

**LA DEMOCRATIZACION DE LA JUSTICIA Y LA POTESTAD CAUTELAR**

Por Jorge A. Rojas y Romina S. Moreno

**1.- INTRODUCCION**

Bajo el eufemismo “democratización de la justicia” se han sancionado varias leyes a través de las cuales se sostuvo -desde el Gobierno Nacional- que se perseguía “democratizar” la justicia, sin precisarse con claridad en qué consistía esta consigna.

Si bien estamos de acuerdo con la necesidad de una sustanciosa reforma judicial, resulta necesario que la finalidad de esa reforma sea la generación de cambios estructurales en el sistema que propendan a su mejoramiento, permitiendo que se torne operativo el derecho de acceso a la justicia a través de una tutela efectiva para todos los habitantes de nuestro país. De este modo, el norte de la reforma debería encontrar su inspiración y fundamento último en el justiciable.

Este no es el trabajo en el cual se puedan analizar posibles reformas que permitan desde un enfoque sistémico del poder judicial obtener aquellos resultados, que por otro lado, si bien resultan posibles generan resistencia, entre ellos, el acceso por concurso a los cargos, con evaluaciones periódicas que abarquen conocimientos técnicos, y aptitudes psicológicas tanto de aquellos que se desempeñan en el ámbito del poder judicial, como para quienes ejercen la profesión de abogados.

En este trabajo nos proponemos un análisis liminar de la ley 26.854, que ha configurado un nuevo régimen para regular las medidas cautelares que se adopten contra el Estado Nacional y sus entes descentralizados.

La nueva ley crea un sistema que –según los fundamentos que llevaba el proyecto- se apoya en el art. 131 de la ley española nro. 29 de 1998, que regula la jurisdicción contencioso-administrativa de aquel país, y en el art. 15 de la ley 2.145 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que regula la acción de amparo de la Ciudad.

En esa línea señalan esos fundamentos, además de las fuentes observadas, que el régimen que se propone para regular las medidas precautorias contra el Estado apunta a asegurar “previsibilidad procesal a quienes son parte en el proceso contencioso-administrativo” (sic).

Y también refiere que “el proyecto reconoce (y así lo dispuso expresamente la ley) el principio de idoneidad de la pretensión cautelar. De ese modo se faculta la solicitud y adopción de la medida cautelar que resulte idónea para asegurar el objeto del proceso” (sic).

Por lo tanto, a través de este análisis se señalaran los aspectos más salientes de la ley, a los fines de contrastar el sistema a la luz de la letra de la Ley Fundamental y los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad para de ese modo extraer algunas conclusiones preliminares sobre los fines perseguidos y las perspectivas que ofrece esta regulación.

## **2.- EL CONTEXTO Y LA CAUTELA AUTONOMA**

Es importante tener en cuenta, que de los fundamentos del que fuera proyecto de ley surgen algunos aspectos que resultan importantes tenerlos en cuenta para poner en contexto el nuevo régimen.

Allí se indica la conveniencia de crear ese nuevo sistema pues se parte de la base que no existe uno adecuado para implementar las medidas cautelares que se adopten contra el Estado Nacional, toda vez que se utiliza el previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y se pasa por alto que desde ese ordenamiento se regulan las relaciones de derecho privado.

Sin embargo, desde esa óptica lo que ha pasado por alto esta normativa, es que no solo el Derecho Procesal constituye una rama del derecho público, sino que además existe un régimen de hecho que nace a partir de la interpretación que se ha hecho jurisprudencialmente del amparo y de las medidas cautelares que regula aquél ordenamiento adjetivo, toda vez que el sistema previsto en la Ley de Procedimientos Administrativos, ni el Estado a través de sus órganos centrales, ni tampoco desde los descentralizados es proclive a utilizarlo.

Esta circunstancia por demás evidente que inexplicablemente se ha omitido, es la que ha dado nacimiento a aquella medida que en líneas generales existe consenso en denominar desde la vía pretoriana -y también por la doctrina- como “cautela autónoma”.

Esta cautela fue denominada así solo por su carácter atípico, ya que si bien podía reportar a un proceso principal que le diera sustento, en muchos supuestos, podía no serlo, de ahí que su tramitación independiente en sede judicial hizo a su identificación como “autónoma”.

Esta medida propia de la órbita del llamado contencioso-administrativo, o más específicamente del campo del derecho administrativo. La doctrina la ha caracterizado siguiendo a la jurisprudencia, y consiste en la petición

formulada a la jurisdicción para que ordene la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, hasta que la Administración resuelva el recurso administrativo que agota la vía en un sentido o en otro<sup>1</sup>.

Mientras tanto, el administrado obtiene tutela, aparentemente sin forzar el sistema de agotamiento de la vía administrativa previa y sin un perjuicio mayor para la Administración, quien con su propia diligencia determina la duración de la medida cautelar dictada en su contra, resolviendo el recurso que agota la vía, si el juez ha condicionado la vigencia de la cautela a dicha situación<sup>2</sup>.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 12 de la ley 19.549, el acto administrativo goza de presunción de legitimidad. Su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.

Frente a los reclamos del administrado ante la administración, por vía pretoriana, los tribunales han generado este tipo de cautela denominada autónoma, cuando un administrado recurre un acto en sede administrativa solicitando al órgano jerárquico competente que lo deje sin efecto.

Desafortunadamente, la experiencia indica que cuando ese pedido de suspensión de los efectos del acto es planteado en el procedimiento administrativo, la Administración sencillamente guarda silencio.

De ahí entonces que la doctrina y la jurisprudencia admitiesen la gestación de esta cautela denominada autónoma, como una especie de desmembramiento del amparo con la combinación de una medida de no innovar, pues se conectaron ambos institutos con motivo de la reconducción de una acción de amparo presentada a fin de obtener una prohibición de innovar, en su faceta de no innovar, a fin de que la demandada se abstuviera de cortar el servicio telefónico de la actora, con fundamento en los preceptos del Código Procesal que consagran esa cautelar<sup>3</sup>.

La medida cautelar se presenta como autónoma e instrumental, al propio tiempo, pues obliga al particular a promover la acción de fondo dentro del plazo de caducidad que fija la ley. En esta tesitura, la jurisprudencia ha decretado la procedencia de una medida de suspensión de los efectos de un acto administrativo mientras tramita el recurso jerárquico interpuesto contra dicho acto.

---

<sup>1</sup> Ver Vallefin, Carlos A.; Protección cautelar frente al Estado, Ed. Lexis-Nexis, 2002, p. 125, quien señala, siguiendo a Gordillo, que a través de esta medida se persigue impedir la ejecución del acto impugnado hasta tanto se resuelva dicho recurso.

<sup>2</sup> Zambrano, Pedro; Medidas cautelares autónomas y la garantía de defensa en juicio ¿Por el art. 230 del Código Procesal o por el art. 12 de la ley 19.549?, L.L. 1998-C-344. La cita del autor se apoya en el fallo Hughes Tool Company S.A. c/Gobierno Nacional s/Amparo (L.L. 1984-D-360).

<sup>3</sup> L.L. 1992-C-150.

En este sentido, existe una actuación que de hecho se denomina autónoma, pues en algunos supuestos, pendiente un procedimiento administrativo, el justiciable accede a la jurisdicción persiguiendo una tutela efectiva e inmediata en virtud de la posibilidad de que se lleve a cabo un determinado acto administrativo, toda vez que gozan de presunción de legitimidad en mérito a las previsiones del art. 12 de la ley 19.549 antes mencionado.

La propia redacción del art. 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos<sup>4</sup> contempla en su segunda parte una actuación cautelar de la Administración Pública. Sin embargo la suspensión del acto que se impugnó puede llevarse a cabo por razones de interés general, o para evitar un perjuicio grave al interesado, o bien cuando se alegare fundadamente su nulidad.

