

Abogado (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata). Matriculado en el Departamento Judicial de Dolores. Firmante de la demanda por acción declarativa de inconstitucionalidad de la ley 26.855 promovida por el Colegio de Abogados de Dolores contra el P.E.N.

Por Hugo Mauricio Trigo

Nuevo avance arbitrario de un gobierno monopólico

I.- Aclaración preliminar.

Estas reflexiones fueron concluidas, originalmente, el día 30 de abril de 2013 pero iniciadas previamente cuando las leyes 26.854 (reglamentaria de la medidas cautelares contra el Estado Nacional) y 26.855 (modificatoria del Consejo de la Magistratura) eran sólo proyectos, parte integrante del proyecto enviado al Congreso por el Ejecutivo Nacional y que se denominó “democratización de la justicia”.

Por ello es que, a fin de mantener la espontaneidad del planteamiento y evitar su desnaturalización, se actualizarán brevemente los análisis teniendo en vista los acontecimientos sucedidos con posterioridad pero manteniendo -en cuanto resulte posible- el tiempo verbal oportunamente utilizado lo cual se justifica, además, debido a la aún no resuelta -en última instancia- inconstitucionalidad de la ley 26.854 por lo que, vigente pero cuestionada y suspendida por numerosos fallos, mantiene su actualidad toda acotación al respecto.

II.- Introducción.

Las siguientes líneas, no tienen más objeto que intentar expresar, clarificando algunas cuestiones, la situación actual y la que el Gobierno “Federal” pretende -o pretendió- crear a través de lo que sus obsecuentes funcionarios han dado en llamar “democratización de la justicia”.

Claro está que, tanto en relación a las defensas como a las críticas de cada uno de los proyectos -hoy leyes sancionadas y promulgadas-, se pueden desarrollar y seguramente se harán, libros

enteros. Sin embargo no es la idea aquí. Más bien tratar, en forma sucinta, de expresar la primera impresión luego de una segunda lectura y un primer análisis de los textos en su redacción originaria tal como ingresaron a las Cámaras del Congreso Nacional.

En primer lugar hay que decir que dentro del “paquete” encontramos proyectos que lejos están de tener como fin, sea directo sea indirecto, la declamada democratización, particularmente los referidos al Consejo de la Magistratura y a la regulación de las Medidas Cautelares en las causas en que sea parte o intervenga el Estado Nacional. El primero porque no respetará en los hechos, como se verá, el equilibrio que impone la Constitución; el segundo porque las medidas cautelares nada tienen que ver con el modo de funcionar del Poder Judicial, sino que constituyen una herramienta jurídica protectora para las partes que intervienen en un proceso en cuanto tienden a asegurar el objeto del litigio y el eventual cumplimiento de una sentencia.

III.- El Consejo “político” de la Magistratura.

En cuanto al primero de los referidos proyectos (que luego se convertiría en la ley N° 26.855¹), hay que comenzar necesariamente por la Constitución Nacional.

Dice el **art. 108** de la Carta Magna que *“El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los tribunales inferiores que el Congreso estableciere...”*.

¹ La ley 26.855, sancionada como tal el 8 de mayo de 2013, promulgada el 24 del mismo mes y año, fue cuestionada por numerosas organizaciones, colegios profesionales, etc., y, finalmente, declarada parcialmente inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por sentencia del 18 de junio de 2013 por mayoría de 6 votos a 1 de los Magistrados que la componen. Debe destacarse, como se hará más extensamente luego, que el Alto Tribunal se pronunció sobre la cuestión, de notoria gravedad institucional, sin utilizar frases ni términos agraviantes para con las partes.

El **art. 109** prohíbe categóricamente al presidente de la República *“...ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.”*

Por su parte el **art. 110** dice que *“Los jueces de la Corte Suprema y de los Tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta...”*

Y llegamos así al **art. 114** que impone: *“El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente **de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal.** Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley...”*

Excepto por la última -art. 114-, el resto de las transcripciones son normas constitucionales que no contienen novedades sino expresión de garantías para los habitantes de la Nación plasmadas desde el nacimiento mismo de la Nación.

