativas”, sin advertir que semejante determinación implica desechar la garantía del debido proceso. Esta ha sido consagrada no sólo por el art. 18 de la Ley Fundamental, sino asimismo por los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, cuyos contenidos esenciales resguardan además del derecho a una sentencia motivada y respetuosa de la ley, también de la jerarquía normativa y del principio de la congruencia; la más elemental prerrogativa del justiciable a obtener el cumplimiento del fallo, a cuyo efecto las medidas cautelares prestan una vital función de garantía.

A mayor abundamiento, no puede soslayarse que esta especie de medidas tutelares han adquirido un notable desarrollo en la última década, siendo sumamente valiosa y útil; por ejemplo, permitiendo a los ahorristas argentinos

¹⁵ ADOLFO ARMANDO RIVAS, *Medidas Cautelares*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 48.

¹⁶ CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, expte. N° EXP-6, “Banque Nationale de París c/ G.C.B.A. s/ amparo (art. 14 CCABA)”, del 21/11/2000; CNFCA, Sala II, “Continental Illinois National Bank And Trust Company of Chicago c/ Banco Central s/ nulidad”, del 9/4/1992; entre otros.

salvaguardar su derecho de propiedad, que había sido confiscado en el marco de lo que se conoció popularmente como “corralito financiero”¹⁷.

Por otra parte, también se despoja de validez a las llamadas “medidas autosatisfactivas”, que constituyen un requerimiento urgente a la justicia que se agota con su despacho favorable. Con excelente criterio explica GOZAÍNI¹⁸, que si bien es cierto que este tipo de medidas que son resueltas *inaudita parte* conculcan la contradicción y bilateralidad propia de un sistema que resguarda el derecho de defensa en juicio, ello en modo alguno las convierte en inconstitucionales, ni tampoco pueden ser consideradas injustas cuando en el marco de la urgencia que las fundamenta, promedia una mínima bilateralidad, resolviendo determinadas situaciones en forma práctica y efectiva.

Es decir, la actuación del juez en el proceso permite que se disipen cuestiones de urgencia sobre la base de lo cautelar, con las medidas específicas que disponga, o anticipándose a la sentencia definitiva –en cualquiera de las formas de tutela; por ejemplo, medidas autosatisfactivas o provisionales–, logrando autonomía respecto al modelo clásico de confrontación entre partes.

La jurisprudencia ha receptado muchas de las críticas que la doctrina le ha formulado a este artículo. En consonancia sostuvo la inconstitucionalidad del inc. 4 del art. 3, en el fallo “De Felipe”¹⁹ en los siguiente términos: “De tal modo, en forma perentoria se troncha la posibilidad al accionante, de impedir que se frustren sus derechos con el transcurso del tiempo; pues no debe olvidarse que una de las finalidades de las medidas cautelares es la afectación de cosas o personas al resultado de un proceso, al que acceden, para evitar que el tiempo que transcurre entre la promoción de la acción y el dictado de sentencia tornen ilusorios o se frustren los derechos que fueron confiados a la justicia; a la vez que se convertiría la medida cautelar en un instituto anodino, habida cuenta de la amplia gama de situaciones, teniendo en cuenta el tiempo real que por recargo de tareas de los tribunales requiere la tramitación de una causa en todas sus instancias. De tal modo, aunque finalmente recaiga sentencia favorable al accionante, al privárselo de la protección anticipada llevaría al absurdo de tomar ilusorios los derechos que se dicen conculcados. Siendo entonces dicha normativa arbitraria y lesiva para la eficaz actividad jurisdiccional que la Carta Magna atribuye a los jueces (art. 116 CN)”.

¹⁷ MARCELO SEBASTIÁN MIDÓN, “Medidas cautelares requeridas contra el Estado nacional. Botiquín de inocuos placebos”, LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 del 23/5/2013, p. 91.

¹⁸ OSVALDO A. GOZAÍNI, “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”, op. cit., p. 81.

¹⁹ Juzg. Fed. de San Nicolás N° 1, “De Felipe, Ricardo c/ Estado nacional s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 31/5/2013.

Esta postura fue ratificada en autos “Javkin”²⁰ al subrayar: “Al respecto cabe precisar que resulta inconstitucional, en el presente caso, el exceso reglamentario dispuesto en cuanto a los requisitos exigibles en la norma para conceder una medida cautelar, porque ello produce en los hechos una limitación irrazonable a la facultad de los jueces para poder evaluar en cada caso concreto si corresponde o no otorgarlas. Sobre la base de ello cabe señalar que la aplicación dogmática del principio recogido en la norma de que las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal (art. 3, inc. 4) debe ceder, en el presente caso, en que un examen profundo de la situación planteada dejaría desprotegido a quien acude a reivindicar su derecho. En efecto el mecanismo establecido en la norma importa una lesión del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (conf. art. 18 de la Constitución nacional, arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8 y 25.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 2 inc. 3 ap. *a* y *b* y 14 inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Fallos 327:522), se viola la división de poderes y el derecho al debido proceso formal y sustancial, en cuanto desconoce las facultades ordenatorias e instructorias propias de la función judicial”.

c) Informe previo

La reglamentación incorpora un elemento nuevo; el *Informe Previo* previsto en el art. 4, que funciona de la siguiente manera: una vez solicitada la medida de protección, el juez antes de resolver sobre su procedencia deberá requerir a la autoridad pública demandada –dentro del plazo de cinco días, salvo que existiese uno menor o se tratase de juicios de amparo, en los que se reducirá a tres–, que produzca un informe por medio del cual se expedirá sobre el interés público comprometido en la solicitud.

