

**¿UN NUEVO RETROCESO EN LA LEGISLACION PROCESAL?**

Por Jorge A. Rojas

**1.- INTRODUCCION**

Tomó estado público un proyecto de ley, a través del cual se persigue una modificación (parcial) del régimen de las medidas cautelares, que son aquellas dirigidas contra el Estado Nacional, entes descentralizados, empresas y sociedades del Estado, bajo esta denominación tan particular –que denota su carácter discriminatorio- se crea una situación de “privilegio” a favor del Estado, incompatible con un régimen republicano y democrático de gobierno, lo que significa un claro retroceso en la legislación adjetiva, que lejos de propender a la mayor seguridad jurídica y a la agilización del proceso judicial, tiene un sesgo claramente opuesto.

Es tan notoria la situación de “privilegio” que se pretende crear a favor del Estado, entendiendo por tal –en adelante- no solo a los órganos centralizados de la administración pública, sino a los demás entes descentralizados, y empresas o sociedades a las que alude el proyecto, que podría hacerse tanto un análisis genérico, como pormenorizado, de la normativa señalada, que en ambos casos se permitiría arribar a las mismas conclusiones, que no pueden ser otras más que la descalificación del proyecto.

Por ende se analizarán los principios liminares que apuntan a sustentar el debido proceso legal, como garantía innominada como otrora la llamaba Juan Francisco Linares<sup>1</sup>, para advertir a través suyo la irrazonabilidad del proyecto en cuestión como una de las causales tipificante de su inconstitucionalidad.

**2.- PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

Si bien tanto los principios como los derechos fundamentales que consagra el constituyente, llevan al tratamiento de una temática que excede el ámbito del proceso que resulta el “habitar” natural de los sistemas cautelares, entre los cuales una de sus especies son las medidas precautorias dirigidas contra el Estado, no es menos cierto que existe una positivización de aquellos principios diseminados en la Ley Fundamental y en los Tratados internacionales, de su misma envergadura, que hacen al debido proceso legal.

---

<sup>1</sup> Linares, Juan Francisco; La razonabilidad de las leyes (El “debido proceso” como garantía innominada de la Constitución Nacional; Ed. Astrea. Destacada tesis del autor que mereció el premio Facultad de Derecho, en donde se analiza precisamente el derecho a la jurisdicción desde el control que corresponde hacer a partir del principio de razonabilidad que contempla el art. 28 de la Constitución Nacional, al momento de llevar a cabo la jurisdicción lo que Linares llamó el test de constitucionalidad de una norma, que no es otra cosa que confrontarla –al momento de su aplicación- con la letra de la Constitución Nacional, a los fines precisamente de registrar su tolerancia en la Ley Fundamental a los fines de su aplicación en el caso concreto.

Por lo tanto, resulta útil la observancia de esos principios liminares que hacen a la existencia del debido proceso legal, para analizar este proyecto, por lo que solo se tomarán aquellos que fueron positivizados por el constituyente<sup>2</sup>.

En el mismo sentido, desarrollar el tema de los derechos fundamentales del hombre implicaría la elaboración de un tratado. La historia es elocuente testigo de su desenvolvimiento y su exposición resultaría imposible dentro de los límites de este trabajo.

Ello no implica que no se pueda hacer también una referencia liminar a partir de la Constitución del 94, por la incorporación del bloque de constitucionalidad, que fue elevado a su mismo rango a los fines de demostrar el escenario existente desde el punto de vista del derecho positivo para señalar las violaciones u omisiones en las que ha incurrido el legislador.

Entre otros tratados -solo a modo de ejemplo- se pueden destacar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que contempla en su art. 7 el derecho de todas las personas de ser consideradas iguales ante la ley y además agrega la norma que –sin distinciones- tienen derecho a igual protección de la ley.

De inmediato el artículo siguiente consagra la posibilidad de contar con un mecanismo sencillo como recurso inmediato ante la posible violación de esos derechos fundamentales sean éstos reconocidos por la Constitución o por la ley; y reafirma ésta norma el art. 10, que señala que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial.