Los Convencionales de 1994, al incorporar el art. 114 y la institución del Consejo de la Magistratura, eran conscientes de todo: de las instituciones y poderes que debían existir para el mantenimiento de la República, del Estado de Derecho, de la recta Administración de Justicia.

Por ello es que al crear el Organo, a pesar de opiniones contrarias como la de Humberto Quiroga Lavié², dejaron librada al Congreso la integración del mismo tanto en número como en forma

² QUIROGA LAVIE, Humberto; *“Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Comentario a las Reformas y Notas de Jurisprudencia”*; Editorial Ruy Díaz, 1995, pág. 218/221. Sostiene el autor que tanto la integración como la elección de los miembros, son cuestiones netamente constitucionales y por lo tanto no debieran delegarse a la ley.

marcando las pautas o presupuestos que debía respetar la ley nacional. Seguramente no imaginaron que llegaría el instante en que se sometiera a un magistrado a la votación popular.

Lo que sí exige en forma expresa es que en la integración se respete el equilibrio en la representación de los diferentes sectores involucrados sin decir cómo se elegirá a esos representantes ni de quién dependerá la elección.

Es decir, actualmente, ningún integrante del Consejo de la Magistratura obtiene tal función por elección popular. Cada sector representado -político, judicial, profesional, académico y científico- elige a sus representantes ante el Consejo.

Ahora vayamos detenidamente a la ley proyectada.

Desde el comienzo vemos que se pretende someter a -casi- todos los eventuales integrantes a la elección popular -art. 2° proyectado- con todo lo que ello implica comenzando por alinearse detrás de un partido político.

Nadie sería capaz -creo- de coartar el derecho de cualquier persona, sea juez, abogado, funcionario, policía o árbitro de fútbol, de pensar, de compartir una idea y una ideología, incluso de hacer ello público. Más nada tiene que ver con eso someter a los futuros integrantes de un Organo -ubicado dentro del Poder Judicial- a la elección del pueblo y politizar así no sólo su vida y su nombramiento sino además su función misma.

A) Bien, vamos ahora a la **integración**, al equilibrio en la representación que deberá garantizarse en la conformación del Consejo de acuerdo a lo que impone la Constitución Nacional.

La actual conformación del Organo la determina la **ley nacional 24.937 -también dictada por el Congreso-**, y es así.

Art. 2°: “Composición. *El Consejo estará integrado por trece miembros, de acuerdo con la siguiente composición:*

1. Tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema D´Hont³, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República.

2. Seis legisladores. A tal efecto los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría.

3. Dos representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula...

4. Un representante del Poder Ejecutivo.

5. Un representante del ámbito académico y científico que deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales y contar con una reconocida trayectoria y prestigio, el cual será elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional con mayoría absoluta de sus integrantes...”.

Conforme a la prescripción del **art. 2° del proyecto de modificación al mismo art. de la ley 24.937** enviado por el P.E.N., la conformación futura hubiera sido así:

Tres (3) jueces, elegidos por el pueblo mediante sufragio universal;

³ El sistema D´Hont, es un método electoral que permite obtener el número de cargos electos asignados a las candidaturas a cubrir, en proporción a los votos conseguidos. Funciona así: tras escrutarse todos los votos, se calcula una serie de divisores para cada lista; la fórmula de los divisores es V/N , donde V representa el número total de votos recibidos por la lista, y N representa cada uno de los números enteros de 1 hasta el número de cargos electos de la circunscripción objeto de escrutinio; una vez realizadas las divisiones de los votos de cada candidatura por cada uno de los divisores desde 1 hasta N , la asignación de cargos electos se hace ordenando los cocientes de las divisiones de mayor a menor y asignando a cada uno una banca hasta que se agoten; el número total de votos no interviene en el cómputo.

Tres (3) abogados, elegidos por el pueblo mediante sufragio universal;

Seis (6) académicos y científicos, elegidos por el pueblo mediante sufragio universal,

Seis (6) legisladores, elegidos por sus propios pares,

Un (1) representante del Poder Ejecutivo, sin determinar quién lo debía elegir ni cómo.

