

**EL PER SALTUM Y LA TENSION ENTRE EL “PODER” CAUTELAR Y EL PODER POLITICO**

Por Jorge A. Rojas

La importancia del “poder cautelar”, no es otra que resaltar el valor que tiene la jurisdicción, como uno de los poderes del Estado, para marcar un límite a la actuación del poder político.

Desde el advenimiento del constitucionalismo y el desarrollo del estado moderno, la clave de bóveda para el adecuado funcionamiento de una república ha sido el mantenimiento del equilibrio entre los tres estamentos en que se divide el poder del soberano.

Una de las manifestaciones clásicas del poder jurisdiccional es su ejercicio a través del “poder cautelar”, vía que permite el acceso a la moderación y el equilibrio entre los poderes de gobierno, y resguarda así la libertad como garantía esencial que brinda la Ley Fundamental.

Esto hace que cualquier actuación que resulte abusiva, con la sola observancia de un principio liminar como es el de división de poderes, permita el control de unos a otros, dentro de esos tres estamentos tradicionales con el que se concibe al Estado. Este es el “juego” natural que institucionalmente se debe dar dentro de un estado de derecho.

El poder que tiene la jurisdicción, ha convertido en realidad un viejo principio en materia procesal que sintéticamente señala: “lite pendente nihil innovetur”, esto es, mientras el litigio esté pendiente nada debe modificarse.

La razón esencial de este principio que el propio Vélez Sársfield ya había recogido en el Código Civil (vgr. arts. 2500, 2788, etc.), y que desde siempre la Corte Suprema lo ha hecho realidad<sup>1</sup>, es precisamente evitar una alteración en el objeto que es materia de debate en el proceso, a fin de que ambas partes estén en igualdad de condiciones ante la jurisdicción.

Subyace debajo de ese principio la protección a la libertad y el resguardo al principio de igualdad, a cuyo respecto ha sostenido la Corte Suprema que “tal garantía ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple distintas

---

<sup>1</sup> Fallos 37:325; 42:326; 58:233; como se desprende de los antecedentes citados, desde fines del siglo XIX, no solo Vélez conocía ese principio, sino que también desde entonces lo aplicaba la Corte, manteniendo en la actualidad esa misma doctrina (vgr. Fallos 331:2919).

situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de inválido favor o disfavor o de ilegítima persecución”<sup>2</sup>.

Por ende, mal podría desarrollarse un proceso, que naturalmente es consumidor de tiempo, si una de las partes –por vías de hecho actúa en desmedro de la otra- pues carecería de sentido el dictado de una sentencia, que se transformaría en inútil -por estéril- toda vez que en los hechos de la realidad se habría consumado aquello que debía debatirse judicialmente.

Ese principio fue recogido en el art. 230 del Código Procesal, que contempla esa cautela de la que ha echado mano la jurisdicción, a fin de permitirle a las partes del proceso debatir aquello que por derecho les permite, no solo la Constitución Nacional, sino todos los Tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, que básicamente es franquear el acceso a la jurisdicción de todo justiciable.

La actuación de la Corte Suprema hace que resulten operativos los Tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (art. 25.1).

Esa garantía no puede ser violada ni alterada, pues de lo contrario se violentaría el debido proceso legal, que importa precisamente no sólo acceder a la jurisdicción para ser oído por el juez (lo que los americanos llaman “su día en la Corte”), sino además para probar, alegar, impugnar, entre otros aspectos que hacen precisamente al desarrollo del debido proceso legal, a fin de obtener así un pronunciamiento que permita dirimir aquellos derechos en disputa<sup>3</sup>.

En un caso que tanta resonancia está teniendo en estos tiempos, como el referido a la Ley de Medios, es dable rescatar la actuación que ha tenido el Máximo Tribunal del país, pues haciendo docencia a través de su propia doctrina, ha marcado dos directrices fundamentales en la interpretación contextual que hizo, que en definitiva constituyen los límites que le ponen contorno a la incertidumbre que puede generar una medida que importa una tutela anticipada, que como bien ha señalado el Alto Tribunal desde siempre, persigue mantener en igualdad de condiciones a ambas partes litigantes frente a la jurisdicción, de manera tal que se pueda desarrollar el proceso y se pueda dictar una sentencia que resulte útil.

---

<sup>2</sup> Fallos 323:1566

<sup>3</sup> Fallos 319:2262

Una de ellas apunta a evitar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de quien obtuvo la cautela, que ha permitido que –mientras ejercita sus derechos- no se aplique el art. 161 de la Ley de Medios, conocido como “cláusula de desinversión”.

Y la otra, es para contrarrestar esa actuación y que no se torne abusiva. La jurisdicción ha puesto un límite a la medida que adoptó, que no solo es *provisoria*, sino que además tiene una finalidad esencialmente equilibradora, pues la Corte Suprema ha señalado que las medidas cautelares también tienen por finalidad, resguardar el acceso a la jurisdicción de todo justiciable, y se deben mantener mientras se mantengan las circunstancias que dieron origen a su dictado.