Para eso se debían reunir los recaudos clásicos de cualquier cautelar<sup>5</sup>, siendo que en la mayoría de los supuestos la cautelar autónoma viene puesta dentro de los pliegues de una prohibición de innovar clásica, sea en su faceta de no innovar como en la innovativa<sup>6</sup>.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, seguida desde luego por los tribunales federales y demás inferiores, había establecido una línea interpretativa muy clara en este sentido, ya que ha entendido que “el criterio restrictivo respecto de la viabilidad de las medidas precautorias cobra mayor intensidad si la cautela fue deducida de manera autónoma y no accede a una pretensión de fondo cuya procedencia sustancial pueda ser esclarecida en un proceso de conocimiento, por lo cual la concesión de la medida cautelar constituye una suerte de decisión de mérito sobre cuestiones que no hallarán, en principio, otro espacio para su debate”<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Ley 19.549 – Art. 12: El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la administración a ponerlo en práctica por sus propios medios –a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.

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

<sup>5</sup> Estos son: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y como reunión de ambos la contracautela, debiendo sumarse a ellos los que prevé el art. 195 del Código Procesal, todo ello desde luego hasta antes del dictado de la ley 26.854 en análisis.

<sup>6</sup> De tal modo se resolvió que “es condición básica de viabilidad, la configuración de los extremos previstos en el art. 230 del CPCCN, en cuanto norma adjetiva regulatoria del instituto en análisis. De modo que, cabe exigir como presupuestos insoslayables de su procedencia, la configuración de la verosimilitud en el derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora, recaudos a los que debe unirse el tercero, previsto de modo genérico por el art. 19 del CPCCN” (J.A. 1999-III-21).

<sup>7</sup> C.S.J.N., 19/10/00, in re *Pesquera Leal S.A. c/Estado Nacional*, Fallos 323:3075. En idéntico sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional Contencioso-Administrativo Federal, Sala V, 14/8/02, en los autos “C.P.A.C.F. c/E.N. –Ley 25.414- Dto. 1384/01 s/Amparo – Ley 16.986; ídem, Sala I, 18/5/04, in re “Fernández, Jorge Marcos c/ONAB – Licitación 99/98 – Resol. 100/99 s/Medida cautelar (autónoma)”, LD-Textos.

De ahí que convenga despejar las dudas que plantea la denominación de cautela autónoma con la llamada “medida autosatisfactiva”, no solo porque su alcance es diverso, ya que no se trata de una medida cautelar<sup>8</sup>, sino que además ha sido descalificada por el más Alto Tribunal por inconstitucional<sup>9</sup>.

Se señala este aspecto, pues sería conveniente que se repare en la desvirtuación que se ha producido a través del lenguaje, utilizándose nuevas denominaciones para institutos ya conocidos, sin advertir los inconvenientes que se generan por las confusiones que se producen<sup>10</sup>.

Aquí surge una clara superposición más que conceptual, de identificación, pues se presumiría que se está identificando al mismo fenómeno de formas diversas, aspecto que evidentemente ha tenido en cuenta el legislador en la nueva ley analizada, pese a que también confunden sus afirmaciones cuando alude a evitar la superposición entre el objeto de una cautela y la pretensión sustancial, ya que se trata de institutos diversos, que no pueden superponerse conceptualmente, pues además en la realidad tienen alcances diversos.

---

<sup>8</sup> Señala Peyrano que la medida autosatisfactiva constituye un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado erróneamente como una cautela autónoma (Peyrano, Jorge W.; “Aspectos concretos del Proceso Urgente y de la Tutela Anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema; AA.VV., Jorge W. Peyrano, director, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 32). En punto al reconocimiento del más Alto Tribunal al que refiere el título del trabajo citado, es dable aclarar que se refiere a la tutela anticipada (consagrada en el caso Camacho Acosta, Fallos 320:1633), que será abordada más adelante en este mismo trabajo, que no guarda relación con la medida autosatisfactiva que describe el autor en la forma señalada.

<sup>9</sup> Este aspecto fue destacado con énfasis por algunos de los integrantes del máximo Tribunal en el caso Bustos (Fallos 327:4495). De la misma forma se señaló en el caso Iannuzzi (Fallos 331:2287), pues el criterio sustentado por la Corte en esta línea por más que a veces la denomine como autónoma a esta medida es que “si la medida autosatisfactiva requerida es independiente de un juicio posterior y la cautelar dispuesta admitió la pretensión inaudita parte, de modo tal que la contraparte no tuvo posibilidad de ejercer su defensa la que, en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, la decisión que la concede constituye un exceso jurisdiccional en menoscabo del derecho de defensa en juicio” (Fallos 330:5251). En la misma línea ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que corresponde anular de oficio el fallo que apartándose de lo que se propusiera en la demanda como pretensión cautelar accesoria, incurre en ostensible quiebre del principio de bilateralidad y contradicción, aún cuando se trate de una medida autosatisfactiva, sobre la que, de oficio, se ha decidido derechamente como pretensión principal agotándose así el objeto del proceso, sin que la parte que debe soportar las consecuencias de la decisión haya tenido la más mínima oportunidad de ser oída (arts. 18, Constitución nacional y 15 de la Constitución local). SCJBA, 15/12/2004, in re “Chielli, Mario y Otra c/Osmecon Salud s/Amparo.

<sup>10</sup> “Ocurre que la terminología empleada, tanto en doctrina como en jurisprudencia, forma un gran galimatías que dificulta la labor judicial en la materia, en tanto no se discrimina correctamente las medidas que son de índole estrictamente cautelar, subordinadas a un proceso principal, con las específicamente autosatisfactivas, entendidas como proceso autónomo y exclusivo diferentes, a su vez, de las anticipatorias, empleándose muchas veces como sinónimos términos disímiles (autosatisfactivo o anticipatorio; cautela material, cautela sustancial, medida cautelar genérica, tutela definitoria, tutela inhibitoria, tutela innovativa), para referirse a los supuestos antes señalados”. Juzg. Contencioso-administrativo nro. 1, La Plata, 29/5/08, in re “Gaviot, María Cecilia y Otros c/Fisco de la Pcia. de Bs. As., L.L.B.A. año 16, nro. 1, febrero 2009, p. 38.

Sin perjuicio del *nomen iuris* utilizado, lo cierto y concreto es que se aprecia con claridad una manifestación muy particular –por los efectos que se provocan a través de una medida cautelar- de la tutela que se anticipa, por la fuerza de las circunstancias fácticas, a la decisión definitiva que deberá recaer en el proceso, aspecto éste que es connatural a éste tipo de cautelares, que propenden a aventar los daños que puede generar el consumo de tiempo por el proceso.

### **3.- LOS PARAMETROS DE LA NUEVA LEY**

Como fuera señalado en la introducción, esta nueva ley para su adecuada interpretación y su contraste constitucional, no puede ser analizada de un modo descontextualizado, ni de la historia, ni menos aún del presente.

Por eso es importante tener en cuenta que históricamente las demandas dirigidas contra la Nación estaban reguladas en la vieja ley 3.952 que data del año 1900, que fue modificada en el año 1932 por la ley 11.634.

Lo importante a destacar de este cuerpo legal, cuyos lineamientos en algún modo –aún en la actualidad se siguen observando<sup>11</sup>- es que se concluía en el art. 7 señalándose textualmente que: “las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorias contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda”.

Como se advierte, resultaba inocuo pensar en medidas cautelares cuando se ejerciera una pretensión contra el Estado Nacional o sus entes descentralizados, para asegurar el futuro cumplimiento de una sentencia.

Recién se comenzó a abrir una brecha en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del leading case Pietranera<sup>12</sup>, en donde el máximo Tribunal fue muy elocuente y preciso al sostener que “la norma del art. 7 de la ley 3952 no significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. Ello importaría colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar por su observancia”.

En la temática analizada, algunos objetivos loables que se desprenden de los fundamentos del proyecto sancionado por el Congreso Nacional como ley, se traducen en algunas contradicciones, cuando no en defectuosos sistemas, como los que se han diseñado para implementar los fines que inspiran esa legislación.