Ahora bien, el actual sistema de elección se dice que tiene por defecto que a los candidatos los eligen sus pares y no el pueblo. Sin embargo, los elegidos pueden resultar de cualquier partido o bloque entre los legisladores.

Con el sistema proyectado los habría elegido el pueblo -sólo a algunos- pero la representatividad habría cambiado radicalmente.

Aquellos miembros representantes de los órganos políticos (legislativo y ejecutivo), habrían sido elegidos por sus pares (como ahora) y no directamente por el voto popular.

Aquellos miembros representantes de jueces, abogados, académicos y científicos, habrían sido directamente elegidos por el voto popular ganando el partido triunfante en las elecciones dos tercios de los candidatos y el partido que obtuviera el segundo lugar el tercio restante.

Quizás con un ejemplo se advierta el cambio.

Actualmente, de los 13 miembros del órgano colegiado, 6 son legisladores elegidos por las Cámaras, de los cuales cuatro pertenecen a la mayoría y dos a la minoría políticas. De los restantes, ninguno es elegido por partidos políticos ni por el pueblo.

En el sistema proyectado, de los 19 miembros, 6 habrían sido legisladores elegidos por sus pares perteneciendo 4 a la mayoría y 2 a la minoría -como ahora-.

De los 6 jueces y abogados 4 habrían pertenecido a la lista del partido ganador en las elecciones -por no decir que pertenecerían lisa y llanamente al partido- y 2 al que hubiera obtenido el segundo lugar.

De los 6 científicos y académicos, 4 hubieran correspondido a la lista del partido ganador en las elecciones y 2 al que hubiera obtenido el segundo lugar.

La primera reflexión es que, si hasta ahora los integrantes del Consejo son elegidos por sus pares en cada ámbito, **a partir de la reforma habrían elegidos CASI todos por el pueblo excepto los realmente políticos.**

Sumemos ahora los miembros que hubieran concurrido por una y otra parte al Consejo: el partido ganador en las elecciones se habría asegurado mayoría permanente y automática desde que 12 serían representantes salidos de sus filas -*rectius*: listas- más el representante enviado por el propio P.E.N. con lo cual habría sumado en total 13 miembros “propios” o representantes **garantizándose siempre *quórum* y mayoría en las decisiones.**

Resumiendo. El pueblo habría votado a los legisladores en las listas de candidatos y también a los restantes integrantes del Consejo pero, con una enorme diferencia: a los restantes integrantes los habría votado sabiendo que serían integrantes del Consejo; a los legisladores los habría votado y luego entre ellos, entre sus propios pares -como ocurre hoy- habrían elegido a sus representantes en el Consejo.

Lo mismo habría ocurrido con el representante del Poder Ejecutivo, que no sería electo por el pueblo para esa función; es más, podía no ser siquiera integrante de una lista ya que los Ministros, por ejemplo de Justicia, no son elegidos por el pueblo y sin embargo son parte del Poder Ejecutivo.

Con ello, llegamos a la “triste” conclusión de que los únicos que no serían elegidos por sufragio universal -en forma directa- para

integrar el consejo, serían justamente los representantes de los órganos políticos.

Asegurándose el partido ganador de las elecciones la mayoría en el Consejo, ¿puede hablarse de democratizar la justicia? Sinceramente no lo creo.

El problema, según mi visión, no se concentra -o no se concentraba- en la cantidad de integrantes ya que mantener un número igual de representantes de cada sector seguramente posibilitaría un mayor equilibrio. La cuestión criticable es - esencialmente- la forma de elección propuesta.

B) En cuanto a los **requisitos** para acceder a los cargos del Consejo, se encuentran regulados en la actual norma.