El reconocimiento de esos derechos fundamentales, a la libertad, igualdad, legalidad, entre otros, fue también reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que consagra en su art. I el derecho a la libertad de todo ser humano, en su art. II el derecho de igualdad de toda persona ante la ley.

El art. XVIII de esa misma Declaración Americana consagra el derecho a la jurisdicción señalando que toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Esto no podría interpretarse de otra forma, toda vez que de toda relación entre un estado y un particular, sin mayor esfuerzo se advierte su desproporción. De ahí que el art. XXVIII de la misma Declaración, cuando alude al alcance

---

<sup>2</sup> El tema lo desarrolle puntualmente en el trabajo “¿Qué son los principios procesales?”, publicado en el diario L.L. del 12/7/11.

que tienen los derechos del hombre, señala que estarán limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

En sentido similar, la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, dispone en el art. 24 que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

A continuación el art. 25 señala que toda persona debe contar con un recurso efectivo y sencillo ante los jueces que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales.

No resulta necesario abundar en más detalles que parece haber “olvidado” el legislador que promovió el proyecto objeto de este comentario. Tal vez con solo mirar la Constitución Nacional, de la simple lectura de los arts. 14, 16, 17, 18, 19, entre otros hubiera advertido, que también la libertad, la igualdad, la legalidad, están contemplados como principios liminares dentro de la Ley Fundamental.

De todos esos derechos humanos fundamentales ha hecho tabla rasa el proyecto en cuestión, ya que se advierten una serie de prerrogativas a favor del Estado, que no se compadecen con ninguno de estos principios, ya que en forma directa o indirecta afectan lisa y llanamente la libertad de las personas, inhibiéndolas en caso de pretender acceder a la jurisdicción de poder obtener una tutela efectiva e inmediata como consagran esos Tratados que tienen rango constitucional frente a cualquier tipo de exceso que pudiera cometerse por acción u omisión de parte del Estado.

Contrariamente a lo que debe entenderse a partir del principio de legalidad, que es el Estado el primer obligado en observarlo, se lo pretende colocar por sobre la Constitución y los Tratados internacionales, desde luego de espaldas a la propia doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en aras a un privilegio que resulta insostenible, más aún cuando se obtiene en desmedro del soberano.

Sostuvo la Corte Suprema que cuando el país ratifica un tratado internacional, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que los tratados contemplen. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino, y la mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida por la interpretación y aplicación de un tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal suficiente<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Fallos 314:1324

### 3.- LA NORMATIVA ESPECÍFICA

Dentro del proyecto en cuestión, se puede encontrar una gran variedad de aspectos que llaman poderosamente la atención, como por ejemplo, que se intenta mantener el trámite inaudita pars de las medidas precautorias (art. 198 CPCCN), aunque no constituya su fundamento esencial, pero que tiene sobrada importancia a los efectos de brindar una tutela adecuada y urgente y no frustrar la medida, pero se señala un límite con tono imperativo, que sin duda alguna lesiona los principios que antes mencionados.

Si bien el art. 198 mantiene el trámite de las cautelares inaudita pars; en el art. 208 bis, que se pretende introducir a través de esta reforma, cuando las cautelares se dirigen contra el Estado, entendido con el alcance antes indicado, se dispone que el juez “deberá” (sic) citar a las partes a una audiencia que “deberá” (sic) tomarla personalmente.

Pero además de las partes también debe convocar a posibles terceros afectados, decisión que evidentemente no puede depender del Juez, sino de la invocación que haga el propio Estado, pues si fuera el actor que conoce que una medida puede afectar a algún organismo involucrado en el conflicto, seguramente lo demandará. Como evidentemente no es ese el supuesto que se contemplaría, es claro entonces que sea el Estado quien tal vez pueda involucrar a alguna otra repartición o dependencia que considere afectada con la eventual medida que se quiera adoptar, circunstancia ésta que se compadece con la redacción del último inciso del art. 208 quater que se proyectó.