Los principios que surgen de la Constitucional Nacional, constituyen presupuestos políticos básicos que se deben observar para darle existencia funcional a un determinado ordenamiento.

---

<sup>11</sup> Téngase en cuenta para ello, el sistema que crea la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos cuando contempla los efectos del silencio de la administración, o bien la ampliación de plazos en favor del Estado, o la notificación ahora a la Procuración del Estado (ley 25.344), entre otros.

<sup>12</sup> Fallos 265:291

Y esos principios que estableció el constituyente, cuando se los pretende materializar en la letra de la ley, evidentemente adquieren las formas que metódicamente desarrolladas permiten conformar los sistemas que hacen operativos no solo a la letra de la ley, sino además permiten que cobren vida en la realidad de un determinado ordenamiento aquellos principios consagrados por el constituyente.

Se advierte así que aquél desenvolvimiento histórico, ha sido desestimado por el legislador, pues se ha restringido su mantenimiento merced a la modificación que se introdujo en el art. 2 inc. 2do. referida a los sectores socialmente vulnerables.

De ahí entonces que desde la historia de la declaratividad de las sentencias contra el Estado, pasando por los desarrollos pretorianos que desembocaron en la construcción de la cautela llamada autónoma, existe un correlato que permite advertir el avance que facilitó el desarrollo del Derecho Procesal, con el desenvolvimiento que tuvieron los sistemas cautelares, en conjunción con la interpretación que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad, pues desde las distintas vías que actúa la ley en el proceso con carácter asegurativo se puede propender a una mejora sustancial – para el mantenimiento de ambas partes en igualdad de condiciones ante la jurisdicción- contrarrestando la incidencia que ejerce el tiempo sobre el proceso.

Sin embargo, estos avances que han permitido la concreción en la realidad de lo que se ha identificado como un derecho humano esencial, que no es otro que la tutela efectiva e inmediata, ha sido resignado en la ley en análisis al crear un sistema que no lo facilita, no ya porque no se haya estructurado en un cuerpo legal de mayor envergadura conformando un código contencioso-administrativo, como se debió aspirar, sino por la construcción de un híbrido que se destaca precisamente por su asistematicidad, solo por transitar una vía inversa a la desarrollada en los antecedentes expuestos.

Algunos ejemplos ilustraran el conocimiento más afinado de estas inconsistencias desde el punto de vista sistémico.

#### **4.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY**

Como advierte Bidart Campos, la expresión "igualdad ante la ley" contenida en el art. 16 de la Constitución Nacional peca de insuficiente, y propicia que se denomine "igualdad jurídica", con alcance integral que abarca: a) Igualdad ante el estado, que comprende la igualdad ante la ley, ante la administración y ante la jurisdicción; b) Igualdad ante y entre particulares<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Bidart Campos, Germán "Manual de la Constitución reformada", Bs. As., Ediar, tomo I, 2005, pág. 536.

La igualdad es un principio inherente a la persona humana, emana de la naturaleza misma del hombre. Por ello preexiste a cualquier legislación positiva.

La Corte Suprema definió el concepto de igualdad señalando que “se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones, es decir, igual tratamiento de los iguales en iguales circunstancias<sup>14</sup>. Ello significa el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias y condiciones<sup>15</sup>.

Las distinciones establecidas por el legislador son valederas en tanto no sean irrazonables o inspiradas en fines de ilegítima persecución o indebido privilegio a persona o grupos de personas<sup>16</sup>.

La garantía de igualdad no exige la uniformidad de la legislación que se dicte, en tanto las distinciones que se puedan establecer no traduzcan propósitos persecutorios o de hostilidad hacia personas o grupos de personas<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Fallos 227:25; 229:428, entre otros.

<sup>15</sup> Fallos 303:1580; 304:710, entre otros.

<sup>16</sup> CSJN, L.L. 152-207, E.D. 60-461; E.D. 196-622.

<sup>17</sup> CSJN, E.D. 65-157



En este sentido, el poder legislativo podría efectuar distinciones o clasificaciones que se basen en diferencias razonables y no en propósitos arbitrarios, con esto queremos referir que la garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen en forma distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni genere, como fuera señalado según la doctrina del más Alto Tribunal, privilegios personales o a un grupo de personas.

Siempre el criterio deberá ser la razonabilidad, por ello, si bien se admite la reglamentación de la garantía constitucional por parte de la ley, siempre el límite lo encontrará en el art. 28 de la Constitución Nacional y por ello se generan sobradas dudas sobre la legitimidad constitucional de algunos preceptos de la ley por la textura abierta que surge del propio lenguaje que se utiliza a fin de deslindar posibles desigualdades que puedan ser consideradas como arbitrarias.

Obsérvese el tratamiento desigualitario que se brinda al justiciable frente al propio Estado, en violación a las previsiones del art. 16 de la Ley Fundamental. Lejos de lo descripto precedentemente, el justiciable que quiera demandar al Estado Nacional o sus entes descentralizados, no solo debe observar los recaudos que señala el art. 3, sino que esos requisitos en nada se compadecen con lo que había desarrollado por vía pretoriana la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como de los tribunales inferiores.

Ahora se requiere según el segundo inciso de esa norma, que se indique el perjuicio que se procura evitar de modo claro y preciso; cuál ha sido la actuación u omisión estatal que lo produce; cuál es el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar; cuál es el tipo de medida que se pide; y finalmente la observancia de todos los recaudos que correspondan a la medida en particular que se requirió.

Con lo cual se desprendería de este último aspecto que no solo se podría requerir una medida –como las llama la nueva ley- positiva o de no innovar solamente, sino que se alude a los requisitos de la medida que se solicite de lo que debe inferirse que podría resultar otra.

Por ejemplo, un interventor informante o veedor, y en su caso, paradójicamente la nueva ley remite al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, del cual en sus fundamentos sugiere despegarse -por su presunta inidoneidad- para contemplar un régimen adecuado de cautelares contra el Estado Nacional como persona de derecho público, ya que –dicen esos fundamentos- el último es un ordenamiento para atender conflictos de derecho privado.

Y seguidamente alude el inc. 4 de esa misma norma, a una frase que lacónicamente señala: ***“Las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal”***, a pesar de que contradictoriamente se sostiene el principio de idoneidad en materia cautelar, cuando se señala en los fundamentos del que fuera proyecto de ley, que se “reconoce el principio de idoneidad de la pretensión cautelar. De ese modo se faculta la solicitud y adopción de la medida cautelar que resulte idónea para asegurar el objeto del proceso” (sic).

Sin perjuicio que más adelante se abordará este aspecto en particular, en este punto a fin de destacar el trato inequitativo que se observa para el Estado y sus entes descentralizados, se puede advertir que el art. 16, solo señala que éste último, solo deberá acreditar el riesgo cierto e inminente de sufrir un perjuicio; la verosimilitud del derecho que se invoca y de la ilegitimidad que se alega y, finalmente el inc. 3 de esa norma, señala la idoneidad y necesidad de la cautela que se solicite en relación con el objeto principal de la pretensión principal.

Como se advierte no existe inconveniente alguno con ningún tipo de superposición, sino se alude a la idoneidad del objeto de la cautelar, esto es, como debe ser a los fines de aventar los riesgos de un daño acaecido o inminente.

Sin embargo, pese a que los sistemas cautelares que se consagran en el Código Procesal tienen esa finalidad, es sencillo advertir el cúmulo de requisitos que se señalan para que el justiciable pueda obtener una cautela, a diferencia de los que debe observar el Estado Nacional, en sentido absolutamente contrario al que se debe perseguir en un régimen republicano, en donde quien debe recibir una mayor protección y por ende un trato privilegiado es el ciudadano común frente al Estado, solo por la disparidad que existe en esa relación de poder, más aún cuando en esta órbita, las decisiones que adopta éste último gozan de una presunción de legitimidad.

Se puede advertir otra de las desigualdades que crea la ley, al aludir el art 2 a la cuestión vinculada a la competencia, limitando la expedición de cautelares cuando el juez resulte incompetente, señalando como excepción solo los casos previstos en el segundo inciso de ese artículo.