Art 4º: *“Requisitos. Para ser miembro del Consejo de la Magistratura se requerirán las condiciones exigidas para ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.”.*

Por su parte el **art. 111 de la Const. Nac.** establece que para ser Juez de la Corte se debe *“...ser abogado...con ocho años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser senador.”.*

Las calidades para ser senador son *“...edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o su equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija.” (art. 55 de la Const. Nac.).*

Por un lado tenemos que se va a integrar un órgano que es parte del Poder Judicial pero que además será el encargado de participar en la designación y suspensión de jueces y hasta de abrir el proceso de destitución a éstos.

No está mal el requisito de ser abogado y con alguna experiencia en el Derecho. Tampoco la exigencia de residencia ni la edad -superior como se verá a la que se exige en el proyecto- requerida.

Claro que tampoco está mal la renta mínima exigida más allá de su debida actualización y adecuación a los días que vivimos. La idea del constituyente -originario- no era enriquecerse con el ejercicio de funciones y cargos públicos sino precisamente tener un respaldo anterior.

Podemos coincidir en que eso, hoy, no garantiza nada. Es cierto; pero sería un recaudo a cumplir que no todos los que pululan por el poder pueden franquear.

Con la **modificación propuesta**, el artículo 4º cambiaba en diferentes aspectos radicalmente.

Art 4º: “Requisitos. *Para ser miembro del Consejo de la Magistratura se requerirá contar con las condiciones mínimas exigidas para ser Diputado. No podrán ser Consejeros las personas que hubieran desempeñado cargo o función pública jerárquica durante la última dictadura cívico-militar o respecto de quienes se verifiquen condiciones éticas opuestas al respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos.”.*

El **art. 48 de la Const. Nac.** determina que son requisitos para ser diputado *“...haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella.”.*

Vemos así que los requisitos para ser Juez de la Corte Nacional (cfr. art. 111 de la C. N.) son superiores a los que la constitución exige para ser Diputado (cfr. art. 48 de la C. N.).

Es decir, actualmente necesitamos 30 años, con la modificación propuesta sólo habrían sido suficientes 25. Hoy se requieren 6 años de ciudadanía, con la reforma solamente 4.

Quien hoy es Consejero debió acreditar ser abogado, pero a partir de la reforma ya no habría sido condición la profesión, aunque sea para desempeñarse en un órgano permanente del Poder Judicial y de la talla del Consejo de la Magistratura.

Lo de la renta mínima, si hoy es un recaudo meramente formal que a través de la actualización monetaria se doblega fácilmente, a partir de la reforma ni siquiera habría sido un requisito.

Y para qué hablar de la conducta intachable requerida para ser juez.

Que el “nuevo” Organo hubiera sido “útil” tanto al actual gobierno como a los venideros, no cabe duda. Pero tal conclusión no legitima un paso legislativo convalidante de un proyecto inconstitucional que únicamente tendía a la manipulación de la justicia que habría pasado de ser administrada por el Poder Judicial a serlo por el Ejecutivo llegando a cumplir la aspiración de todo absolutismo: concentrar la suma del poder público destruyendo en los hechos a la República.

Agrego que, si bien llegó a tiempo el fallo del Máximo Tribunal del país⁴ y evitó así la convalidación de un absurdo y arbitrario proyecto otorgando razón a los pensamientos vertidos en éstas líneas bastante tiempo antes, el dejo de sinsabor o, de sabor amargo, subsiste pues nada justifica que éstas pujas políticas pongan y mantengan en vilo a la sociedad toda cuando el único objetivo, alejado del bien común y del interés colectivo, es acumular poder para evitar la oposición y el freno a las decisiones y medidas gubernamentales.

Tener razón no siempre es un buen síntoma. Que un fallo del Máximo Tribunal ratifique lo que uno piensa no alegra ni enaltece el alma en éstas circunstancias en que lo que está en juego es mucho más que el pensamiento individual.

IV.- La actitud de algunos Magistrados.

⁴ Sentencia del 18/06/2013. R. 369. XLIX. Causa “**Rizo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar**” (Expte. N° 3034/13).

Sin perjuicio de todo lo expuesto hasta aquí, me interesa resaltar la conducta o actitud asumida por el Dr. Alejo Ramos Padilla, titular del Juzgado Federal del Departamento Judicial Dolores.