En esta oportunidad, la parte demandada podrá juzgar las condiciones de admisibilidad y procedencia de la tutela peticionada, así como acompañar las constancias documentales que estime corresponder.

A título seguido y por vía de excepción, se faculta al órgano jurisdiccional a dictar medidas interinas, cuando circunstancias graves y objetivamente imposterables lo aconsejen. La eficacia de las mismas se extenderá hasta la efectiva presentación del informe, o del vencimiento del plazo fijado a tal efecto.

²⁰ Juzg. Nac. de 1a Inst. en lo CA Fed. N° 6, “Javkin Pablo c/ EN –PEN –Ley 26855 s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 7/6/2013.

De esto se desprende la ordinarización del trámite de toda cautelar, y además se faculta al juez –según la índole de la pretensión– a ordenar una vista previa al Ministerio Público²¹.

Finalmente, la cláusula legal dispensa la producción del informe previo a las medidas cautelares que involucren sectores socialmente vulnerables, o bien comprometan los derechos a una vida digna, a la salud, o a aquellos de naturaleza alimentaria o ambiental.

Esta norma en *contrario sensu* de las disposiciones del art. 198 del Código Procesal Civil y Comercial que determina, “Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte”; constituye un nuevo obstáculo coadyuvando a la injustificada demora del proceso.

Vale recordar que las medidas cautelares deben disponerse sin participación de la parte a quien afectan, ya que de lo contrario podría frustrarse su finalidad al poner a la contraparte en aviso²².

En el caso en particular, la vista a la demandada no sólo puede frustrar su objetivo, sino que implica además una medida dilatoria e innecesaria; toda vez que retrasa la decisión del Juez al tener que solicitar la opinión del Estado antes de expedirse.

Justamente, el estándar que rige las medidas cautelares ordena que estas sean dictadas sin contradictorio previo. El principio *inaudita parte* se funda en razones de urgencia y efectividad. Es indiscutible que la intervención del sujeto pasivo de la tutela cautelar demanda una considerable inversión de tiempo, que cuando media una situación de peligro debe evitarse a fin de proteger a quien justifique que su derecho, en el supuesto de no ser tutelado, puede sufrir una seria afectación.

De allí la exigencia como presupuesto de admisibilidad de estas; tanto de la verosimilitud en el derecho, como del peligro en la demora. A su vez, es preciso destacar que la norma no contempla la hipótesis de que el Estado nacional ofrezca prueba, en cuyo caso se tornarían aplicables las pautas del Código Procesal fijadas para los incidentes. Tampoco se especificó con qué plazo cuenta el juez para resolver el pedido de tales medidas²³.

Este artículo también ha sido objetado en su constitucionalidad; ello en el entendimiento que “... desconoce un principio inherente, que hace a la

²¹ JORGE A. ROJAS, “El nuevo régimen de las cautelares frente al estado”, LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 del 23/5/2013, p. 125.

²² Lino Enrique PALACIO, *Manual de Derecho Procesal Civil*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 777.

²³ EDUARDO OTEIZA, “El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854”, LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 del 23/5/2013, p. 95.

naturaleza propia de la figura cautelar, que deben ser decretadas “inaudita parte”; a través de esta normativa a todo aquel que accione cautelarmente contra el Estado o sus entes, se les impone una carga adicional, pero además de ello colocan a este en una posición ventajosa sobre cualquier otro litigante particular, al tomar conocimiento anticipado de las pretensiones y fundamentos del accionante, antes que le sea notificada la demanda. [...] ello constituye un menoscabo a los derechos de los particulares, los que pese a encontrarse amparados por las garantías de los arts. 16 y 18 de la Constitución nacional se encuentran en una situación enojosa o irritante de desigualdad en las condiciones de acceso a la justicia. Por tales motivos considero que el artículo cuestionado es lesivo a las garantías constitucionales señaladas”²⁴.

En idéntico sentido ha sido interpretado en la sentencia “Rizzo”²⁵, donde el juez de grado enfatizó: “El informe previo del art. 4 de la ley, conlleva una grave afectación al principio de la tutela judicial efectiva, en la medida que se contrapone a leyes de rango superior como son los tratados internacionales antes enunciados”. También en autos “Gascón”²⁶ al señalar que: “A través de esta nueva legislación, el Estado o sus entes, vienen a situarse en una posición ventajosa sobre cualquier otro litigante particular, al tomar conocimiento anticipado de las pretensiones y fundamentos del accionante, antes que le sea notificada la demanda”.