Allí se indica que esa incompetencia se podrá soslayar cuando se atienda a sectores socialmente vulnerables – acreditados en el proceso- y señala que debe estar en juego la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria.

Y luego agrega esa norma que también se extiende esta excepción que se crea en el sistema cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

El trato desigualitario que se genera con la concepción de estas excepciones, que no deben ser tales sino que deben constituir una regla o principio elemental a observar, es que por esa vía se violenta el principio de división de poderes, ya que se vulnera la tarea de la jurisdicción que consiste en la valoración de los hechos o circunstancias que se le someten a su consideración para el otorgamiento (o no) de una tutela por vía cautelar.

No puede el legislador sustituir la voluntad de la jurisdicción porque ese “iudicium”, como se lo conocía en el derecho público romano, es decir el juzgamiento -aún hoy día para el conocimiento de una tutela cautelar- es de su esencia y no constituye una tarea que sea de incumbencia del legislador, so riesgo –como se señalara- de importar una

violación al principio de división de poderes, que resulta elemental observar en todo sistema republicano de gobierno<sup>18</sup>.

## **5.- LOS “NUEVOS” REQUISITOS: BILATERALIDAD Y ORDINARIZACION**

Según el art. 4 de la ley, las medidas cautelares contra el Estado ahora requieren una sustanciación que importa una controversia previa, tal como esa norma lo señala. El Estado debe elaborar -frente a una petición cautelar- un informe previo que debe dar cuenta del interés público que eventualmente estuviera comprometido ante esa petición.

Además, en otro avance sobre el principio de división de poderes, se faculta a la Administración a que se expida acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y además señala la ley que “acompañará las constancias documentales que considere pertinentes” (sic).

Esto por vía de principio, pues a renglón seguido, por vía de excepción, se faculta ahora si a la jurisdicción, a dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación de aquel informe previo o bien al vencimiento del plazo acordado al efecto.

De ello se infiere la ordinarización del trámite de toda cautelar cual si fuera un proceso de conocimiento, aunque sea restringido por los plazos previstos, pero conocimiento al fin, y además se faculta al juez –según la índole de la pretensión- a ordenar una vista previa al Ministerio Público.

El inciso siguiente señala que esos plazos no se observarán cuando hubiere uno que sea menor especialmente estipulado, y agrega que, de tratarse de un proceso sumarísimo o un amparo esos plazos serán de tres días.

Concluye esa norma señalando que podrán tramitar sin informe previo las medidas cautelares que se soliciten conforme las previsiones del art. 2 inc. 2, es decir aquellas que apunten a sectores socialmente vulnerables –acreditados en el proceso- cuando se encuentre comprometida la vida digna, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o un derecho de naturaleza ambiental.

Como se advierte, nuevamente el legislador sustituye la voluntad de la jurisdicción, quien de ese modo queda sustraída al juzgamiento de una tutela cautelar según el conocimiento de los hechos sometidos a su consideración,

---

<sup>18</sup> En ese sentido se expidió la jurisdicción con la sanción de la llamada la “ley tapón” o “ley antigoteo” 25.587 in re “Grimberg, Marcelo Pablo c/PEN – dec. 1570/01 s/Amparo ley 16.986, en que sostuvo que la norma bajo análisis (recordamos que era el art. 1 de la ley tapón), establece una clara injerencia en el ámbito decisorio propio del Poder Judicial, pues resulta competencia exclusiva de los jueces, apreciar en cada caso concreto qué medida de las articuladas en el Código Procesal, resulta ser más adecuada en su aplicación a la controversia específica, a fin de asegurar la eventual ejecución de la sentencia.

pues quedaría sujeta a las pautas que le fijó de antemano el legislador, extremo éste que se compadece con otra violación al principio de división de poderes, tal como antes ya fuera señalado.

La doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la ley no ha observado, seguida por los tribunales inferiores, señala específicamente que: “las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud; es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad<sup>19</sup>.”

Si la ley requiere para “la suspensión de los efectos de un acto administrativo que se acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior” (sic), tal como reza el art. 13 de la ley, es evidente que nos encontramos frente a otro escenario totalmente diverso al ámbito cautelar típico.

Aquí la acreditación, aunque sea sumaria, y la necesidad de un perjuicio grave de imposible reparación ulterior, marcan dos parámetros absolutamente diversos a los tradicionales, porque importan una tarea de conjunto, esencialmente probatoria, que requiere, por un lado, la acreditación de esa situación, y por otro, la existencia de un perjuicio grave que resulte irreparable, estándar totalmente distinto al que requiere el peligro en la demora de toda cautela.

Esto a su vez se contradice con el apartado siguiente de ese mismo primer inciso del artículo 13, que alude a la existencia de verosimilitud del derecho a secas, y más aún con el siguiente, que alude a la verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto.

La confusión del legislador en materia probatoria llega a superponer conceptos que deben ser tratados con otro alcance por la precisión que deben tener para poder brindar a la jurisdicción pautas claras para resolver. Es evidente la contradicción, pues la verosimilitud del derecho no puede interpretarse más que como apariencia del buen derecho que se invoque.

Y esa apariencia se debe referir al buen derecho que tiene el peticionante de la cautelar para su obtención, que no es el derecho sustancial que pueda invocar, sino que teniendo en cuenta el estadio en que se debe reconocer esa verosimilitud, es dentro de un proceso o, antes de su inicio, y esto no se compadece, pues no es posible correlación alguna, con la tarea de “acreditar” que tiene otro alcance en su significado.

---

<sup>19</sup> Fallos 317:581; 318:1077; 320:1093; 326:970; 327:2738, entre otros.

Ese término es definido en su primera acepción por el Diccionario de la Real Academia Española, señalando que es “hacer digno de crédito algo probando su certeza o realidad”.

Y esto importa una tarea de conjunto que requiere la movilización de una etapa probatoria lo suficientemente justificativa para dar crédito de algo, que está en franca oposición al juicio de apariencia antes referido, que sigue precisamente los lineamientos tradicionales fijados por el más Alto Tribunal del país.

Todo ello a su vez tampoco guarda relación alguna con las presunciones, pues cuando la ley alude a la gravedad y seriedad de los indicios, no puede colegirse otra cosa más que la remisión a la prueba de presunciones.

El segundo inciso del art. 13 de la ley es más claro aún sobre la desvirtuación señalada, que importa la ordinarización del trámite de una cautela, al indicar que el pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión fue adversa a su petición o que han transcurrido cinco días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida.

Es decir que aquí hay un trámite previo más -a la tramitación previa- que prevé el art. 4 de la ley, que también importa una tarea de “demostración”, es decir para la procedencia de la medida se requeriría “la sustanciación de la sustanciación”, que no es un galimatías, sino que refleja la realidad, con el agravante, que luego de acreditada “la sustanciación de la sustanciación”, agrega el último párrafo de este segundo inciso que “la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el inciso anterior”.

Más claro que lo que se pretende es una ordinarización del procedimiento cautelar es imposible. La vuelta atrás implica, como se ha señalado, la tarea de acreditación que se opone a la simple comprobación de la verosimilitud del derecho que se invoca.

Lo mismo sucede con las previsiones del art. 14 que alude a la medida que llama positiva, más allá que se trate de una clásica medida innovativa, cuando se prevé en el ap. c) del primer inciso que se “acredite” sumariamente el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior”, aspectos estos a cuyo respecto caben las mismas reflexiones que las formuladas precedentemente.

Más aún con la gravedad en este caso, que lo que persigue la norma es una conducta positiva de la Administración, con lo cual lo que habría que “acreditar” sería un hecho negativo, que la única vía para lograrlo sería con el positivo

contrario, lo que implica un despliegue probatorio inconcebible a la luz de lo que debería constituir un procedimiento cautelar que permita acceder a una tutela efectiva e inmediata.