Pero sustanciar –con controversia- la medida que se trate no sería un agravante descalificatorio por sí mismo, en tanto se tomen algunos recaudos, como la posibilidad de que se frustre la medida de imprimirse ese trámite, ello en razón que se puede brindar la “potestad” a la jurisdicción que imprima ese trámite cuando advierta por ejemplo un compromiso del interés público, que no debe confundirse con el interés del Estado, como podría ser la afectación de un servicio público como consecuencia de la adopción de una medida cautelar.

Lo que resulta inexplicable es el tercer párrafo de ese art. 208 bis, ya que se señala que esa audiencia –que se impone- no implica un traslado ni la posibilidad de oponer excepciones, con lo cual más allá de cierta impropiedad en la redacción, devela la posibilidad de un dislate jurídico pues confundir una audiencia con un traslado, o con la posibilidad de oponer excepciones por sí mismo resulta preocupante.

Pero no lo sería tanto, si no existieran las oraciones siguientes que brinda la posibilidad de que tanto la parte demandada como los terceros afectados, “podrán incorporar a la causa la documentación o extremos que consideren pertinentes para permitir al juez alcanzar la mayor convicción sobre la procedencia o improcedencia de la medida solicitada” (sic).

El énfasis del entrecomillado, además de indicar que la frase es textual, intenta resaltar la paradójica situación que se ha generado. En primer lugar, la audiencia no implica un traslado, pero a renglón seguido, no solo la parte demandada sino además los terceros, que nunca se señalan que carácter tienen en el proceso, ni menos aún como acceden a él, tienen la posibilidad de incorporar a la causa documentación. ¿Cómo se incorpora a la causa documentación? ¿Con un escrito? ¿Se le entrega en mano al juez que toma la audiencia? ¿Y si esa documentación consiste en ocho biblioratos con documentos clasificados históricamente respecto a la situación planteada?

Pero además hay documentos que no son literales, sino que la doctrina los identifica como materiales, porque reflejan una manifestación del pensamiento ¿cómo se acompañan? ¿Tal vez simbólicamente o con un escrito?

Pero además hay otra potestad que queda en manos de la demandada o de los terceros afectados, que es la de incorporar los “extremos que consideren pertinentes” ¿Qué son? La ley no lo dice, y si bien la vaguedad es de la esencia del lenguaje, resultaría impropio en una ley, introducir un término que puede significar cualquier cosa.

Un extremo puede consistir en la invocación de una circunstancia. Pero eso ¿es necesario hacerlo por escrito? salvo que la audiencia sea grabada, como aspiraba el art. 125 del Código Procesal luego de la reforma de la ley 25.488, se podría inferir la respuesta positiva. Pero también puede ser una cosa. Y en su caso ¿se puede agregar? O pueden ser hechos que sean extintivos de la petición cautelar formulada por la actora y en su caso ¿cómo se exponen?

Es evidente que todos los caminos conducen a una sustanciación, con controversia previa, sobre la base de constancias escritas que se podrán glosar en el proceso y que generarán un dispendio jurisdiccional de sobrada importancia, pues no se agota allí la situación generada por esta reforma, ya que no sólo el art. 208 ter dice que el Juez procederá a resolver la medida cautelar de que se trate y el proceso seguirá conforme lo dispuesto en este capítulo, sino que luego agrega que lo hará salvo que considere que es necesario realizar algunas “medidas previas”(sic) hasta la resolución de la pretensión cautelar.

Con lo cual, es de toda evidencia que un trámite sencillo, como el previsto en el ordenamiento adjetivo actual, a partir de los arts. 195 y 198, se transforma en una ordinarización lisa y llana de lo que con cierta imprecisión se denomina “proceso cautelar”.

