

EL NUEVO REGIMEN DE LAS CAUTELARES FRENTE AL ESTADO

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCIÓN

La sanción por parte del Congreso Nacional de la ley 26.854, que crea un nuevo régimen para las medidas cautelares que se adopten contra el Estado Nacional y sus entes descentralizados, ha generado una vasta polémica por las distintas aristas que presenta, de las cuales se advierte sumamente difícil que varias de ellas toleren ni un test de constitucionalidad ni de convencionalidad.

Por ello, partiendo de la premisa fundamental que un análisis de su contenido no puede ser efectuado en términos binarios, éste debería realizarse en forma contextualizada desde su fundamentación originaria, que no aparece manifiestamente desproporcionada, aunque si confusa cuando no contradictoria cuando se plasma en la realidad de algunos de sus preceptos.

Por lo tanto, con ese alcance se analizará el proyecto de ley que acaba de recibir sanción en el Congreso Nacional para concebir un régimen especial que regule la operatividad de las medidas cautelares que se dirijan contra el Estado Nacional y sus entes descentralizados.

2.- EL CONTEXTO DEL NUEVO REGIMEN

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 no perder de vista la visión contextualizada que se señalara.

Allí se indica la conveniencia de regular ese nuevo régimen 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”.

3.- LA DENOMINADA “CAUTELA AUTONOMA”

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 otro¹.

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 situación².

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.

¹ Ver Vallefín, 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.

² 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).

En una primera etapa, se llegó a admitir (aunque con carácter excepcional) que por vía de amparo se pusiera un freno a la actuación de la Administración a través de un acto lesivo, habiendo destacado en este sentido la Cámara Nacional en lo Contencioso-administrativo Federal, que “no existe óbice legal para que el juicio de amparo tenga por finalidad la suspensión de los efectos de un acto administrativo en situaciones excepcionales en que la ejecutoriedad de éste ocasione, por sí misma, agravio irreparable al derecho constitucional cuya tutela se procura”³.

Más allá que este pronunciamiento luego fue revocado por la Corte, las razones para ello no apuntaban a la inidoneidad del amparo a esos fines, sino a otros aspectos que tenían que ver con la reclamación administrativa previa que la empresa no había agotado.

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 cautelar⁴.

De tal forma, la doctrina comenzó a marcar una distinción que resulta importante tener en cuenta para este trabajo, pues Cassagne sostuvo la posibilidad de que se dicten medidas cautelares autónomas (en el sentido de que pueden promoverse antes de la promoción de un proceso principal) que no sean autosatisfactivas –así lo señala expresamente– como lo ha venido admitiendo la jurisprudencia de nuestros tribunales. En tales supuestos, 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 acto⁵.

Ello obliga al administrado a recurrir ante la justicia para que sea ésta quien suspenda los efectos del acto recurrido en aquél procedimiento. Eso quiere decir que lo que se solicita al juez es que dicte una medida cautelar de naturaleza administrativa, porque no está dirigida a garantizar la eficacia de una sentencia (que quizás nunca se dicte porque quizás nunca haya juicio), sino la del acto administrativo que aún no se ha dictado, para el caso en que el órgano superior recepte la posición del administrado y revoque el acto del órgano jerárquicamente inferior⁶.

³ CNCont. Adm. Fed., Sala III, in re “Hughes Tool Company c/Gobierno Nacional (Ministerio de Economía), L.L. 1996-D-127.

⁴ L.L. 1992-C-150.

⁵ Cassagne, Juan Carlos; Las medidas cautelares en el contencioso-administrativo, L.L. 2001-B-1091.

⁶ CNCont.-Adm. Fed., Sala V, 7/11/01, in re “Gas Nea S.A. c/Resol. 2346/01 – Enargas (expte. 4934)”, LD-Textos.

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.

Por dicho motivo el administrado se enfrenta al dilema de tener que soportar un perjuicio que en algún caso podría resultar irreparable, de tener que pedir ante la propia administración la suspensión de ese acto, o bien acceder a sede judicial por esta vía, que si bien en apariencia resultaría independiente -de ahí su denominación de autónoma- en definitiva no se puede omitir que reporta a un procedimiento principal que es el que le da sustento, y que más allá que esté en la órbita administrativa, hace que se aprecie así su carácter accesorio e instrumental.