En idéntico sentido contempla el art. 15 la medida de no innovar, que es la otra faceta de la prohibición de innovar que contempla el art. 230 del Código Procesal, pues señala el ap. a) del primer inciso de esa norma, que se debe “acreditar sumariamente” que la ejecución de la conducta material que motiva la medida ocasionará “perjuicios graves de imposible reparación ulterior” (sic).

Este no es el estándar tradicional que utiliza toda la jurisprudencia para conceder este tipo de medidas, pues el “peligro en la demora” abre un abanico de posibilidades lo suficientemente amplio como para contemplar desde un perjuicio -que medido a la luz del consumo del tiempo por el proceso mismo- justifica la concesión de una cautela, como otro tipo de perjuicios que pueden llegar al que resulte irreparable si no se adopta la medida.

En el medio de cada uno de esos extremos existen zonas grises que solo la jurisdicción puede evaluar para la concesión de la medida de la que se trate y que en modo alguno, puede ser sustituida por el legislador creando una norma que persigue estereotipar conceptos de modo de transformar en rígido aquello que requiere de la necesaria flexibilidad para su adaptación a las circunstancias concretas en las que debe aplicarse.

Un ejemplo del criterio utilizado por la Corte Suprema permitirá contemplar más acabadamente las anomalías señaladas, así ha interpretado que “el anticipo de jurisdicción de la Corte al hacer lugar a la medida cautelar no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante, y lleva ínsita sólo una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual, que es la que determina que la situación sea contemplada, sin que ello implique decidir concretamente sobre la procedencia del reclamo formulado. El hecho de que la demanda pueda ser definitivamente rechazada no aparece como un daño irreparable para el Estado Nacional ya que la presunción de solvencia de que gozan las provincias garantizará, en su caso, la devolución de las sumas que se transfieran durante la sustanciación del litigio y el pago de las que pudiesen corresponder en concepto de daños y perjuicios, si se demuestra que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga para obtener la medida (art. 208, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)<sup>20</sup>.

Si bien esa puede ser una clara demostración de lo que importa la tutela anticipada –que más adelante se abordará– no es menos cierto que tanto la medida que ahora se dio en llamar positiva como la medida de no innovar, ambas englobadas en el concepto de prohibición de innovar del art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la

---

<sup>20</sup> Fallos 326:3210

Nación, constituyen las vías más tradicionales de acceso a lo que se ha denominado como tutela anticipada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Y todo esto ¿por qué razón lesionaría el derecho del peticionante de una cautelar? Es porque lo que se está lesionando es el acceso a la jurisdicción, pues se obtura la operatividad de las cautelares, ya que se restringe su libertad, en este caso de peticionar ante las autoridades (art. 14 C.N.), y de defensa en juicio (art. 18 C.N.), a fin de obtener una tutela preventiva para estar en igualdad de condiciones –que su contraparte- ante la jurisdicción para permitirle así dirimir los derechos en disputa con el Estado Nacional.

Es decir que por esta vía se está desandando un camino que había sido construido laboriosamente por vía pretoriana, y se había cristalizado en lo que se dio en llamar “cautela autónoma”, que no era más que una manifestación en el ámbito del contencioso-administrativo, de la prohibición de innovar que consagra el art. 230 del Código Procesal Nacional, que en algunos casos fue complementada con la cautelar genérica que consagra el art. 232 de ese ordenamiento.

## **6.- LA VIGENCIA DE LAS CAUTELARES**

El art. 5 de la ley señala la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado, como si se tratara solo y simplemente de una cuestión atinente a un plazo legal o aún judicial, aunque se contempla una apertura para su prórroga, circunstancias éstas que denotan otra clara inconsecuencia del legislador al omitir no solo la teoría general cautelar, sino además las observaciones que desde siempre ha formulado la jurisprudencia a los fines de perfilar un sistema cautelar que sea adecuado para la atención de la situación de urgencia que se hubiera planteado<sup>21</sup>.

Esa norma contempla un plazo de vigencia de 6 meses para las cautelares dictadas en procesos de conocimiento amplio y de 3 meses para los amparos y los juicios sumarísimos, quedando exentas de ello las situaciones de excepción que enumera el art. 2 inc. 2 de la ley.

Sin perjuicio de lo señalado, cuando “resultare procesalmente indispensable”, se podrá prorrogar la medida por otros seis meses, cayendo la ley en un casuismo injustificado pues se alude al impulso del trámite y la eventual actitud dilatoria que observe el beneficiario de la medida, como si en el plazo de 3 ó 6 meses se pudiera resolver un pleito.

---

<sup>21</sup> La finalidad de la medida cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (Fallos 326:4409).



Aquí vuelve a aparecer con toda intensidad la violación al principio de división de poderes, al querer sustituir nuevamente el legislador a la jurisdicción, sustrayéndola de la dirección del proceso, y del manejo que importa la concesión de una cautela dentro de aquél.

Bien sabido es que toda resolución judicial en materia cautelar, siempre es provisional y por ende temporaria, como contradictoriamente lo reconoce la propia ley 26.854, por lo que contiene implícitamente la cláusula *rebus sic stantibus*, y su vigencia no es concebible cuando desaparecen o se modifican las circunstancias fácticas que se observaron como antecedentes de la respectiva tutela cautelar. Por eso señala Palacio, que es destacable la impertinencia de la preclusión o de la cosa juzgada en relación al art. 202 del Código Procesal<sup>22</sup>.

La cuestión atinente a los plazos aparece en los sistemas cautelares que contempla el Código Procesal Nacional manifestándose en distintas alternativas, desde su nacimiento hasta su fenecimiento, por ejemplo, en su vigencia u operatividad, como en su caducidad o extinción, del mismo modo que puede surgir de la letra de la ley, como puede constituir una facultad de la jurisdicción, configurándose así dos especies, la de los plazos legales y la de los judiciales.

Ese es el derecho al que debe acceder todo justiciable en defensa de sus intereses, y es función primordial de la jurisdicción velar por ese derecho, de modo tal de permitirle peticionar por esa tutela preventiva de sus derechos, evitando que de ello se genere un posible abuso en el proceso, pues ello podría dar lugar a especulaciones procesales incompatibles con la buena fe que debe guiar a las partes en el proceso.

El proceso no puede quedar a merced de una de las partes para utilizarlo como herramienta de coacción, ni menos aún para incurrir en un abuso que resultaría absolutamente injustificado, aún en sentido inverso al que pretende asentar la ley.

Esta es la situación que se plantea con la cuestión atinente a los plazos en materia cautelar, es decir, los hay legales y los hay judiciales, pero que también permite advertir el universo de posibilidades que brinda la ley cuando se persigue una actuación asegurativa dentro de un proceso, o aún antes de su inicio. Sin embargo, en todos los casos, como se señalara, la regla es que el dictado de una medida obedece a las pautas fijadas por el art. 202 del Código Procesal, esto es "*rebus sic stantibus*", es decir, mientras se mantengan las condiciones que dieron lugar a su dictado, aspecto que no se puede vincular a un espacio temporal predeterminado sino que depende de la realidad de las circunstancias a juzgar.

---

<sup>22</sup> Palacio, Lino E.; Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo-Perrot, 2da. ed. actualizada por Carlos E. Camps, T. VIII, pag. 39.

Aquí es donde se produce un quiebre que enfrenta “derecho vs. abuso”, que es un aspecto sobre el que se alude en los fundamentos del proyecto de ley, y a su vez se desprende de su articulado<sup>23</sup> toda vez que mientras las circunstancias que dieron origen al dictado de una cautela se mantengan, por aplicación del principio “*rebus sic stantibus*” la vigencia de la cautelar debería correr esa misma suerte.

Sea para su desarrollo, sea para su caducidad, no es menos cierto, que esa vigencia estará dada por el marco que rodea a los sistemas cautelares, que deja en manos no sólo de la jurisdicción su operatividad, sino además del propio afectado, para que solicite por la vía que estime corresponder, no sólo su sustitución, sino su modificación, o su levantamiento entre otras posibilidades que brinda el art. 203 del Código Procesal.