Es claro que si el proceso es el que permite dirimir los derechos en disputa a través de una decisión que tiene la virtualidad de pasar en autoridad de cosa juzgada, en el ámbito cautelar es necesario reconocer otro alcance a la relación que nace con motivo de una petición conservativa o de resguardo, que no busca dirimir ningún derecho,

sino solamente conservar o asegurar, manteniendo o alterando un determinado statu quo, porque identificarla con la misma denominación, lleva a violar los principios lógicos de identidad y contradicción.

Pero es evidente por los fundamentos en los que pretende asentarse ese proyecto de ley, que la confusión es la reina, y la asistematicidad es la herramienta que persigue los fines que no queremos reconocer porque no solo tuercen la vigencia de los derechos fundamentales, sino además violentan la letra de la Ley Fundamental y los Tratados internacionales a ella asimilados.

El principio de división de poderes, claramente lesionado, hace al equilibrio entre los órganos de gobierno, por lo cual no podría presumirse que en un terreno tan particular como este que hace a la decisión de una medida de carácter provisional (que es una función de la esencia de la jurisdicción), que se dicta a los fines instrumentales de un proceso determinado, se pretenda imponer una forma de actuación a la jurisdicción solo en el caso que uno de los contendientes sea el Estado Nacional, ya que ello violenta el principio mencionado, pues lo coloca sobre el orden jurídico mismo, lo que resulta inadmisibile en un estado de derecho.

Precisamente el art. 4 de ese proyecto pretende incorporar como art. 208 quater del Código Procesal, el paradigma que concentra en sí mismo la violación que se ha venido denunciando a lo largo de este simple recorrido lineal.

Como podrá apreciar el lector, allí se indican los “extremos”, eufemismo para aludir a los requisitos que se pretenden observar para el dictado de una cautelar contra el Estado.

En forma inexplicablemente contradictoria, confusa y exorbitante se señalan en cinco incisos estos pretendidos requisitos, que no son otra cosa más que la manifestación en concreto de lo que se ha venido señalando hasta aquí.

Esto en razón que los recaudos que hacen a la viabilidad de una medida cautelar, se pueden distinguir en dos tipos de presupuestos, unos sustanciales y otros procesales. Los primeros, son la verosimilitud del derecho, es decir la apariencia de que el derecho invocado es verosímil, simplemente eso, humo de buen derecho (fumus bonis iuris), y por otro lado, el peligro en la demora. De la reunión de ambos requisitos se desprende un tercero que es la contracautela que consiste en aventar los daños y perjuicios que pudiera irrogar la concesión de la medida al afectado, responsabilizando precisamente al solicitante de esa circunstancia, para el hipotético supuesto de haber solicitado la medida sin derecho.

Luego se requiere la observancia de los requisitos procesales, estos son los enumerados por el art 195 del Código Procesal, es decir señalar la medida que se solicita, la disposición legal en la que se funda, el derecho que se pretende asegurar, y observar los demás recaudos que hacen a la viabilidad de la medida cautelar en particular que se solicita.

Toda la doctrina y la jurisprudencia resultan contestes en esta línea, que no es otra que la interpretación que corresponde darle a las medidas precautorias tradicionales, como una de las manifestaciones de los diversos sistemas cautelares que contempla el Código Procesal Nacional.

Sin embargo, lo paradójico –por inexplicable- de la reforma que se persigue con la normativa analizada, es que el primer inciso de ese art. 208 quater introducido por el art. 4 del proyecto señala que para la procedencia de toda cautelar contra el Estado se deben cumplir los requisitos establecidos en el art. 230, que como se señalara no son otros que los antes mencionados.

El inc. 1ro. del art. 230 alude a la verosimilitud del derecho; el 2do. a la existencia del peligro en la demora proveniente del mantenimiento o la alteración de un determinado status quo; y finalmente el 3ro. a que no exista otra medida cautelar específica para la situación que se pretende resguardar.