La propia redacción del art. 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos⁷ 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 cautelar⁸, 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 innovativa⁹.

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

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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).

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”¹⁰.

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 cautelar¹¹, sino que además ha sido descalificada por el más Alto Tribunal por inconstitucional¹².

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 darse razón alguna para ello, y sin advertir los inconvenientes que se generan por las confusiones que se producen¹³.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² 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*.”

¹³ “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 definitiva, 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.*”

En esa misma línea la Cámara Nacional en lo Civil ha interpretado que “si la pretensión cautelar constituye una petición autónoma –que algunos autores denominan urgente- su procedencia requiere no sólo una apariencia del derecho alegado, sino una fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, es decir, un alto grado de certeza del derecho que debe demostrar quien reclama esta tutela, lo que se justifica por el carácter autónomo y no accesorio que la distingue de las pretensiones cautelares”¹⁴.

Es decir que aquí tenemos 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, aunque también confunde sus afirmaciones cuando alude a evitar la superposición entre el objeto de una cautela y la pretensión sustancial, pese a que se trata de institutos diversos que no pueden superponerse conceptualmente, pues además en la realidad tienen alcances diversos.

No obstante, para no perder la línea de trabajo con relación al tema central, es de hacer notar que la jurisprudencia –sobre todo de los tribunales federales, en donde más abunda esta cautelar “autónoma”-, sostienen que a los requisitos tradicionales que hacen a la viabilidad de toda medida cautelar y el criterio restrictivo con el que se debe apreciar su procedencia, habría que sumarle otro vinculado con el alcance o las proyecciones que pueda tener esta medida¹⁵.

Sin perjuicio del nomen iuris utilizado, lo cierto y concreto es que se aprecia con claridad una manifestación muy particular -a través de una medida cautelar, por los efectos que provoca su dictado- de una 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.

¹⁴ CNCiv., Sala L, 15/5/97, F.M. Tango S.A. c/L.S.1 Radio Municipal (MCBA) s/Daños y perjuicios, LD-Textos.

¹⁵ En este sentido, se ha resuelto que: “la parte actora logró el dictado de la medida cautelar autónoma que dio origen a las presentes actuaciones, tendiente a obtener la provisión de audífonos para ambos oídos -de ciertas características técnicas particulares- y que la obra social asumiera el 100% de los honorarios devengados en favor de la fonoaudióloga que asiste a C. La referida cautelar -cuya trascendencia moral y jurídica parece innecesario destacar- exigió una tramitación que excede con largueza la que es habitual en estos procesos, al extremo de que incluyó varios cuestionamientos incidentales e, inclusive, la aplicación de una multa diaria a la obra social para compelerla a cumplir con la orden judicial... Es pertinente resaltar que la finalidad de la medida decretada es responder prontamente a los requerimientos terapéuticos de la actora, discapacitada -tiene 26 años y padece de hipoacusia neurosensorial bilateral severa-. De este modo, pues, es claro que a través del dictado de la cautelar se intenta evitar las consecuencias perjudiciales que tendría su satisfacción sólo al cabo del desarrollo del proceso de fondo; circunstancia ésta que permite concluir en que concurre el requisito del peligro en la demora (esta sala, causa 10.690/00 del 18.9.01). Resulta prudente y aconsejable disponer la prestación de los servicios médico-asistenciales requeridos -provisión de un específico modelo y marca de audífonos-, hasta tanto se decida definitivamente la materia sometida a conocimiento del órgano jurisdiccional (esta sala, causa 5.238/02 dt6el 7.3.03)”CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 21/6/07, in re “Ceballos, Analía Edith Guadalupe c/OSPERYH y Otro s/Incidente de apelación, LD-Textos.

4.- LOS CARACTERES DE LA CAUTELA AUTONOMA

Es evidente que el comportamiento de la llamada medida cautelar “autónoma” tiene similitud, por el alcance restrictivo de su interpretación, con aquellos sistemas cautelares que funcionan en la órbita que caracterizamos como excepcional o atípica¹⁶.