Esta característica que hace a la flexibilidad de los sistemas cautelares, por la adaptación que requieren a la realidad en la que deben ser aplicados, apunta a aquel principio liminar que hace a su concesión: “*rebus sic stantibus*”, que legitima al afectado por la medida a requerir su levantamiento o modificación, de la misma manera que faculta al juez a evitar lo que podría constituir un abuso de proceso en desmedro de uno de los litigantes.

Si bien esto resulta un reflejo directo de lo normado por el art. 1071 del Código Civil, existe una particularidad muy destacable del nuevo código unificado cuyo proyecto actualmente está en tratamiento en el Congreso Nacional, ya que señala el art. 10 de dicho proyecto que: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraria los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Hasta aquí la redacción es prácticamente similar, pero agrega esa norma un último párrafo que instruye lo siguiente: “El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

Como se aprecia, este agregado tiene una connotación como la que se viene señalando precedentemente, que no es otra que la concreta aplicación de las facultades del juez respecto a la operatividad de una cautela, no solo teniendo en cuenta la regla “*rebus sic stantibus*”, sino además las facultades que brinda el art. 204 para adaptar la cautela de que se trate a las circunstancias del caso en concreto.

---

<sup>23</sup> Ver penúltimo párrafo del art. 5 de la ley.

Además existe otra garantía mayor aún –en este caso en manos de la jurisdicción- que son las facultades que tiene el juez de adaptar la medida a las circunstancias del caso –por ejemplo- concediendo una medida distinta a la solicitada, o fijándole límites, que desde luego pueden ser temporales o espaciales, entre otros (art. 204 CPCCN).

Esto que se encuentra así regulado en el Código Procesal Nacional, en un sentido similar lo ha recogido la ley 26.854, salvo el aspecto de la vigencia temporal aquí comentado que consagra el art. 5 que resulta claramente inconstitucional porque lesiona el acceso a la jurisdicción de los justiciables, ya que al obturar la operatividad de una cautela solo por el transcurso del tiempo, dejando inerte, sin tutela al justiciable, transgrede claramente la letra de los arts. 18 y 28 de la Constitución Nacional, que consagran la inviolabilidad de la defensa en juicio y la razonabilidad de las leyes, a través de las cuales no se pueden violentar los principios, derechos y garantías que consagra la primera parte de la Constitución Nacional, como asimismo la letra de los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad al resguardar el derecho a la jurisdicción de todo justiciable<sup>24</sup>.

Y en este aspecto, es de destacar otra contradicción de la ley que enfrenta a la jurisdicción a dos situaciones diversas. Por un lado, le impone ilegítimamente un plazo de vigencia a las cautelares, y por otro, recoge en el art. 6 en su segundo inciso, el principio básico antes referido, señalando que “en cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento”.

Y esto es claro que está puesto en el propio beneficio del afectado por la medida, pues es una carga que importa un imperativo en su propio interés, que no es otra más que solicitar a la jurisdicción el levantamiento de la medida si se agotaron las circunstancias que justificaron su dictado.

Como se puede apreciar, la contradicción es palmaria, y por ende la situación que se genera es cuestionable por confusa, pues más allá de la inconstitucionalidad de los plazos de vigencia que se pretenden, la norma que resultaría acorde con los sistemas cautelares que es la prevista en el art. 6 inc. 2 se contrapone con el texto del quinto artículo en una inexplicable contradicción del legislador.

## **7.- EL OBJETO CAUTELAR Y LA PRETENSION**

---

<sup>24</sup> Ver arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 2, 3, 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 7, 8, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala expresamente la igualdad de todas las personas ante la ley sin ningún tipo de discriminación como el trato que dispensa injustificadamente esta ley al Estado en desmedro de las personas; por citar algunos ejemplos

Calamandrei, insigne discípulo de Chiovenda, sostenía que el juez puede hacer actuar la ley en el proceso –entre otras cosas- para resguardar prueba que resulta importante o esencial y corre riesgo de ser pérdida<sup>25</sup>; otra forma en la que el juez hace actuar la ley en el proceso con carácter asegurativo, es para resguardar los daños y perjuicios que una parte puede generar en desmedro de la otra, a partir de su propia actuación<sup>26</sup>.

Pero hay otra forma, diversa a las dos anteriores, que permite delinear otro tipo de sistema de índole cautelar, que son las medidas precautorias que típicamente contemplan los códigos procesales del país, que desde luego -en su gran mayoría- tienen por finalidad asegurar el futuro cumplimiento de una sentencia (vgr. embargo, inventario, anotación de litis, secuestro, entre otras).

A su vez, existía otra forma contemplada por Calamandrei, a través de la cual la ley actúa con carácter asegurativo dentro del proceso, y es aquella que el maestro italiano denominaba “providencias interinas” o “providencias interinas temporales”, a las cuales comparaba con las que Chiovenda denominaba “declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva” y se destaca el énfasis en su denominación pues aquí aparecen dos caracteres especiales que resultan relevantes para esta tarea, uno es el atinente a su alcance y el otro a su temporalidad.

A través de este tipo de resoluciones –y obsérvese que el ángulo de análisis siempre está representado por la labor de la jurisdicción dentro del proceso- lo que se perseguía era precisamente el resguardo del acceso a la jurisdicción de los justiciables, para permitir precisamente que se diriman los derechos en disputa a través del proceso, que naturalmente es consumidor de tiempo.

Esto es así pues la jurisdicción con su pronunciamiento lo que resguardaba era el desarrollo del proceso y a su vez su objeto, representado por el derecho que estaba en disputa entre las partes, de modo que ninguna de ellas actuara en desmedro de la otra, y así cobraba vida el viejo adagio latino “*lite pendente nihil innovetur*”, esto es, mientras la litis esté pendiente nada debía modificarse, con lo cual se perseguía mantener a ambas partes en igualdad de condiciones ante la jurisdicción.

---

<sup>25</sup> Ese subsistema dentro del proceso está contempla en los arts. 326 y ss. Del Código Procesal Nacional, aunque existen otros ordenamientos que lo contemplan directamente dentro de los sistemas cautelares como es el caso de Santa Fe o Mendoza, entre otros.

<sup>26</sup> Sirva como ejemplo de lo expuesto, la posibilidad de que se fije y otorgue una contracautela, que no es otra cosa que la otra faceta de una medida cautelar clásica, a los fines de evitar los daños y perjuicios que eventualmente se puedan generar al afectado por esa medida. Otro ejemplo de un sistema cautelar de esa índole serían las previsiones de los arts. 258 ó 509 ó del art. 555, todos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a través de los cuales se fijan los parámetros para el otorgamiento de una fianza a fin de evitar los eventuales daños y perjuicios que cada una de esas situaciones pudiera irrogar al afectado.

Este principio fue conocido por Vélez Sarsfield e incorporado en los arts. 2500, 2788, entre otros, del Código Civil. Si bien por entonces no existía el Código Procesal, quien hacía sus veces como derecho patrio, nacido de la vieja legislación hispánica, fue la ley 50, que lo contempló en el art. 337, inclusive fue receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien desde siempre sostuvo que ese principio importaba la posibilidad de que mientras se desarrollara el proceso, ambas partes debían estar en igualdad de condiciones ante la jurisdicción, pues ese era su fundamento último<sup>27</sup>.

Ese principio fue recogido en el actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454), que lo incorporó como art. 230, bajo la denominación de “prohibición de innovar”, precisamente porque su finalidad apunta a que ninguna de las partes innove –sea por acción u omisión- permitiendo así el desarrollo del proceso para el dictado de una sentencia que resulte útil, por su eficacia para dirimir el conflicto sobre los derechos en disputa.

Esta medida no debe ser confundida por su denominación, se trata de una cautelar genérica y residual, conforme lo señala el tercer inciso de esa norma, que presenta dos facetas, tal como lo había enseñado Calamandrei a principios de siglo, una es la faceta innovativa y otra es la de no innovar<sup>28</sup>.