A esta misma dirección apunta la línea jurisprudencial preponderante en el citado fallo “Javkin”, en el precedente “Colegio de Abogados Departamento Judicial de Mar del Plata”²⁷, así como en “Pitte Fletcher”²⁸.

d) Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado

Uno de los aspectos más preocupantes es el término de duración de las medidas²⁹. El art. 202 del Código Procesal Civil y Comercial, prevé que: “Las

²⁴ Juzg. Fed. de San Nicolás N° 1, “De Felipe Ricardo c/ Estado nacional s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, op. cit.

²⁵ Juzg. CAF N° 2, expte. N° 21.897/2013, “Rizzo Jorge Gabriel y otro c/ EN – PEN - Ley 26.855 s/amparo ley 16.986”, sentencia del 6/6/2013.

²⁶ Juzg. CCyCF de La Plata N° 4, expte. N° 102.018/2013, “Gascón, Alfredo Julio María c/ Poder Ejecutivo Nacional s/acción de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/6/2013.

²⁷ 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”, sentencia del 31/5/2013.

²⁸ Juzg. CAF N° 6, expte. N° 21.884/2013, “Pitte Fletcher Denis c/ EN – PEN - Ley 26.855 s/amparo Ley 16.986”, sentencia del 6/6/2013.

²⁹ MARCELA I. BASTERRA, *El Proceso Constitucional de Amparo* [...], op. cit., ps. 187/191.

medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento que estas cesaren se podrá requerir su levantamiento”. Es decir, que hasta ahora no existía un plazo, dado que estaba previsto como indefinido o indeterminado, quedando supeditado a la subsistencia de las circunstancias que le dieron origen.

La nueva ley en cambio, en el art. 5 instituye que el juez al otorgar una medida cautelar, bajo pena de nulidad, deberá fijar “un límite *razonable* de vigencia de la misma”. El plazo no podrá exceder los 6 meses, y en los procedimientos de tipo sumarísimos o en los juicios de amparo, el término de vigencia será aún menor, estableciéndose que no deberá superar los 3 meses.

“Al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable. Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida. Si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 8 segundo párrafo”.

Es necesario detenernos en este punto, toda vez que la medida cautelar tiene un objetivo y una finalidad muy importante en el proceso judicial, que es la de garantizar que la sentencia sea cumplida en su totalidad; protegiendo los derechos de la parte actora y los del sujeto pasivo de la medida a través de la contracautela. Por lo tanto, al fijarse plazos acotados de vigencia se estaría tutelando el interés de la parte, pero por un período de tiempo absolutamente escueto, que es casi equivalente a la desprotección total. Este plazo no hace más que limitar y favorecer en este caso, la posición del Estado nacional frente a los particulares.

Al mismo tiempo debe destacarse que la reglamentación establece plazos máximos, pero no mínimos; con lo cual, queda al libre arbitrio del Juez determinar un plazo de vigencia que bien podría establecerse en 10 días –o aún menos– dependiendo del caso en particular, lo que implica darle un margen de discrecionalidad desproporcionado al magistrado interviniente.

Aquí, es importante mencionar el fallo “Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares”³⁰. En este precedente, el Grupo Clarín junto con Arte Radiotelevisivo Argentino, Cablevisión S.A, Multicanal S.A, Radio Mitre S.A y Teledigital Cable S.A; solicitaron que se dictara una medida cautelar de no

³⁰ CSJN, “Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares” (2012).

innovar, con la finalidad que se ordenase la suspensión de la aplicación de los arts. 41³¹ y 161³² de la ley 26.522³³, de Servicios de Comunicación Audiovisual.

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, confirmó el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia, por medio del cual se dispuso la suspensión de la aplicación de los artículos mencionados por el término de treinta y seis meses, al entender que era efímero y sorpresivo el plazo de transición establecido por la ley 26.522. Asimismo, concluyó que la normativa afectaba derechos y garantías reconocidos en la Constitución nacional; entre otros, de propiedad, de comerciar, derechos adquiridos, y fundamentalmente los de libertad de expresión e información.

Este pronunciamiento fue apelado por el Estado nacional, en el entendimiento de que se trataba de una indebida intromisión del Poder Judicial –por lo que constituye una cuestión política *no justiciable*– toda vez que la norma había sido sancionada por el Congreso de la Nación. Por otro lado, consideró que la denominada popularmente *ley de medios* no afectaba derechos ni libertades; sino por contrario, tendía a garantizar las prerrogativas de la comunidad a partir de una plural y transparente asignación de las licencias.