Si se analizan los insumos que requiere este sistema se puede advertir, a diferencia de los sistemas cautelares típicos o tradicionales, que si bien es necesario observar la reunión de los presupuestos sustanciales que hacen a la procedencia de toda cautelar, no es una simple apariencia del buen derecho que se invoca, la que se debe tener en cuenta para su andamiaje.

Bien sabido es que la Corte Suprema, en su doctrina tradicional, ha sostenido que el juicio de verdad se encuentra en franca oposición a la finalidad que persigue el instituto cautelar. Sin embargo, en este caso se requiere una acentuada verosimilitud del derecho que se alega, requisitos que algunos denominan como verosimilitud del derecho calificada¹⁷, precisamente cuando a través de ella se produzca un anticipo jurisdiccional que se proyecte sobre la futura decisión de mérito.

Dos circunstancias aparecen aquí también como distintivas dentro de este sistema cautelar, que Vallefín¹⁸ identifica, por un lado, como una especie de “depreciación” de la contracautela, pues es muy descuidada su exigencia judicial; y por otro, la aplicación “dogmática” que se hace respecto al concepto “interés público”¹⁹. Pues bien, señala aquel autor, no se trata aquí del interés de la Administración Pública, sin perjuicio de lo cual en los precedentes jurisprudenciales se lo suele señalar de esa forma²⁰.

¹⁶ Rojas, Jorge A.; *Sistemas Cautelares Atípicos*; Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 157

¹⁷ Vallefín, Carlos A., *Ob. cit.*, p. 150.

¹⁸ *Ob. cit.*, p. 151.

¹⁹ La necesidad de mayor prudencia en la consideración de los recaudos que hacen a la admisión de la prohibición de innovar, deriva de la presunción de validez de los actos de los poderes públicos y de la consideración del interés público en juego, frente a lo cual, la existencia de precedentes en los que se habría declarado la inconstitucionalidad del régimen de ahorro obligatorio, no es fundamento suficiente para conceder la medida cautelar solicitada (Fallos 319:1069). Se advierte aquí la invocación al interés público en la forma que apuntamos.

²⁰ En esa línea se suele señalar que no se puede afectar la recaudación del fisco, por lo cual se ha decidido que: “Corresponde revocar la medida cautelar autónoma contra el Estado Nacional –AFIP- a fin de que se le permitiera al contribuyente aplicar los mecanismos de ajuste previstos por el título VI de la ley 20.628 del impuesto a las ganancias, denominados “ajustes por inflación” (arts. 94 a 98), suspendidos por disposición del art. 39 de la ley 24.073, para los ejercicios cerrados en el año 2002 y siguientes, inclusive sus anticipos, en la que requirió que se ordenase a la D.G.I. que se abstuviera de iniciar, promover o proseguir todo tipo de acción administrativa o judicial tendiente a determinar o percibir el impuesto a las ganancias por el ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2002 y siguientes, inclusive” (CNCont.-Adm. Fed., Sala IV, 13/11/03, *Montgomery Watson Argentina S.A. c/E.N. –A.F.I.P. D.G.I.- Ley 24.073 s/medida cautelar (autónoma)*, LD-Textos.

En ese esquema existente hasta la sanción de esta nueva ley, el juicio de valor que tenía que hacer la jurisdicción, más allá que no se va a restringir a una simple comprobación de la verosimilitud, o sea, a la apariencia del derecho invocado, sino a una verosimilitud calificada, debía cotejar, no ya el daño a la luz de la demora que importa el desarrollo del proceso judicial, sino fundamentalmente a la urgencia que la situación presenta, para que sea atendida de inmediato, pues de no adoptarse la medida en cuestión, esos perjuicios pueden resultar irreparables, o por lo menos de muy gravosa reparación, aún desde el punto de vista económico.

En general, los planteos efectuados por vía de esta cautelar autónoma no eran otros que el requerimiento de una prohibición de innovar, sea en su faceta de no innovar o en la innovativa (que la actual ley 26.854 denomina como medida positiva y de no innovar), según que los perjuicios que se traten de aventar provengan de la alteración de un determinado status quo o de su mantenimiento²¹, constituyendo la regla a tener en cuenta en este aspecto²² que los actos legislativos gozan de una presunción de legitimidad, que imponen una mayor prudencia a la jurisdicción en caso de otorgar una cautela de estas características (con carácter excepcional)²³.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, la nota tipificante de este sistema asegurativo radica, no sólo en que a través de esta pretensión cautelar se accede a un anticipo jurisdiccional (total o parcial), sobre el fondo de la pretensión sustancial, sino a la forma en que se debe deducir, ya que existen opiniones encontradas en el ámbito del Derecho Administrativo sobre el particular.