El Colegio de Abogados departamental (C.A.D.) promovió demanda por acción declarativa de inconstitucionalidad de la ley 26.855 contra el P.E.N.⁵. Interpuesta la demanda el día viernes 31 de mayo de 2013 a las 13:20 horas, el titular del juzgado dictó resolución interlocutoria fechada el día lunes 3 de junio -incluso ya notificada el mismo día lo cual evidencia un arduo esfuerzo de fin de semana- rechazando *“in límine”* la cautelar y desprendiéndose de la competencia que la Constitución Nacional le atribuyó. Apelada la resolución, el recurso no fue concedido lo cual seguramente será materia de análisis en otro lugar pues también lo será la declinación de competencia.

Lo importante aquí y ahora, entiendo, son los fundamentos - más bien argumentos- vertidos para rechazar la demanda en cuanto a su objeto principal.

De la resolución, que fue publicada a través del Centro de Información Judicial (C.I.J.) y de la que inmediatamente se hicieron eco los medios de comunicación, surgen expresiones tales como que el accionar de los peticionantes *“...resulta **contrario a los deberes de lealtad, probidad y buena fe que deben regir la actuación profesional...**”*, afirma como un hecho probado que *“...es de público y notorio conocimiento que distintas organizaciones, asociaciones, colegios, etc. **desarrollaron una estrategia común para formular planteos de similares características en distintas jurisdicciones del país...**”*, sostiene que dichos planteos *“...fueron diseminados...**buscando que al menos un juez...dicte una medida cautelar, o...sentencia definitiva, que suspenda los próximos comicios...**”*.

⁵ Causa N° 12.197, caratulada *“Colegio de Abogados Dolores c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”*, de trámite por ante el Juzgado Federal “único” del Departamento Judicial Dolores.

Califica a “*Este modo de actuar...*” como “*...enmascarado dentro del legítimo derecho de peticionar...y el reconocido acceso a la justicia...*” concluyendo que “*...constituye un ejercicio abusivo de ese derecho que, en el caso de prosperar, no sólo suspendería el derecho del ciudadano de ejercer en los próximos comicios la posibilidad de expresar y elegir a los abogados que integrarán el Consejo...sino que además ello se habrá logrado de manera irregular, con una acción emparentada con el “fórum shopping”...“.*”

Deteniéndome aquí, justamente uno de los planteos llevados ante el Magistrado era la inconstitucionalidad de la ley que ponía en manos de la elección popular a los candidatos a consejeros. Es decir, mal interpretó -intencionalmente o no, eso quedará en su fuero interior- la petición pues objeto no fue impedir el legítimo ejercicio del derecho de los ciudadanos sino evitar la convalidación de una ley que atentaba -como quedó demostrado- contra las instituciones de la República.

Continuando con las argumentaciones desarrolladas en el resolutorio, advierto con sorpresa que el Magistrado agravia innecesariamente a quienes intentaron la acción y asimismo a quienes, por así creerlo y por propia convicción, adherimos a la misma.

Expresa, por ejemplo, como si lo anteriormente transcrito no fuese suficiente, que “El alegado interés corporativo...no autoriza a los accionantes a formular acciones...emparentadas con el “fórum shopping”, y tal vez aún más graves; orientadas en definitiva a que algún Juez suspenda las elecciones, pues de este modo se deslegitima el accionar del Estado...”.

Primer interrogante: ¿qué significa acciones tal vez aún más graves? ¿qué sentido debemos darle a la expresión? Segundo interrogante: ¿el Magistrado está tratando de decir que con la acción intentamos desarrollar algo similar a un golpe de Estado?

También habla la resolución -reiterando en demasía aquello de *fórum shopping*- de conducta “...**ilícita**...”, de “...**maniobra**...”, de “...**manera concertada**...”, de “...**golpistas**...”, de “...**maniobra ilegítima**...”, etc., etc.