³¹ “Transferencia de las licencias. Las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son intransferibles. Excepcionalmente se autoriza la transferencia de acciones o cuotas partes de las licencias luego de cinco (5) años de transcurrido el plazo de la licencia y cuando tal operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, respetando que se mantenga en los titulares de origen más del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito o por suscribirse y que represente más del cincuenta por ciento (50%) de la voluntad social. La misma estará sujeta a la previa comprobación por la autoridad de aplicación que deberá expedirse por resolución fundada sobre la autorización o rechazo de la transferencia solicitada teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos solicitados para su adjudicación y el mantenimiento de las condiciones que motivaron la adjudicación. La realización de transferencias sin la correspondiente y previa aprobación será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada y será nula de nulidad absoluta. Personas de existencia ideal sin fines de lucro. Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intransferibles”.

³² “Adecuación. Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento –en cada caso– correspondiesen. Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del art. 41”.

³³ Ley 26.522, publicada en el B.O. del 10/10/2009.

La decisión fue confirmada por la CSJN, siendo materia de modificación sólo lo concerniente a la forma en que debía computarse el plazo previsto por el art. 161 para la desinversión.

Lo interesante de este fallo es la postura que se toma con respecto a la “razonabilidad del plazo de vigencia”, así se entendió que el plazo debía computarse sobre la base del principio de buena fe, evitando cualquier tipo de conductas abusivas. El Alto Tribunal ponderó con excelente criterio, que debía tenerse en consideración la complejidad del caso, y la importancia de los intereses en juego. Interpretó asimismo, que corresponde a la parte actora llevar a cabo un proceso de adecuación y de desinversión, por lo que el plazo de treinta y seis meses fue estimado razonable.

La norma en análisis desconoció por completo este criterio hermenéutico, al imponer un término general, universal y apriorístico de duración máxima de la medida cautelar dictada; en flagrante violación de la división de poderes, así como del debido proceso formal y sustancial, por cuanto no contempla las facultades ordenatorias e instructorias que tienen los jueces en el ejercicio de su función, para ponderar según los hechos del caso concreto, el alcance de la medida cautelar a adoptarse con el fin de efectivizar la tutela judicial.

Es irrazonable y desproporcionado, pretender dar una única respuesta al infinito universo que genera la casuística emergente en torno al dictado de medidas cautelares³⁴.

Otro de los aspectos modificados, es el contenido de los casos frente a los cuales se permite obtener una medida tutelar sin plazo alguno. Sólo podrá solicitarse en aquellos supuestos en que se encuentre comprometida de manera directa; la vida o la salud de una persona, o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental.

En ese mismo sentido, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) a través de un comunicado³⁵, expresó con anterioridad a la sanción de la norma, que esta disminuye la protección a los derechos humanos, toda vez que limitar el ámbito de aplicación de las medidas cautelares a cuestiones en las cuales se vean involucrados solamente determinados derechos; tiene como único objetivo favorecer al Estado nacional frente a los reclamos que puedan surgir por parte de los ciudadanos.

³⁴ ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, “La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (ley 26.854)”, op. cit., p. 72.

³⁵ ADC, “La propuesta de reforma judicial puede afectar gravemente el estado de derecho”. Publicación realizada por la Asociación por los Derechos Civiles –ADC–, disponible en www.adc.org.ar.

Las medidas cautelares aseguran el derecho de defensa, y el propio Estado nacional las ha solicitado cuando lo consideró preciso; por ello, lo lógico sería que deba someterse a las mismas reglas que los ciudadanos, sin tener ningún tipo de privilegios.

Si bien se entiende que el Estado tiene responsabilidades distintas y superiores a las de cualquier individuo, esto de ninguna manera significa que tenga diferentes prerrogativas o inmunidades, y mucho menos aún que pueda torcerlos en su favor y conveniencia.

No es necesario apelar a una agudeza extrema, para darnos cuenta que en realidad estas medidas tienden claramente a dejar casi anulados los reclamos frente al Estado, cuando estén en juego libertades de contenido patrimonial, o derechos económicos, sociales y culturales (que no sean los excluidos expresamente), amenazando gravemente los derechos de grupos vulnerables; según lo reconoció la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)³⁶.

Siguiendo esta línea de pensamiento, en el mencionado fallo “*Colegio de Abogados Departamento Judicial de Mar del Plata*” se sostuvo que: “[...] el plazo de duración de las medidas cautelares contra el Estado nacional, con independencia de la existencia de sentencia definitiva en el expediente principal, resulta una incongruencia pues las mismas tienen como finalidad asegurar que el derecho no se frustrate antes del dictado de la sentencia de fondo, resultando entonces irrazonable que caduque antes de la misma”. Esto en relación directa con lo prescripto por el inc. 1 del art. 6; “Las medidas cautelares subsistirán mientras dure su plazo de vigencia”.

e) Afectación de los recursos y bienes del Estado

El art. 9 prescribe; “Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”.

Esta previsión traducida a los hechos, equivale básicamente a la prohibición de la procedencia de las medidas cautelares contra la Administración Pública nacional. Ello por cuanto, prácticamente la totalidad de este tipo de tutela es susceptible de afectar bienes o recursos del Estado. En efecto, de esta manera se inhibe la posibilidad de salvaguardar derechos patrimoniales, toda vez que normalmente en este tipo de casos se hallará comprometido el erario público.