De tal modo esa norma requiere para la viabilidad de esta medida tres presupuestos: a) verosimilitud del derecho; b) peligro en la demora, y c) que no exista otra medida que resulte aplicable, por eso se destacaba su carácter residual y genérico.

Como se observa de los presupuestos de viabilidad que contempla ahora el nuevo régimen de la ley 26.854, se desprenden requisitos de admisibilidad diversos a los mencionados, que conviene tener en cuenta, pues es otro aspecto del que se aparta el nuevo régimen.

Con lo cual, ni se han tomado como fuentes los antecedentes que ha tenido el desarrollo de la cautela autónoma, ni tampoco se han tenido en cuenta los antecedentes que ha observado el más Alto Tribunal para estimar la viabilidad de las medidas cautelares, y menos aún los contemplados en el Código Procesal, todo ello bajo el ropaje de que no se

---

<sup>27</sup> Este criterio lo mantuvo la Corte Suprema históricamente en forma pacífica y uniforme, siendo ejemplo para citar Fallos 12:505 del año 1872; Fallos 25:247 del año 1883; Fallos 37:325 de 1889; Fallos 42:326; y más recientes que mantienen esa misma línea como el sonado caso “Clarín” u otros similares por ejemplo: Fallos 334:240 ó 1010.

<sup>28</sup> De ahí que convenga remarcar que su nombre no debe alterarse para evitar confusiones, ya que suele denominarse “medida de no innovar” o “medida innovativa”, y ambas son las dos variantes que contiene la medida “prohibición de innovar, ya que ambas facetas están comprendidas dentro de ella. Esto ha sido totalmente sustituido en la ley 26.854, ya que se alude a la medida positiva, que sería la innovativa y la medida de no innovar, abordándolas en forma diferenciada a ambas y a su vez con presupuestos que son disímiles de los tradicionales como se ha analizado en los puntos anteriores.

puede mantener un “vacío legal”, que como se ha visto no es tal, y que se pretende dar “previsibilidad procesal a quienes son parte en el proceso contencioso administrativo” (sic).

Ambas frases enfatizadas surgen de los fundamentos que acompañaron al proyecto hoy convertido en ley 26.854, que como se ha visto hasta aquí no solo constituye un respaldo formal, sino que además rompe con la historia de institutos que hacen a la operatividad de los sistemas cautelares desde siempre, en desmedro del más débil de la relación Estado-particular.

El primer inciso del art. 230 contempla solo la verosimilitud del derecho. En el segundo inciso se requiere que exista peligro en la demora, y es notable la norma por la forma en que recepta a la doctrina italiana, pues aquí es donde se aprecian sus dos facetas, la innovativa y la de no innovar, ya que señala ese precepto que si el peligro en la demora proviene del mantenimiento de una determinada situación de hecho o de derecho, desde luego lo que importa es innovar para aventar esos perjuicios y permitir así el acceso a la jurisdicción y el desarrollo del proceso.

Pero si ese peligro en la demora proviene de la alteración de un determinado *statu quo*, lo que importa es mantenerlo a través de una decisión que mande a no innovar respecto a una determinada situación de hecho o de derecho, con la misma finalidad antes indicada.

Esto no quiere decir más que el dictado de esa providencia cautelar persigue una finalidad asegurativa para que quede a resguardo un derecho humano esencial como es el acceso a la jurisdicción y así el proceso se pueda desarrollar, pues de lo contrario carecería de sentido el dictado de una sentencia que resulte estéril por ineficaz, o abstracta, porque en la realidad de los hechos, la vorágine misma con la que esos hechos se presentan, no permitiría su encauzamiento y su abordaje dentro del proceso, consumándose así un daño que es lo que se quiere despejar por esta vía.

De lo expuesto hasta aquí, es sencillo colegir que no existen en el mundo jurídico solo las medidas cautelares como tradicionalmente se conocen, como el embargo, o la anotación de litis, entre otras; sino que por el contrario, el juez hace actuar a la ley dentro del proceso con carácter asegurativo a través de diversas manifestaciones, y esta medida –la prohibición de innovar- configura la vía de acceso más común a lo que la doctrina procesal ha denominado “tutela anticipada”<sup>29</sup>.

Estos constituyen sistemas cautelares atípicos, pues apuntan al resguardo de derechos a los fines de propender al desarrollo del proceso, que no es otra cosa que resguardar el acceso a la jurisdicción, y a través de su concesión el juez

---

<sup>29</sup> La hemos conceptualizado como un sistema cautelar en virtud del cual la jurisdicción a través de una actuación asegurativa o protectoria, resguarda –manteniendo o alterando- una determinada situación de hecho o de derecho, propendiendo a la eficacia del proceso y la utilidad de la sentencia definitiva a través de una inmediata actuación de la ley que evite un daño, o los riesgos de un menoscabo que resultan evidentes o inminentes (Ob. Cit., p. 150).

incurre en un anticipo que muchas veces se confunde con el pronunciamiento de mérito, pero que es sencilla su identificación y diferenciación.

Ese anticipo en el cual puede incurrir la jurisdicción, ni constituye prejuzgamiento, ni tampoco significa una sentencia anticipada, sino que lo que importa advertir es que del juez emana una decisión cuyos efectos se proyectan sobre la sentencia de mérito por la índole que tiene su alcance, ámbito desde el cual se generan las confusiones que llevan a algunas distorsiones interpretativas, que no deberían ser tales, toda vez que esa decisión de la jurisdicción siempre es provisional, nunca tiene carácter definitivo.

Superponer ambos conceptos significaría caer en el absurdo de confundir cautela con condena y estos aspectos han sido precisados claramente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando liberando, a los jueces inferiores de las ataduras que restringía su actuación interpretando un eventual prejuzgamiento, incurrían en inexplicables omisiones que dejaban totalmente desvalido al justiciable frente a una situación apremiante por urgente o gravosa.

Para entender el alcance de estas medidas cautelares que el art. 3 inc. 4 pretende limitar en forma inexplicable al señalar que “las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal” (sic), no se puede perder de vista lo reseñado hasta aquí.

Como lo ha hecho la doctrina italiana desde comienzos del siglo pasado, fomentando así una marcada evolución del derecho procesal a los fines de atender situaciones urgentes, es imprescindible advertir que el desarrollo de todo proceso judicial naturalmente consume tiempo, y ello hace imprescindible contar con mecanismos adecuados que permitan contrarrestar esos efectos.

Ese tiempo se enfrenta a la necesidad de obtener una tutela que resulte efectiva e inmediata, como lo disponen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad a partir de la reforma de la Ley Fundamental del año 94.

Consecuentemente, el ámbito en el que giran esas medidas tiene cierta atipicidad precisamente porque su dictado hace superponer (en todo o en parte), el objeto que persigue la protección cautelar con la pretensión sustancial ejercida en el proceso.

En este caso, también se ha omitido contemplar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual en aras precisamente a no superponer conceptos claramente diferenciables, como son el objeto de una medida cautelar con la pretensión sustancial ha señalado -por ejemplo en este tipo de supuestos- que: “la prohibición de innovar no

procede, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta la presunción de verdad que ostentan, pero tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles<sup>30</sup>.

La doctrina de la Corte Suprema, que desarrolla el alcance e interpretación que corresponde imprimirle al art. 230 del Código Procesal, como vía tradicional de acceso a la tutela anticipada resulta absolutamente clara y transparente, pues ha sostenido que es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva<sup>31</sup>.

De lo contrario, una cautela de esa índole, sea en su faceta de no innovar o en la innovativa, carecería de virtualidad convirtiéndose en una mera apariencia jurídica, si se considerara que el juez habría emitido a través de ella una sentencia de mérito, por lo que no puede presumirse que una decisión provisional se pueda confundir con una definitiva.

El único recaudo que ha destacado la Corte Suprema para este tipo de cautela se halla supeditado a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora y, dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión<sup>32</sup>.