Esto es así ya que la prohibición de innovar, que contiene dentro suyo una doble faceta, pues resulta innovativa en caso de que el perjuicio que se intenta aventar provenga del mantenimiento de un determinado statu quo, de ahí la necesidad de su alteración; o bien su otra faceta, que es de no innovar, en caso de que el peligro en la demora que se intenta despejar provenga de que se hubiera alterado esa situación de hecho o de derecho que se intenta mantener.

Pero lo paradójico -como se señalara- proviene de los incisos siguientes de ese precepto reformador, ya que en el inciso segundo de ese art. 208 quater se señala que el peligro en la demora debe ser “irreparable”.

Este es un concepto muy claro y definido en el mundo del derecho pues la irreparabilidad del perjuicio no admite dobles interpretaciones, que tal vez puedan surgir de las dudas que genera una determinada situación de hecho, pero frente al Estado es evidente que no existe irreparabilidad alguna.

Por lo tanto, el abanico de probabilidades que brinda el concepto “peligro en la demora” de toda cautelar, aquí se acota y limita a una sola situación que resulta imposible que se concrete en la realidad precisamente por ser el Estado el máximo solvente de cualquier tipo de obligación que pueda asumir. No hay posibilidad de irreparabilidad alguna, más aún con la exclusión que hace el art. 208 bis en su segundo párrafo.

Pero allí no encuentra límite el criterio tan particular del legislador reformista, sino que en el tercer inciso se agrega que se debe demostrar prima facie por parte del solicitante, la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad del acto o conducta cuestionada!

El énfasis de la admiración es porque se han transpolado conceptos que pertenecen por un lado al proceso de conocimiento amplio y, por otro, que son de la esencia de la acción de amparo, al ámbito de los sistemas cautelares, que contradicen hasta la doctrina prácticamente inveterada del más Alto Tribunal del país en la materia<sup>4</sup>.

Esto es así ya que la demostración importa una tarea de conjunto de un desarrollo procesal probatorio de cierta envergadura para llegar a ese concepto, con lo cual queda de lado aquello que señalaba el primer inciso que aludía a la verosimilitud del derecho, de la misma forma en que quedó de lado -con el inciso segundo- el peligro en la demora al que alude el art. 230 del Código Procesal.

Pero además esa actividad procesal de índole esencialmente probatoria, que importa un desarrollo a partir de hechos articulados, jurídicamente relevantes y conducentes, deben apuntar a demostrar la arbitrariedad o ilegitimidad, que en este caso no se entiende como se señala que debe ser manifiesta, pues existe otra notable contradicción ya que lo que es manifiesto, por su evidencia no necesita demostración alguna.

Esto es de la esencia de la acción de amparo, es decir la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, que se asimilarían aquí a la ilegitimidad o arbitrariedad del acto o conducta cuestionadas (art. 43 de la Constitución Nacional).

Pero para que no queden dudas de ninguna especie sobre el particular, que demuestran que la intención es *que no existan medidas cautelares contra el Estado*, se dispone en el quinto inciso de ese precepto que el dictado de la medida de que se trate no debe provocar ningún menoscabo a las atribuciones de los otros poderes del Estado.

Como se señalaba al comienzo, el concepto de tercero es tan amplio como que cualquier organismo estatal que sienta un menoscabo puede presentarse a requerir su derecho de acceder a la jurisdicción invocando un presunto perjuicio derivado hipotéticamente del dictado de la medida en cuestión.

Resulta inconcebible semejante dislate gestado -sin ningún tipo de dudas- a los fines de abortar cualquier intento cautelar en contra del Estado, que por supuesto se hace más evidente aún si se mira desde el opuesto, ya que si fuera el Estado el solicitante de una medida cautelar, su sola petición permitiría su obtención, no solo por la legitimidad que trasuntan sus propios actos, sino además porque ni siquiera se requeriría de la jurisdicción el análisis de ninguno de estos recaudos antes mencionados.

---

<sup>4</sup> La finalidad de la medida cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (Fallos 326:4409).