³⁶ *La Nación*, “Cautelares reguladas ¿y también restringidas?”, nota de LAURA ZOMMER, edición impresa del 14/5/2013.

En estas mismas coordenadas, autorizada doctrina³⁷ advirtió que el propósito de mantener inmunes los bienes estatales frente a cualquier afectación preventiva, significa la derogación casi plena del instituto cautelar.

La jurisprudencia también resultó refractaria a este tipo de disposiciones, advirtiendo en el fallo “Gascón” que “Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier manera perturbe los bienes o recursos propios del Estado. Planteadas así las cosas, puede afirmarse que en ningún caso pueden dictarse medidas cautelares en las que estén comprometidos los bienes o recursos propios del Estado, ya que siempre existirá la afectación a un patrimonio estatal”.

En idéntico sentido se expidió en la sentencia “De Felipe” al subrayar que “En cuanto a la prohibición de imponer a los funcionarios cargas pecuniarias; esto constituye una forma de coartar el principio de imperium del Poder Judicial, que le impediría a los jueces hacer valer sus mandas judiciales, otorgando un ‘bill’ de impunidad a funcionarios sujetos a imposiciones judiciales. Convirtiéndose, de esta manera, las resoluciones judiciales en letra muerta. De tal modo, el juez entendió que la disposición analizada es violatoria de los arts. 17 y 18 de la Constitución nacional y art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica”,

Asimismo, es del caso poner de manifiesto que cláusulas de esta naturaleza no resultan extrañas a la historia argentina. Justamente, en el contexto de la crisis económica financiera que padeció nuestro país a fines del año 2001, se sancionó la ley 25.453³⁸ que modificó el art. 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo texto *in fine* establece: “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”, texto que se encuentra vigente en la actualidad. Al poco tiempo, se dictó el decr. 1387/2001³⁹ que agregó el art. 195 bis al citado cuerpo normativo, autorizando el *per saltum* respecto de las medidas cautelares, cuyo dictado podía obstaculizar el desenvolvimiento de las facultades esenciales de la actividad estatal.

Acentuada la crisis, este artículo fue modificado por la ley 25.561⁴⁰ en los siguientes términos: “Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desen-

³⁷ MARCELO SEBASTIÁN MIDÓN, “Medidas cautelares requeridas contra el Estado nacional. Botiquín de inocuos placebos”, op. cit., p. 94.

³⁸ Ley 25.453, “Ley de equilibrio fiscal”, publicada en el B.O. del 31/7/2001.

³⁹ Decreto 1387/2001, publicado en el B.O. del 2/11/2001.

⁴⁰ Ley 25.561, “Ley de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario”, publicada en el B.O. del 7/1/2002.

volvimiento de actividades esenciales del Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las Municipalidades, de sus reparticiones centralizadas o descentralizadas, o de entidades afectadas a alguna actividad de interés estatal, podrá interponerse recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La presentación del recurso tendrá por sí sola efecto suspensivo de la resolución dictada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación requerirá la remisión del expediente. Recibido este, conferirá traslado con calidad de autos a la parte que peticionó la medida por el plazo de CINCO días. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, previa vista al Procurador General de la Nación dictará sentencia confirmando o revocando la medida”.

Claramente el objetivo perseguido en ese momento, era evitar a través de la limitación de las medidas cautelares, que los jueces ordenaran la devolución de los depósitos que habían sido confiscados a los ahorristas.

A esta reforma le siguió el decr. 214/2002⁴¹, que en lo que nos interesa, ordenó la suspensión por el plazo de ciento ochenta días de los procesos judiciales, como también de las medidas cautelares y ejecutorias en las que se demandase en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras vinculadas a lo que se denominó el *corralito financiero* –art. 12–. Con posterioridad, el decr. 320/2002 sustituyó dicha norma, pero mantuvo la suspensión sólo respecto de las medidas cautelares.

Sin embargo, la postura adversa que ese mismo año la Corte adoptó en el fallo “Smith”⁴², motiva que la ley 25.587⁴³ derogara finalmente el art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

Prácticamente idéntica finalidad se busca a través de la ley 26.854, es decir, el de impedir el dictado de medidas cautelares que puedan ir en contra de los fines que persigue el Poder Ejecutivo en ejercicio.

f) Suspensión de los efectos de un acto estatal

El art. 13 enuncia cuáles son los requisitos para la suspensión de un acto estatal, a saber: 1) pedido de parte, 2) acreditar que la ejecución del acto o norma puedan causar un perjuicio de imposible reparación ulterior, 3) verosimilitud en el derecho, 4) verosimilitud de la ilegitimidad, 5) no afectación del

⁴¹ Decr. 214/2002, publicado en el B.O. del 4/2/2002.

⁴² CSJN, Fallos 325:366, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en: ‘Smith, Carlos Antonio c. Poder Ejecutivo Nacional o Estado nacional s/sumarísimo’” (2002).