Este constituye un principio en materia cautelar que hace también a la esencia del debido proceso legal. Se conoce como “rebus sic stantibus”, esto es, mientras las condiciones se mantengan, o mientras la situación de hecho que dio origen al dictado de la cautela subsistan esta se debe mantener conforme las previsiones del art. 202 del Cód. Procesal.

Por ello, señaló la Corte, que conforme esa norma, se debe asegurar el derecho invocado por la parte actora, a cuyo efecto reconoció que aparecía “verosímil”, de ahí entonces la concesión de la medida, evitando caer en una desnaturalización del instituto subvirtiendo el ordenamiento jurídico.

Además aclaró la Corte en su pronunciamiento, que le incumbe a las partes y al juez resolver el conflicto de modo definitivo en un tiempo razonable y no buscar soluciones provisorias que se transformen en definitivas, aunque destacó que la obtención de esa medida no puede analizarse solo en abstracto, sino incorporando la dimensión temporal en la evaluación de las circunstancias concretas de cada caso por imperio del mandato constitucional de afianzar la justicia.

En esa línea destacó el Tribunal, que en ese caso no existía ningún peligro de vida, ni un riesgo para la salud de la población, ni se configuraba ninguna situación que afecte a la seguridad y tranquilidad pública, es decir, que por sí misma descalificaba la existencia de una presunta gravedad institucional que justificara una vía de excepción, como actualmente se pretende con el *per saltum*.

Sin embargo se ha dispuesto una modificación al Código Procesal Nacional, incorporando nuevamente la figura del *per saltum*<sup>4</sup>, con una especie de agravante, porque dentro de su concepción se pretende definir en sentido positivo

---

<sup>4</sup> No está demás recordar que la ley 25.587 derogó el art. 195 bis que contemplaba el *per saltum* y había sido introducido por la ley 25.561.

aquellas circunstancias que configuran “gravedad institucional”, en un claro avasallamiento al principio de división de poderes, toda vez que ésta constituye una facultad propia de la jurisdicción y no del legislador.

Sería una puerilidad destacar que desde Hamilton en “El Federalista”, que es bien conocida la posición contramayoritaria que tiene el poder jurisdiccional, y que es precisamente el que facilita el mantenimiento y la pervivencia de ese principio liminar de todo sistema republicano de gobierno.

De esa forma no solo se violenta el principio de división de poderes con la instauración, por lo menos como fue concebido el “per saltum”, sino que además se contradice la doctrina del más Alto Tribunal toda vez que se señala que además de ser susceptibles de revisión por esa vía las sentencias definitivas, se añaden a todas las resoluciones que se asimilen a aquellas por sus efectos e inclusive a las medidas cautelares.

Dejando de lado todo juicio de valor que excede el límite de esta tarea, no se puede pretender encorsetar el funcionamiento de la Corte, pues ella ha sostenido a través de su doctrina -expuesta inclusive en el fallo referido- que la protección de los derechos fundamentales está inescindiblemente unida a la tutela oportuna, la cual requiere de procedimientos cautelares o urgentes y de medidas conservativas o innovativas.

Sin perjuicio de lo cual, también ha señalado, que “el plazo de vigencia de esa cautelar podrá ser revisado en caso de que se verificasen conductas procesales orientadas a obstaculizar el normal avance del pleito”.

Con ello, no se está poniendo en tela de juicio ni la libertad de expresión, y menos aún se conculca derecho alguno de los ciudadanos, ni tampoco se evidencia gravedad institucional de ningún tipo, como ya lo adelantó el Alto Tribunal. Por el contrario, se podrían afectar derechos que deberá la jurisdicción analizar si fueron legítimamente adquiridos y si pueden ser legítimamente suprimidos –en su caso- de la forma que el legislador lo ha previsto, conforme las consecuencias que el procedimiento diseñado a esos fines pueda provocar.

Esta interpretación, que marca también una directriz histórica, a la que la Corte tampoco se sustrajo, fue señalada ya en el leading case *Kot*<sup>5</sup> donde sostuvo que el constituyente de 1853 tuvo en sus fines proteger los derechos esenciales del individuo, aunque destacó que tuvieron la sagacidad y prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos, sino más bien sus aspiraciones y designios permanentes y eternos, como la protección de la libertad, y esa es una tarea esencial del poder jurisdiccional, como Poder del Estado, pues la misión de los jueces que lo conforman antes de ser servidores de las leyes, deben constituirse en servidores del derecho para la realización de la justicia<sup>6</sup>, hubiera sido oportuno que el legislador lo hubiera tenido en cuenta.

---

<sup>5</sup> Fallos 241:291

<sup>6</sup> Fallos 310:500; 311:1937; 313:1293; 323:1460, entre otros.