Luego se hacen dos aclaraciones redundantes y confusas a través de los arts. 6 y 7, que se pretende incorporar como arts. 7 bis y 15 a la vieja ley de amparo 16.986, como si el art. 43 de la Constitución Nacional no existiera.

A través del primero de ellos se señala que en el proceso de amparo las cautelares se regirán por las previsiones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, lo que resulta absolutamente inocuo, pues la duda que se genera es que siempre lo han sido, lo que significa que el legislador –con tota puerilidad- quiere introducir la reforma al código a través de los preceptos reseñados, para que en el amparo también sea desvirtuado totalmente el régimen de cautelares contra el Estado.

Y en la última de esas normas se pretende la modificación del art. 15 también de la vieja ley 16.986, que dispone incomprensiblemente a la altura del desarrollo que ha tenido el Derecho Procesal que los recursos contra la sentencia definitiva en el proceso de amparo serán concedidos en ambos efectos, lo que significa una confusión más a todas las señaladas, porque no puede interpretarse que esa apelación tenga efecto suspensivo y devolutivo al mismo tiempo, lo que constituiría una incongruencia.

Sin embargo, el legislador, seguramente por simple pereza intelectual, copió y pegó, sin advertir que la apelación tiene un solo efecto que es el suspensivo, que cambia de denominación cuando no lo tiene y el código lo denomina simplemente por una razón histórica devolutivo.

Este arrastre de la historia proviene del viejo derecho romano, ya que el emperador cuanto más veía crecer sus dominios menos posibilidades tenía de resolver las causas que le eran sometidas a su decisión, razón por la cual delegaba su jurisdicción en los magistrados, quienes la “devolvían” cuando sus decisiones eran apeladas, de ahí que el efecto devolutivo, que en un sistema democrático y republicano de gobierno, como el que debe advertir el legislador que existe en el país, resulta insostenible pues todos los jueces tienen jurisdicción, y nadie devuelva nada a nadie para resolver nada, con lo cual carece de razón de ser la vieja frase acuñada solo por razones históricas en algunas leyes.

Es evidente con lo expuesto, que no existe ningún espíritu ni de mejoramiento, ni de superación de la legislación procesal, pues el intento reformista cae con todo su peso, cuando no es posible siquiera superar una denominación histórica que hoy, una simple mirada lógica, advertiría la violación al principio de identidad, ya que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

#### **4.- A MODO DE CONCLUSIONES**

Utilizar al derecho como una herramienta para desvirtuar sus fines con construcciones ideológicas que apuntan a una presunta socialización resignando derechos fundamentales o esenciales del hombre, en aras a obtener

acomodamientos de tipo económico, o perseguir mejorar posiciones de dominación económica, flaco favor hace a la seguridad de cualquier sistema jurídico.

No se puede confundir a la política social con los principios generales de un sistema jurídico y menos aún con los derechos fundamentales del hombre, que precisamente preexisten a cualquier acto de creación o reconocimiento estatal<sup>5</sup>.

Esta claro que el proyecto analizado atenta no solo contra los derechos fundamentales de las personas, sino además contra la función primordial de la jurisdicción que es precisamente velar por el acceso del justiciable a ella, que no es otra cosa más que una clara lesión al derecho a la jurisdicción, con todo el desarrollo de actividades que ello importa, esto es, la posibilidad de peticionar ante las autoridades judiciales, ofrecer y producir prueba, alegar, recurrir, entre otros aspectos, y fundamentalmente, en punto a este proyecto, obtener de ella un pronunciamiento que pueda resguardar sus derechos para permitir así el desarrollo de un proceso útil, porque de esa forma tiene sentido la tutela efectiva e inmediata consagrada en los Tratados internacionales y a su vez se permite justificar el tiempo que naturalmente consume todo proceso a fin de obtener de la jurisdicción un pronunciamiento de mérito.