⁴³ Ley 25.587, “Emergencia económica”, publicada en el B.O. del 26/4/2002.

interés público y 6) que la suspensión judicial no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

En el inc. 3 prescribe: “La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2, inc. 2”.

Como puede observarse, uno de los requisitos para las medidas cautelares que suspenden la ejecución de un acto estatal, es la no afectación al interés público. del mismo modo, el art. 14 establece este requisito para las medidas positivas, y el art. 15 respecto de las medidas de no innovar. Es decir, que en cualquiera de los tres supuestos –medida suspensiva, positiva o de no innovar–, se exige la “no afectación del interés público”.

Sin duda, los jueces con anterioridad a la sanción de esta normativa tenían el deber de cotejar que las medidas que adoptaran, no afecten el interés público. De hecho existen diversas reglamentaciones que contemplan este requisito, como es el caso de la ley 2145⁴⁴ en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ahora bien, el problema que trae un concepto impreciso como este, es que da lugar para que sea utilizado con la finalidad de restringir la procedencia de estas medidas. Por ello, es relevante identificar cuál es el interés público que está en juego para evitar que este término sea empleado para eludir el control judicial.

La expresión *interés público*, ha sido entendida equivalente al *bien común* de la tradición tomista, al orden institucional y a la noción de orden público, por sólo mencionar algunos ejemplos. En suma, se la ha percibido como presente en toda actividad humana útil a la sociedad, e incluso como justificativo del servicio público. El concepto de interés público deja afuera de sus límites todo tipo de litigio entre particulares, en los que únicamente está involucrado el interés privado.

En esta línea de pensamiento, la sumatoria del interés público más el bienestar general, ha sido razonada como lo opuesto al interés privado. También se ha asociado a este con la pérdida definitiva de un derecho, y se ha resuelto que aun cuando la norma invoque este tipo de interés; su aplicación no puede constitucionalmente afectar la estabilidad de los derechos, inherente

⁴⁴ Ley 2145 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Ley de Amparo”, publicada en el B.O.C.A.B.A. del 5/12/2006.

a todo orden jurídico regular, así como tampoco puede justificar la aplicación retroactiva de la ley⁴⁵.

Tendiendo en cuenta estos criterios interpretativos, se está en grado de identificar con mayor claridad el interés general comprometido en un caso concreto. Lo que corresponde evaluar no es el interés público del acto, sino lo que sucederá ante el supuesto que se suspenda el acto estatal. Es decir, que deberá llevarse a cabo una operación de confronte que permita ponderar cuáles serán los perjuicios ocasionados en caso de dictarse la tutela cautelar, y si resultan mayores o menores a los que se producirán si no se ordena.

Asimismo, el inc. 3 señala que si la cautelar suspende los efectos de un acto estatal, será recurrible por vía de reposición, o por apelación subsidiaria o directa. Redacción que resulta completamente superflua atento a lo previsto en el art. 198 del CPCCN.

Lo novedoso, es que el recurso de apelación que se interponga contra la providencia cautelar que suspenda total o parcialmente los efectos de una disposición legal o reglamento del mismo rango jerárquico, tiene efecto suspensivo; salvo que se vea comprometido el derecho a la vida, a la salud, un derecho alimentario o ambiental. Lo que en definitiva, equivale a la intervención absoluta del gobierno de turno; por resoluciones, decretos de necesidad y urgencia o cualquier otra disposición, ya que con sólo interponer una apelación contra todas las previsiones procesales en cautelares –al tener efecto suspensivo–, se mantendría la vigencia de la norma en detrimento de los derechos involucrados de los particulares⁴⁶.

Dicho esto, se entiende que salvo los tres supuestos enumerados anteriormente, todos los demás se encontrarían en una situación de inferioridad y desigualdad, quedando en descubierto aquí la verdadera intención de la reforma, que es prácticamente “anular” las medidas cautelares contra el Estado nacional; otorgándole así una situación inadmisiblemente ventajosa por sobre las personas físicas y jurídicas.

Estos motivos llevaron a descalificar por inconstitucional el dispositivo legal en los casos “De Felipe” y “Gascón”, por considerar que constituyen exigencias arbitrarias que obstaculizan el acceso a la justicia y desnaturalizan las decisiones judiciales.

⁴⁵ ESTELA B. SACRISTÁN, “El concepto de interés público en la ley 26.854”, LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 del 23/5/2013, p. 145.

⁴⁶ EDUARDO SIRKIN, “Acerca de la ley 26.854 modificatoria del CPCCN referida a las medidas cautelares contra el Estado nacional”, El Dial, DC1A5A, p. 8.