Esa pretendida superposición entre el objeto de una cautela y la pretensión sustancial es evidente que no resulta real para el proceso. Mientras el primero, tiene un carácter meramente instrumental, que sirve para que el proceso pueda desarrollarse, de ahí que no solo carezca de autonomía, sino que además resguarda el derecho a la jurisdicción; la segunda, tiene un desarrollo evolutivo que propende al conocimiento por parte de la jurisdicción para que finalmente alcance el máximo grado de certeza posible y emita un pronunciamiento que dirima los derechos en disputa y acceda (o no) al reconocimiento de esa pretensión.

A su vez, la pretensión está dirigida hacia la contraparte, mientras que el objeto de una cautela surge de la petición que se reclama directamente a la jurisdicción, estableciéndose -por el carácter del procedimiento inaudita pars- una relación bilateral entre el peticionante y el juez.

---

<sup>30</sup> Fallos 314:1312; 323:1716.

<sup>31</sup> Fallos 320:1633

<sup>32</sup> Fallos 326:3279



Esto no guarda relación alguna con el ámbito de un proceso, que por sí mismo tiene un núcleo dialéctico, pues ante todo es controversia y nace del conflicto que surge de posiciones contrapuestas, con lo cual “*per differentiam specificam*” es claramente distinguible de otros procedimientos en los cuales no existe ese fundamental núcleo dialéctico<sup>33</sup>.

Por lo tanto, pretender que no exista esa superposición, no solo es claramente inconstitucional pues depende de los hechos puntuales de cada caso en particular, sino que además importa una restricción a la labor de la jurisdicción totalmente inaceptable que violenta una vez más el principio de división de poderes y lesiona el desarrollo del debido proceso legal al inhibir a un litigante a sortear la urgencia de su planteo por vía cautelar al confundir el objeto de una cautela con la pretensión de fondo.

Esto sería lo mismo que confundir provisoriedad con definitividad, ya que ambos son conceptos totalmente diversos que requieren a su vez de presupuestos diversos para su andamiaje, al igual que la distinción que existe entre cautela y condena, ya que si existe una cautela existe provisionalidad en su propio contenido con la implicancia que ello tiene para el proceso.

Mientras que si existe condena, ello importa la existencia de un pronunciamiento que genera una definitividad que hace al desarrollo y conclusión de un proceso a través de un acto de autoridad que dirime los derechos en disputa. Es claro entonces que son dos situaciones diversas que tienen alcances y connotaciones distintas, y por ende regímenes para su acceso también distintos, lo que permite despejar cualquier tipo de confusión sobre el particular.

## **8.- ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES**

La distinción que cabe formular entre la noción estática que importa el estado de derecho, de la noción dinámica de la seguridad jurídica<sup>34</sup>, aunque en puridad ambas se interrelacionan, conviene hacerla señalando el por qué tiene ese dinamismo la segunda.

Se sostiene que ese concepto es dinámico, porque es el fruto de la aplicación diaria de las reglas que gobiernan el sistema del estado de derecho, cuando los poderes del Estado respetan el orden constitucional establecido y logran que tenga vigencia efectiva, y no solo formal, se vive en un clima de seguridad jurídica<sup>35</sup>.

Por cierto que el lector estará avizorando que cuando esas normas esenciales no son respetadas, cae con todo su peso la seguridad jurídica, situación que refleja fielmente la realidad del país.

---

<sup>33</sup> Taruffo, Michele; Sobre las fronteras (escritos sobre la justicia civil), Temis, Bogotá, 2006, p. 148.

<sup>34</sup> Ver Bianchi, Alberto B.; Dinámica del Estado de Derecho, Ed. Abaco, 1996, p. 150.

<sup>35</sup> Bianchi, ob. cit., p. 150.

Entonces surgen –entre otras- las siguientes preguntas: ¿qué sucede con la seguridad jurídica? ¿cómo debe ser mantenida? ó ¿cómo debe ser afianzada?

Hoy se sancionan leyes que generan debate por el alcance que corresponde darle a derechos fundamentales como es el derecho a la jurisdicción, sin cuyo respeto caen en letra muerta algunos derechos llamados de primera generación, como el derecho de propiedad, el derecho a la igualdad, el derecho a peticionar ante las autoridades, sin mengua por cierto a otros incorporados más recientemente por los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, como el derecho a una tutela judicial efectiva.

Pero como se señaló al comienzo, este análisis y las conclusiones preliminares que permite extraer esta ley que raya permanentemente la inconstitucionalidad, no pueden descontextualizarse, y en este caso el contexto a tener en cuenta importa la necesidad de advertir el momento en que se diseñan estos nuevos sistemas, que es evidente que persiguen más una finalidad “política”, que una finalidad que propenda a mejorar nuestro sistema judicial, más allá de los eufemismos utilizados para presentarlas en sociedad.

No son las medidas cautelares las que generan inconvenientes, ni al Estado ni a los particulares. Aunque desde el punto de vista judicial es cierto que los sistemas que se siguen transitando a fin de dirimir los conflictos resultan anquilosados. El proceso judicial, tal como está concebido no pertenece a este tiempo, constituye una verdadera antigualla.

Tampoco se puede mejorar con una medida en particular. Ni con un conjunto de leyes como las que se intentan. El enfoque sistémico es imprescindible que se observe si los fines son verdaderos. Es imprescindible que se tome conciencia social sobre la forma en que se brinda tutela a través de la jurisdicción para poder reparar así sobre el reconocimiento de lo existente y las necesidades que requiere su mejoramiento.

Un ejemplo elocuente de efectividad lo ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso Mendoza<sup>36</sup>, no solo por los tiempos que insumió su sustanciación, sino fundamentalmente por haber dejado de lado las estructuras tradicionales que consagra la ley por inadecuada, frente a la realidad que se había presentado en los estrados de la justicia, y respetar los principios que emergen de la letra de la Constitución Nacional<sup>37</sup>.

Abreviación de trámites. Resguardo al derecho de defensa en juicio. Una fuerte dosis de oralidad. Facilitación de los medios para la producción de prueba que resulta conducente. Apertura y publicidad. Reconocimiento de la

---

<sup>36</sup> Fallos 329:2316

<sup>37</sup> Véase en este sentido el trabajo de Camps, Carlos; Aspectos destacables de la causa Mendoza: más pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el trámite de procesos colectivos, J.A. 2008-IV- número especial p. 42.

importancia de la labor interdisciplinaria. Dirección (o “management”) adecuada del proceso. Limitación de medios probatorios innecesarios, y una actuación ejemplar para tomar en cuenta a los fines de diseñar un verdadero proceso judicial moderno, ágil, simple –aún para casos complejos- y que evite las consabidas demoras.

Ello permitirá evitar la distorsión de la mirada para que no repose su interés en modificar las vías cautelares, que contrariamente a lo sostenido son las que brindan la protección inmediata y efectiva al justiciable, más aún frente al poder del Estado, sino que se advierta que en ese ámbito los problemas a abordar son otros.

De ese modo se puede advertir como la gestión estatal se desvanece por su ineficacia, y los “remiendos” que se pretenden lejos de venir puestos en la letra de la ley, coadyuvan -con su desvirtuación- a profundizar aún más la inseguridad jurídica exponiendo al ciudadano a un escenario confuso, inestable, que lejos de facilitar el acceso a la jurisdicción, no solo lo obtura, sino que por ese camino ve restringida su libertad.

Para eso se ha dejado de lado la propia historia de estos institutos, que fueron forjados laboriosamente en el ámbito natural de su actuación, merced a un desarrollo pretoriano, que no solo ha sido omitido, sino que además se lo ha desvirtuado en desmedro del ciudadano, y en aras al mantenimiento de una estructura de poder inconcebible para un sistema republicano de gobierno.

**La seguridad jurídica en concebida como una condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran<sup>38</sup>. Y aunque parezca perogrullesco, la libertad constituye un eslabón esencial que conforma esa seguridad, actuar contra ella restringiéndola, solo marca un retroceso en el tiempo avasallando derechos esenciales del ser humano laboriosamente gestados.**

---

<sup>38</sup> Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Heliasta, p. 695.