Una línea interpreta que debe agotarse la vía administrativa con carácter previo (Hutchinson), mientras que otros, por el contrario, sostienen que ello es innecesario (Cassagne), añadiendo a ello Vallefín que también existen pronunciamientos encontrados en la jurisprudencia, sin perjuicio de lo cual –señala este último autor- existiría delineada ya una postura intermedia que propende a un análisis que pondere prudentemente en cada caso la situación planteada, sobre todo cuando existe una conducta omisiva de parte del Estado que demuestre que no se admitirá la suspensión del acto en su sede²⁴.

²¹ Corresponde hacer lugar a la medida de no innovar solicitada en el juicio tendiente a que se declare que las cartas ofertas de contratos no se encuentran alcanzadas por el impuesto de sellos provincial en razón de haberse formalizado a su respecto aceptaciones instrumentadas, ya que el peligro en la demora se advierte en forma objetiva si se consideran los diversos efectos que podría provocar la concreción de las medidas anunciadas por el Estado provincial y la gravitación económica que tendrían (Fallos 327:5984).

²² 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 base prima facie verosímiles (Fallos 314:1312; 323:1716).

²³ Las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, por lo cual es requisito ineludible para admitir la pertinencia de la prohibición de innovar una especial prudencia en la apreciación de los recaudos que tornen viable su concesión (Fallos 319:1069; 320:1027).

²⁴ No obstante ello, en el caso que citamos al comienzo de este capítulo se ha decidido que “el proceso administrativo es por esencia revisor de actos, por lo que al ser necesario el agotamiento de la vía administrativa previa, va de suyo que

5.- LOS LINEAMIENTOS 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 de la realidad existente.

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 observando²⁵- 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 Pietranera²⁶, 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.

también el pedido de suspensión de los efectos del acto requiere generalmente, un previo pedido en tal sentido a la propia administración. Peticionada en sede administrativa dicha suspensión, de la denegatoria expresa o tácita puede acudir a la vía judicial, aún cuando exista un recurso pendiente sobre el fondo en sede administrativa (cfr. CNCiv. y Com. Fed., Sala III, Austral Líneas Aéreas S.A. c/E.N. – Fuerza Aérea Argentina y Otros s/medidas cautelares, del 8/3/00, y Tomas Hutchinson, “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional”, E.D. 124-678)” (CNCont.-Adm. Fed., Sala V, 7/11/01, “Gas Nea S.A. c/Resol. 2346/01 – Enargas (expte. 4934), LD-Textos).

²⁵ 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.

²⁶ Fallos 265:291

Claro que la normativa infraconstitucional debe responder a la letra de la Ley Fundamental, por esa razón hemos sostenido antes de ahora que los principios que surgen de la Constitución Nacional, constituyen presupuestos políticos básicos que se deben observar para darle existencia funcional a un determinado ordenamiento²⁷.

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 que estableció el constituyente.

Y como se ve por lo expuesto hasta aquí, ha existido un desenvolvimiento histórico que hoy se puede sostener sin lugar a dudas que ha sido desestimado, 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 perniciosa 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 tutela efectiva e inmediata, ha sido resignado en la ley en análisis al crear un sistema que no es tal, no ya porque no se haya estructurado en un cuerpo legal de mayor envergadura conformando un código contencioso-administrativo, como se debió aspirar, sino construyendo un híbrido que se destaca precisamente por su asistematicidad, solo por transitar una vía inversa a la desarrollada en los antecedentes expuestos.

Ejemplo elocuente de lo señalando se advierte en la intromisión que provoca la ley en el ámbito del amparo contra actos de autoridad pública, que luego de ser regulado por la ley 16.986, ha sufrido el impacto de la modificación constitucional introducida a través del art. 43 de la Ley Fundamental.

²⁷ Sistemas Cautelares cit., p. 46

Por ende sujetar los plazos de una cautelar, como se señalará más adelante, a una cuestión simplemente temporal sin basamento alguno, no solo carece de todo asidero legal y menos aún científico, sino que desvirtúa la operatividad del propio amparo.