III. TEST DE CONSTITUCIONALIDAD. DERECHOS LESIONADOS

El análisis global efectuado sobre la ley 26.854, arroja como resultado que la norma no supera el *test* de constitucionalidad; ello por cuanto, al menos se ven violentados dos derechos fundamentales, como lo son la igualdad y la tutela judicial efectiva.

a) Derecho a la Igualdad

Sin duda, esta es una de las prerrogativas que se advierte severamente violentada, dado que el Estado nacional adquiere con la sanción de esta normativa ciertos beneficios colocándolo en franca situación de privilegio, frente a los justiciables, sean estos personas físicas o jurídicas.

Recordemos que la libertad de igualdad se encuentra consagrada en el art. 16 de la Constitución nacional, donde se establece que todos los ciudadanos son iguales ante la ley.

Sin embargo, la importancia de este derecho humano básico es tal, que no sólo es protegido por la norma referida, sino también está amparado por otros dispositivos legales de la Constitución. Uno de ellos es el art. 37, referido a la igualdad que deben gozar los ciudadanos frente a los derechos políticos; el 75 inc. 19, hace lo mismo en lo que respecta a materia de educación, y el 75 inc. 23, en relación a la tutela de sujetos pertenecientes a grupos históricamente discriminados o en inferioridad de condiciones.

Este derecho fundamental también encuentra protección en el art. 24 del Pacto San José de Costa Rica, que prevé expresamente: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Otro antecedente se halla en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al determinar en el art. 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”; lo mismo hace el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de Francia, decretando que la ley debe ser la misma para todos.

Es importante destacar como bien señala GELLI⁴⁷, que la igualdad que se busca proteger, es la igualdad para los que se encuentran en idénticas condiciones. El Derecho por sí crea categorías, distingue y dispone clasificaciones; lo importante es que dentro de estas distinciones, todos los individuos gocen de los mismos derechos en igualdad de condiciones⁴⁸.

⁴⁷ MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 4ª edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 231/253.

⁴⁸ Ver también el emblemático fallo de la CSJN en la materia; Fallos 311:2272, “Repetto, Inés M. c/ Provincia de Buenos Aires” (1988).

Para poder garantizar la concreción de esta prerrogativa, la norma constitucional prevé de manera explícita –después de la reforma constitucional de 1994–, las llamadas *acciones positivas* que son aquellas que se utilizan para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato. También mal llamada *discriminación inversa*, por entender que en algunos supuestos se utilizan como un medio a través del que se busca discriminar para igualar.

Esto fue lo que sucedió en Estados Unidos con la *Ley de Cupos*, donde se estableció que las escuelas y las universidades debían tener un cupo de ingresantes del 20% de personas de raza negra o hispanoparlantes. En consecuencia de esta legislación es que se dictó el conocido fallo “Regent of University of California v. Bakke”⁴⁹.

No podemos dejar de mencionar la Ley Antidiscriminatoria 23.592⁵⁰, que establece básicamente la prohibición de discriminar, instituyendo en su art. 1 que quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o menoscabe el pleno ejercicio igualitario de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional; será obligado a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto o cesar en su realización, así como a reparar el daño moral y material ocasionados. Considerándose particularmente lesivos los actos u omisiones que deriven de la raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Al incorporarse el art. 75 con la reforma del año 1994, se otorgó jerarquía constitucional a once Tratados Internacionales –en la actualidad trece– en materia de Derechos Humanos, los que se estiman de superior jerarquía que las leyes, formando junto con el texto de la Carta Magna, el denominado Bloque de Constitucionalidad Federal. Este artículo debe ser entendido e interpretado de acuerdo a tres principios básicos: el principio *pro homine*, el *favor debilis* y el *favor debitoris*.

El principio *favor debilis* determina constitucionalmente cuál será la plataforma de acción para interpretar los derechos fundamentales, y el sentido de protección que debe adjudicársele a la interpretación en favor del más débil. Mientras que el *pro homine* determina que en caso de duda al momento de decidir sobre una cuestión judicial, siempre se optará por la solución jurídica que sea más beneficiosa para el individuo.

Por último, el Principio *favor debitoris* encuentra fundamento jurídico en el art. 499 del Código Civil, determinando que no se obligará jurídicamente a una persona sin que exista un imperativo legal, debido a que la regla es siempre la libertad jurídica. Esto quiere decir que ante la duda, siempre se

⁴⁹ MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 4ª edición actualizada, op. cit., p. 253.

⁵⁰ Ley 23.592, publicada en el B.O. del 5/9/1988.

optará por la liberación del sujeto frente a la obligación. Del mismo modo, el Código de Comercio en el art. 218 inc. 7, marca la pauta hermenéutica que debe seguirse con respecto a las cláusulas contractuales, disponiendo que en caso de incertidumbre, las normas ambiguas siempre se interpretaran en el sentido más favorable al deudor.

En relación a las pautas exegéticas referidas, es importante mencionar que el Pacto San José de Costa Rica establece en el art. 29, que ninguna disposición de la Convención será interpretada de manera que suprima o limite el goce y ejercicio de derechos y libertades. Tampoco podrá ser dilucidada de modo tal, que excluya o limite el efecto de otros derechos y garantías.