La igualdad ante la ley, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias<sup>6</sup>, como se advierte del articulado analizado, y no sólo se desprende del articulado esa violación, sino además que se desconoce la doctrina de la propia Corte Suprema que ha establecido precisamente que para que sea viable la violación del derecho de igualdad se requiere que el distinto tratamiento provenga de la ley misma y no de su aplicación<sup>7</sup>, circunstancia que huelga destacar que se reúne en el proyecto analizado.

Este trato desigual e inequitativo, por discriminatorio, además importa una clara violación al principio de legalidad en virtud del cual la autoridad pública está sometida al ordenamiento jurídico, ya que la voluntad del pueblo – expresada a través de sus representantes- es lo que gobierna, por lo que no existen poderes ilimitadamente discrecionales<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Cassagne, Juan Carlos; Proyección de los principios generales al acto administrativo, diario L.L. del 18 de junio de 2012. Y agrega este autor con cita de Aída Kemmelmajer de Carlucci que esa vía impregna de confrontación y conflicto permanente a los estamentos sociales, así refiere la Dra. Kemmelmajer de Carlucci que la tendencia hacia la socialización o prevalencia de los derechos colectivos sobre los derechos humanos de toda la población se muestra patente en el abuso que hacen los sectores sindicales al utilizar el dercho de huelga en los servicios públicos o esenciales como en el derecho absoluto o ilimitado que conculca otros derechos fundamentales de las personas (a trabajar, circular libremente, atender su salud o su vida).

<sup>6</sup> Enseñaba esto Joaquín V. Gonzalez, en su clásico Manual de la Constitución Argentina, del siglo XIX, p. 119.

<sup>7</sup> Fallos 323:1625

<sup>8</sup> Bianchi, Alberto B.; Control de Constitucionalidad, Ed. Abado de Rodolfo Depalma, 2002, T. I, p. 37.

El sistema republicano de gobierno no puede avasallar –por una actuación en exceso del poder legislativo- principios liminares que hacen al debido proceso legal, menos aún con la discriminación que se pretende y encima en desmedro del justiciable y a favor del poder administrador, pues ello conduce a la creación de un poder omnímodo que no se compece con el sistema republicano aludido<sup>9</sup>.

De tal modo la Corte Suprema señaló que los otros poderes del Estado carecen de atribuciones para modificar, mediante el ejercicio de sus funciones específicas, las previsiones constitucionales impuestas para asegurar la independencia del Poder Judicial<sup>10</sup>.

Constituye un pedestal esencial para la conformación de todos esos derechos fundamentales que se han ido delineando a través del tiempo, merced a la interpretación amplia y pacífica de legislación de rango supranacional, la instauración de sistemas adecuados que permitan la operatividad de esas normas sustanciales, resulta más que evidente que esta normativa en proceso de sanción raya la inconstitucionalidad, no sólo porque viola los principios de igualdad, legalidad y de división de poderes, sino porque además restringe notoriamente el poder jurisdiccional al punto de resultar inoperante el principio de eficacia de la ley que consagran los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad y propugnan la actuación efectiva e inmediata de la ley, con lo cual se produce una violación también de índole convencional, aspecto que la Corte Suprema ha considerado muy especialmente como fuera señalado anteriormente.

**Es evidente así que por esta vía, la concentración de poder se hace más notoria y, lo que es mucho más grave, en desmedro de principios liminares lo que destruye literalmente al proceso judicial como garantía del debido proceso legal, ya que propender a una tutela jurisdiccional frente al Estado o alguna de sus dependencias sean centralizadas o descentralizadas o entes autárquicos o sus empresas, por vía de una cautelar sea autónoma –como habitualmente se la denomina- o no, evidentemente se transformaría en una quimera.**

---

<sup>9</sup> Sostuvo la Corte que la división del gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en sus esferas, constituye un principio fundamental de nuestro sistema político. De ello se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno de ellos son peculiares y exclusivas, pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno (Fallos 310:1162).

<sup>10</sup> Fallos 324:1177