En idéntico sentido corresponde reflexionar con relación a la desvirtuación del instituto de la inhibitoria que contempla el art. 20 de la ley, pues lejos de ajustarse a las pautas del Código Procesal Nacional, en forma totalmente asistemática, se persigue el conocimiento de una cámara de apelaciones que se presume con cierta afinidad a los intereses del gobierno de turno, pero que adolece de una falencia excluyente que es su eventual inidoneidad según la competencia de los jueces involucrados en los conflictos de competencia que eventualmente se planteen.

En esa misma línea se inscribe el efecto suspensivo que se le otorgaría al recurso de apelación –el art. 13 inc. 3 in fine- contra la cautela que suspenda total o parcialmente los efectos de una disposición legal o de un reglamento del mismo rango jerárquico, pues no se compadece con la esencia de las cautelares que hacen precisamente a la posibilidad de brindar al justiciable un adecuado acceso a la jurisdicción a fin de que se mantenga en igualdad de condiciones frente a su contraparte y se le permita el desarrollo del proceso judicial a través del cual obtenga su pronunciamiento de mérito que dirima la cuestión objeto de esa disputa.

Algunos otros ejemplos que se abordarán seguidamente ilustraran el conocimiento más afinado de estas inconsistencias desde el punto de vista sistémico. Más allá que los fundamentos de elevación de la ley no reflejan los antecedentes que permitieron la evolución de estos institutos en la realidad, pese a la inspiración que sostienen para regular un sistema adecuado para el contencioso-administrativo.

6.- LA IGUALDAD ANTE LA LEY

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.

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 desprenderse -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 misma 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 por ese “iudicium”, como se lo conocía en el derecho público romano, es decir el juzgamiento -aún 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 gobierno²⁸.

7.- LOS “NUEVOS” REQUISITOS: BILATERALIDAD Y ORDINARIZACION

Para el sistema cautelar que se ha creado, si bien no existen antecedentes ni doctrinarios ni jurisprudenciales a tener en cuenta, porque se alude en los fundamentos del proyecto como fuentes de referencia a la legislación española y al proceso de amparo de la Ciudad de Buenos Aires, lo cierto es que todo lo que se ha pergeñado resulta novedoso para la realidad que se ha vivido hasta el presente y que fuera descripta en los párrafos anteriores.

²⁸ 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.

Según el art. 4 de la ley, las medidas cautelares 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, 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.

Pero conviene señalar además de estas anomalías, las razones por las cuales se observa una ordinarización en el procedimiento cautelar. La doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la ley no ha observado, circunscribiéndose en los fundamentos del proyecto a un solo aspecto de un caso aislado, que aludía a la necesidad de evitar el abuso del proceso por vía de la desvirtuación de las cautelares, 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 virtualidad²⁹.

Esta es la doctrina tradicional de la Corte Suprema que desde luego han seguido todos los tribunales inferiores, porque es clásica la restricción que se produce en el conocimiento de la jurisdicción, que se debe limitar a la simple constatación de la apariencia del buen derecho que se invoca, y a la necesidad de adoptar con carácter urgente una medida que contrarreste la acción omisiva o positiva en ciernes o concreta.

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.

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, desde luego 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 tiene 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.

²⁹ 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 acreditar 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 en 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 señalar 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 importa 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.

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, que por su inconveniencia desvirtúan los sistemas cautelares. Así ha interpretado nuestro más Alto Tribunal 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)³⁰.

Si bien esa puede ser una clara demostración de lo que importa la tutela anticipatoria –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

³⁰ 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 ante la jurisdicción para permitirle así dirimir los derechos en disputa con el Estado Nacional o bien sus entidades descentralizadas.

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.

8.- LA CUESTION DE 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 planteado³¹.

Esa norma contempla un plazo de vigencia de 6 meses para las cautelares dictadas en procesos de conocimiento amplio y de 3 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.

³¹ 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 Procesal³².

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.