Dicho esto, podemos afirmar que en la reglamentación en análisis, el Estado nacional no sólo lesiona normas constitucionales e infraconstitucionales del sistema jurídico argentino; sino también disposiciones contenidas en los distintos Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, que integran la Regla de Reconocimiento Constitucional o Bloque de Constitucionalidad Federal. Por ello, estas violaciones podrían hacer incurrir al Estado nacional en responsabilidad internacional, debiendo reparar los perjuicios que se ocasionen en consecuencia.

b) Derecho a una tutela judicial efectiva

Este derecho se encuentra protegido por el art. 18 constitucional, que establece las normas y principios fundamentales para preservar la libertad y seguridad de los individuos. En este dispositivo se enuncian las garantías del debido proceso legal; entre las que tiene un lugar de privilegio el derecho de acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva.

Por derecho a la tutela debe entenderse aquel reconocido a todas las personas, por medio del cual se les garantiza la posibilidad de libre acceso a los tribunales de justicia, para solicitar la protección de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, obteniendo de esta forma una resolución de fondo debidamente fundada.

Sin embargo, es importante aclarar que la tutela judicial efectiva no es sólo un principio, sino también es un derecho fundamental en sí mismo, que se erige en pilar del orden político y de la paz social.

El contenido de este derecho es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos del proceso judicial; primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del juicio; y en tercer término, al tiempo de ejecutarse la sentencia⁵¹ –los tres momentos se verían afectados por la nueva reglamentación–.

⁵¹ PABLO ESTEBAN PERRINO, *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2003, ps. 257/294.

Esta prerrogativa se encuentra resguardada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando en el art. 8 enumera las garantías judiciales que deben respetarse en todo proceso legal.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵² se ha expresado sobre el principio de tutela efectiva, determinando que esta 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. Implica un conjunto de garantías elementales que deben respetarse en la tramitación de todos los procesos judiciales, en resguardo de los derechos individuales y colectivos.

Puede válidamente sostenerse que existen dos estadios en el derecho de tutela judicial efectiva; por un lado, la etapa anterior al proceso, que consiste en la prerrogativa que tiene toda persona como sujeto, de exigir al Estado que provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos necesarios, para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias. Por otro lado, el segundo estadio es el que se desarrolla durante la tramitación del juicio, aquí se visualizan todos los derechos esenciales que el Estado debe proveer a quien participe en una contienda judicial.

Teniendo en mira a la tutela judicial, podría afirmarse que con la sanción de la ley 26.854, el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos se ve severamente restringido y obstaculizado por las limitaciones mismas que esta conlleva; por lo que debe reputarse que colisiona gravemente con el Bloque de Constitucionalidad Federal.

IV. CONCLUSIONES

Tal como se destacara en el primer apartado de este ensayo, la finalidad originaria de este instituto procesal fue la defensa de los derechos fundamentales de los individuos, mayormente frente a actos de los poderes públicos que amenazaban su vigencia; encuadrándose así en el derecho de la “tutela judicial efectiva” introducido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como una herramienta procedimental destinada a resguardar a los individuos frente al poder del Estado.

Sin embargo, con la sanción de la ley 26.854 los derechos subjetivos de las personas se vuelven frágiles, frente a un poder estatal que va ensanchando su margen de acción y disminuyendo los controles a los que se encontraba

⁵² Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9.

sujeto. El Poder Judicial siempre fue considerado el órgano de contralor por excelencia de los poderes políticos del Estado, y el *Tribunal de garantías* de los derechos individuales. No obstante, con la nueva reglamentación esta función cardinal de la Justicia queda prácticamente reducida a la nada, cuando la lesión a un derecho básico es provocada por el accionar público.

Esta situación indudablemente constituye un franco retroceso en el Estado constitucional de derecho. Adviértase que con estas disposiciones normativas se faculta al Estado a arrasar con derechos individuales y colectivos, sin que podamos recurrir a ninguna tutela judicial efectiva que nos ampare.

De lo expuesto, puede observarse con absoluta claridad que la legislación en análisis pone en *jaque* dos principios básicos del sistema republicano; la división de poderes y la tutela judicial efectiva. Este último, justamente por los fundamentos que anteceden; y el primero, porque la norma contribuye a empoderar al Estado, debilitando el margen de acción del Poder Judicial.

Una vez más, serán los jueces a través del ejercicio del control de constitucionalidad los encargados de ponderar si aplican esta norma manifiestamente inconstitucional en desmedro de los derechos de las personas; o por el contrario, se enrolan en la defensa del Estado constitucional de derecho. Si bien como hemos analizado anteriormente, hay varios fallos que han declarado la inconstitucionalidad de esta normativa, la tarea se vuelve doblemente importante dado que en nuestro país el control de constitucionalidad es a caso concreto, con efecto *inter partes*; y no rige el *stare decisis*. Por ello, es de esperar que en algún momento se derogue esta legislación violatoria de derechos y garantías constitucionalmente instituidos.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

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