Algo llamativo es que, cita el fallo de la Sra. Juez Servini de Cubría en apoyo de su rechazo a la cautelar y a favor de quien declina su competencia pues “...*aparece en mejores condiciones para resolver*...”, pero vimos luego que la mencionada Magistrada admitió en su sentencia la demanda de amparo con objeto similar que llegó a la Corte Suprema y fue confirmada poniéndose fin a la cuestión.

En resumen, incluir estos párrafos dedicados a la resolución dictada, no tiene por objeto iniciar un debate personal que, en todo caso, deberá encarrilarse por otra vía. Sin embargo, la decisión muestra a las claras que un Magistrado, al momento de decidir sobre cuestiones vinculadas a sus pasiones -políticas en el caso-, es más un ciudadano que un Juez y ello si bien puede no ser objetable pues todos somos humanos, debe llevar a reflexionar al menos en cuanto a los términos utilizados y los agravios vertidos.

Así como dice el Magistrado, en más de un pasaje de su extenso texto, que “...*es tan ilícita la búsqueda irregular de un juez para que resuelva a favor de nuestras pretensiones, como la de aquél juez que acepta esa maniobra irregular*...”, puede entonces decirse que **tan agraviantes e injuriantes o calumniantes resultan los términos proferidos en la vía pública como en una resolución judicial.**

Mayor análisis implicaría una extensión injustificada, baste para ello con lo expresado por el Más Alto Tribunal de la Nación en su sentencia del 18 de junio de 2013.

V.- La eliminación de las cautelares contra el Estado.

Liminarmente hay que aclarar que éste ha dejado de ser un proyecto pues se ha convertido en ley de la nación N° 26.854

sancionada el 24 de abril y promulgada el 29 de abril del corriente año.

A) Algunas generalidades.

Ahora, el tema más candente, aunque no más importante -en cuanto a trascendencia institucional- que el anterior: la cuestión de las medidas cautelares y su pretensa eliminación, cuestión que continúa plenamente vigente.

Para hablar claro y concreto, una medida cautelar es una herramienta que tiene derecho a utilizar cualquier persona -física o jurídica- para proteger sus derechos cuando considera que existe un avasallamiento por otros particulares o por el propio Estado.

Esa herramienta no permite -en principio- obtener hoy y ya lo que se reclama sino únicamente asegurar que la sentencia que va a dictarse en el futuro, cuando concluya el proceso judicial, va a poder cumplirse; es decir, que el derecho reclamado, una vez reconocido por la decisión judicial, podrá hacerse efectivo en su ejercicio y goce.

Generalmente se asocia al aseguramiento de derechos patrimoniales, sin embargo, para no caer en el clásico ejemplo de los amparos con cautelares durante el “corralito financiero”, hay que decir que existen hoy otras “aplicaciones” de éstas medidas que no sólo sirven al particular que la peticiona sino a la sociedad en su conjunto.

Es el caso de las cautelares autónomas, por ejemplo, que han permitido, sin una demanda principal simultánea o posterior, suspender la ejecución de obras que podrían ser perjudiciales a todos.

Ejemplos recientes en nuestro medio -Dolores-: la tala de árboles en el Museo Evocativo Libres del Sur o la construcción del llamado Parque Termal. No es que la cautelar, en tales casos, prohíba sino que frena la obra o proyecto hasta tanto se tenga certeza de que no afectará el ambiente, que es de todos y de nadie en particular.

También evitará eventuales consecuencias en bienes particulares o en la salud de las personas derivadas de la ejecución de obras no controladas o que no cumplen con todos los recaudos y procedimientos previos que el propio Estado le impone a los administrados y que por ende, debe también aceptar y cumplir.

Por otro lado tenemos que, como ha sostenido Mario Augusto Morello, **todo lo cautelar es urgente aunque no todo lo urgente sea cautelar**. Significa que, además de ser las cautelares una herramienta para asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia, tiene que cumplirse con el recaudo del “peligro en la demora”, es decir, debe existir urgencia en la protección anticipada o anticipatoria que se solicita.

Además de todo lo expuesto, cabe aclarar algo.