Cuando ese ordenamiento alude al resguardo de medios probatorios, el sistema creado por el legislador a través de la figura de la producción anticipada de pruebas, consagra la posibilidad de la caducidad automática de la prueba producida en el supuesto que no se deduzca la demanda principal dentro de los 30 días inmediatos siguientes a la obtención del medio probatorio en cuestión³³.

La cuestión que cabe tener en cuenta en este aspecto, es que el nuevo régimen creado por la ley 26.854 no contempla este sistema cautelar, por ende remite en su art. 18 a las previsiones del Código Procesal Nacional, aquí observado.

Cuando se contemplan sistemas cautelares garantizadores, por ejemplo el consagrado en el art. 556 del Código Procesal, dispone esta norma de un plazo de caducidad de la cautela peticionada frente al cumplimiento de las condenaciones del ejecutivo, de 15 días, dentro de los cuales se deberá promover el juicio ordinario correspondiente (art. 553 del Código Procesal) bajo apercibimiento de caducidad de la cautela dispuesta.

También dentro de las medidas precautorias tradicionales se establece un plazo de caducidad que varía según la índole de la medida que se trate, se pueden señalar a modo de ejemplo los plazos de caducidad que contempla el art. 207 del Código Procesal para la promoción de demandas que apunten al cumplimiento de obligaciones exigibles,

³² Palacio, Lino E.; Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo-Perrot, 2da. ed. actualizada por Carlos E. Camps, T. VIII, pag. 39.

³³ Art. 323 in fine del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

que es de diez días, aunque cuando se trata de la prohibición de contratar, el art. 231 establece ese plazo en cinco días.

A la vez existen otro tipo de normas que provienen de la legislación sustancial, de donde no surge tiempo alguno para la vigencia de una cautelar. Sirva como ejemplo el art. 1295 del Código Civil, o bien los arts. 231 ó 375 de ese mismo cuerpo legal, o los arts. 113 y ss. de la Ley de Sociedades Comerciales, supuestos en los cuales en algunos casos se requerirá la fijación de ese plazo por parte del juez³⁴.

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 que depende de la realidad de las circunstancias a juzgar.

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 articulado³⁵ 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.

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 petitionar 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.

Por lo tanto, si bien existen plazos que hacen a la operatividad de los sistemas cautelares, sea para su vigencia, sea para su desarrollo, sea para su caducidad, no es menos cierto, que esa vigencia estará dada por el marco que rodea a

³⁴ En función del art. 1295 del Cód. Civil, puede intimarse al cónyuge a que inicie la demanda dentro de un plazo preteritorio bajo apercibimiento de caducidad (E.D. 26-735). Corresponde al órgano jurisdiccional apreciar y verificar la intención de los contratantes y si transcurrió el plazo razonable para la vigencia de una garantía (L.L. 1975-B-66).

³⁵ Ver penúltimo párrafo del art. 5 de la ley.

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, 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.

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 justiciable³⁶.

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 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.

9.- TUTELA ANTICIPADA: EL OBJETO CAUTELAR Y LA PRETENSION

Calamandrei, insigne discípulo de Chiovenda, advertido de la importancia que habían cobrado las medidas cautelares dentro de los procesos de ejecución en el sistema judicial alemán, realizó un estudio que de alguna manera constituye una especie de vademécum en materia cautelar, pues concentró su análisis en una óptica distinta a la que observaron sus contemporáneos.

No se circunscribió a reparar como la acción que se ejercía daba origen a un proceso, y por carácter transitivo, interpretar que cuando esa acción era ejercida con una finalidad distinta a la obtención de una determinada prestación por su contraparte, pues perseguía el aseguramiento de bienes para resguardar el futuro cumplimiento de una sentencia, se estaba frente a un procedimiento de otras características, como lo interpretaba Carnelutti, pues reportaba con carácter instrumental a la eficacia de otro de carácter principal.

³⁶ 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 advirtió que era importante el análisis de esos institutos desde la actuación que le cabía a la jurisdicción, frente a una petición de carácter asegurativo, y concluyó que asegurar no solo significaba resguardar para mantener una determinada situación de hecho o de derecho, sino que era probable que el peligro en la demora —que constituye un presupuesto esencial de toda cautela— podía provenir de asumir la jurisdicción una actitud omisiva, pues el perjuicio eventualmente ya se habría producido o estaba en ciernes, ergo, con la intención de evitarlo, enseñaba Calamandrei, que asegurar debía interpretarse como “mantener” o “alterar” un determinado *statu quo*, sea de hecho o de derecho.

Con esa mirada apoyada en la actuación que le cabe a la jurisdicción frente a ese tipo de peticiones conservatorias, analizó el sentido y alcance que tenían las providencias de índole cautelar, pues si bien en todos los casos su finalidad era asegurativa, existen diversas variantes que permitían distinguir varios tipos de actuación cautelar.

Por esa vía, concluía el ilustre florentino, 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 pérdida³⁷; 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 actuación³⁸.

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 ya desde 1936, 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.

³⁷ Ese subsistema dentro del proceso está contemplado 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.

³⁸ 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 provisiones 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.

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.

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 último³⁹.

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 innovar⁴⁰.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

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 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 analizada –la prohibición de innovar- configura la vía de acceso más común a lo que la doctrina procesal ha denominado “tutela anticipada”⁴¹.

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 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 a través de un eventual prejuzgamiento, incurrieran 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.

⁴¹ 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).

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 simplemente 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”⁴².

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 definitiva⁴³.

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 admisión⁴⁴.

⁴² Fallos 314:1312; 323:1716.

⁴³ Fallos 320:1633

⁴⁴ Fallos 326:3279

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.

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 dialéctico⁴⁵.

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 es 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 distintos, connotaciones diversas y por ende regímenes para su acceso también distintos, lo que permite despejar cualquier tipo de confusión sobre el particular.

⁴⁵ Taruffo, Michele; Sobre las fronteras (escritos sobre la justicia civil), Temis, Bogotá, 2006, p. 148.

La realidad existente tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como en la Provincia de Buenos Aires, ámbitos en donde existen sendos códigos contencioso administrativos muestran con toda evidencia el error en el que se incurre al limitar de la forma en que se ha señalado, la operatividad de los sistemas cautelares.

En la Ciudad de Buenos Aires se señala con absoluta claridad en un ordenamiento que puede considerarse moderno, en su art. 177 que “las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en éste, *aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida*”.

El énfasis puesto en la última parte de la norma exime de todo comentario. Sin embargo, ese mismo código en la Provincia de Buenos Aires⁴⁶, señala con toda claridad la forma en que puede obtenerse el dictado de una cautela indicando en su art. 22 que se requiere solamente verosimilitud del derecho, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho; y finalmente que la medida requerida no afectare gravemente el interés público.

Como se puede apreciar siempre campea el espíritu de lo que hemos identificado como vía de acceso clásica o tradicional a una tutela anticipatoria, puesta a través de los pliegues del art. 230 del Código Procesal.

Ello es lo que refleja claramente el art. 22 del código contencioso-administrativo de la Provincia de Buenos Aires, que no hace falta destacar por todo lo expuesto hasta aquí, las notables diferencias que guarda con el sistema creado por la ley 26.854.

Y lo mismo cabe señalar con respecto al art. 177 del mismo cuerpo legal de la Ciudad de Buenos Aires. Solo baste imaginar a una persona que vive en la Ciudad de Buenos Aires y debe formular un reclamo sea al Estado Nacional o al Local, las diferencias que se presentan para la obtención de una cautela resultan inexplicables a la luz de un simple sentido común.

10.- ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES

De igual manera que existen ciclos en la actividad económica, que se distinguen por su mayor o menor permanencia en el tiempo, por su volatilidad, por la incidencia de factores estacionales, o políticos, o inclusive por desastres, en la realidad jurídica de nuestro país acontece algo similar.

⁴⁶ Ley 12.008, texto según ley 13.101.

La diferencia está dada en que mientras los ciclos económicos representan un condimento normal de la realidad, no es menos cierto que los ciclos que se están produciendo en la órbita jurídica merecen otra contemplación y calificación, pues ellos son generadores de inseguridad⁴⁷.

La distinción que cabe formular entre la noción estática que importa el estado de derecho, de la noción dinámica de la seguridad jurídica⁴⁸, aunque en puridad ambas se interrelacionan, conviene hacerla señalando porqué la segunda tiene ese dinamismo.

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 jurídica⁴⁹.

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.

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 constantemente 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” a través de la desvirtuación del derecho, que una finalidad que propenda a mejorar nuestro sistema judicial, más allá de los eufemismos utilizados para presentarlas en sociedad.

⁴⁷ Para advertir estos ciclos baste pensar a modo de ejemplo los “tironeos” que se han producido con el llamado recurso extraordinario per saltum, desde su imposición por vía de decreto en 2001, su supresión en 2002, el mantenimiento inexplicable dentro de la Ley de Procedimiento Laboral (art. 62), tal vez por olvido del legislador, y su reciente introducción posterior. Ese es un fiel reflejo de cómo manejamos el derecho. Ese recurso dio origen al caso conocido como “Dromi” o “Aerolíneas Argentinas”, baste advertir lo que sucede con esa empresa que se la privatizó y estatizó y manoseo de tantas formas a través del derecho que hemos gestado un híbrido que se desconoce su “condición social”, más allá que trasciendan sus ingentes pérdidas.

⁴⁸ Ver Bianchi, Alberto B.; *Dinámica del Estado de Derecho*, Ed. Abaco, 1996, p. 150.

⁴⁹ Bianchi, ob. cit., p. 150.

No son las medidas cautelares las que generan inconvenientes, ni al Estado ni a los particulares, son diversos los frentes que presentan inconvenientes, uno de ellos es la gestión de cada gobierno de turno que persigue sustraer al Estado del principio de legalidad, gestando una irresponsabilidad que nos remonta a comienzos del siglo pasado, como se señalara al comienzo de este trabajo.

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 antigüedad. 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 perseguidos 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*⁵⁰, 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 Nacional⁵¹.

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 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.

Si se vive desde hace once años en estado de emergencia⁵², desvirtuando la realidad a los fines de concentrar poder y transformar en letra muerta la Constitución Nacional, no solo por las facultades delegadas por el legislativo, sino

⁵⁰ Fallos 329:2316

⁵¹ 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.

⁵² La ley 25.561 es del año 2002 y desde entonces sucesivas leyes han prorrogado la emergencia hasta el presente, desvirtuando sus fines con otra intencionalidad más política que real.

ahora por el avance que se pretende sobre el judicial, es evidente que caen en letra muerta principios liminares no solo del debido proceso legal, sino los que consagra la primera parte de nuestra Ley Fundamental.

El principio de división de poderes que es de la esencia de todo sistema republicano de gobierno, se ha señalado como es dejado de lado en los diversos acápite abordados. El principio de legalidad, que obliga al sometimiento a la letra de la ley por parte del propio Estado, que es el principal obligado en observarlo, se deja también de lado, porque la ley no puede irrazonablemente subvertir los principios, derechos y garantías que consagra la primera parte de la Constitución Nacional⁵³.

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 e inestable, que lejos de facilitar el acceso a la jurisdicción, no solo lo obtura, sino que además 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 además que 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 integran⁵⁴. Y aunque parezca perogrullesco, la libertad como el derecho de propiedad –tan fácilmente vulnerables desde el poder político de turno- constituyen eslabones esenciales que conforman esa seguridad.

En una disidencia el Dr. Fayt señalaba que “el más cabal derecho adquirido es el que tiene la sociedad toda a vivir pacífica y ordenadamente bajo los principios de la Constitución Nacional. Ella es la fuente de todo derecho, de donde no cabe hablar de “propiedad” alguna que no sea la erigida bajo sus superiores normas”⁵⁵.

⁵³ En esta línea la doctrina del Alto Tribunal señala que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta iniquidad, y el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Ley Fundamental (Fallos 243:504; 299:428; 311:394; 315:142; 319:2151; 319:2215; entre muchos otros).

⁵⁴ Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Heliasta, p. 695.

⁵⁵ Fallos 314:1477.

Esta es la preocupación de este tiempo. ¿Cómo poder mantener un mínimo de seguridad frente a semejante realidad que nos agobia? Una realidad que confunde al Estado con el gobierno de turno y a su vez ambos con la Constitución, de la cual se pretende extraer un privilegio inexistente e inexplicable en favor del Estado, que no es otra que la confusión generada con el gobierno de turno, como una especie de desvalido, sin advertir que sus tropelías llevan al ciudadano a sumirlo en la profunda depresión que no es otra que la que refleja el país.