En el **mensaje de elevación** del proyecto se expresa “...*En el orden nacional no existe un régimen orgánico del proceso judicial frente a las autoridades públicas...*” y se afirma que “...*La ausencia de una ley reguladora del trámite de los juicios contra el Estado, dio lugar a la aplicación analógica de un cuerpo legal destinado a reglar las relaciones procesales entre particulares: el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.*”.

Sabemos que **ello no es cierto**.

El Código Procesal Civil y Comercial, no se limita a regular las relaciones procesales entre particulares sino entre todos los sujetos que intervengan en un proceso civil y comercial, se trate de particulares o del Estado o sus entes.

En todo caso: ¿no hubiera correspondido crear un proyecto que reglamentara los procesos judiciales contra el Estado si es esa la situación deficitaria y la preocupación sincera?

La reglamentación proyectada tiende a, lisa y llanamente, eliminar éstas herramientas, claro, en su utilización contra el Estado - Nacional por ahora-.

B) Particularidades.

Dice el **art. 1° del proyecto** -ya ley 26.854-, que *“Las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos, se rigen por las disposiciones de la presente ley.”*

Lo primero, entonces, es que no se modifica el régimen entre los particulares.

Sigamos.

El **art. 2°** expresa en su **inc., 1°** que *“Al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia...”* agregando que *“...deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia.”*

Primera pregunta al respecto: ¿y la urgencia?

La actual regulación de las cautelares nacida en los códigos procesales, autoriza al juez, aún incompetente, a decretar la medida cautelar y tal habilitación no tiene más fundamento que la urgencia en la protección del derecho invocado cuando se acredita la verosimilitud del mismo y el perjuicio que podría derivar en caso que no se actúe protectivamente de inmediato.

El mismo **art. 2°** en su **inc. 2°** determina que *“La providencia cautelar dictada contra el Estado...por un juez incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se encuentre comprometida directamente la vida o la salud de la persona o un derecho de naturaleza alimentaria.”*

Es decir, sólo en éstos casos se “permitiría” el dictado de una medida cautelar.

Ahora, no hay duda -creo- que el reclamo de un haber jubilatorio o de una pensión denegados serán entendidos como derechos de naturaleza o carácter alimentario.

Pero: ¿y el pedido de reajuste, también se considerará alimentario? Si el haber se está percibiendo, cabe la posibilidad de que se considere al reajuste como un mero derecho patrimonial.

El proyecto “democratizador” no es tal.

El **art. 3°** proyectado impone que la medida cautelar a pedir debe ser “idónea” para asegurar el objeto del proceso (inc. 1°).

Pero el **inciso 4°** prohíbe que el objeto de la medida sea el mismo que el objeto de la demanda principal.

Tal imposición es no ver -o tratar de negar- la realidad procesal judicial desde que en la enorme cantidad de casos la medida cautelar coincide con el objeto de la demanda pues a veces no existe otra forma de proteger el derecho invocado.

Si voy a reclamar el pago de una suma de dinero, que mejor que embargar dinero para asegurar el cumplimiento de una sentencia que condenará al demandado a pagarme lo que me debe.

Si estoy sosteniendo que una ley es inconstitucional porque resulta arbitraria y afecta mis derechos, que mejor que pedir la suspensión en su aplicación. El objeto de la medida, suspensión de los efectos de la ley, coincidirá con el objeto de la demanda consistente en la declaración de inconstitucionalidad de la norma que, a la postre, no será aplicable.

Una vez más, el proyecto “democratizador” no es tal.

El **art. 3°** del proyecto, establece que “...*el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada...un informe que dé cuenta del interés público comprometido.*” y permite a la parte demandada “...expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia...”.

Uno de los rasgos característicos de las medidas cautelares es, desde el derecho romano, la posibilidad de su dictado *in audita et altera pars* -dictado sin oír a la parte contraria- lo cual tiene

fundamento, nuevamente, en que el que la solicita acredita la verosimilitud de su derecho y el peligro en la demora.

Además, si la parte contraria se entiende perjudicada por la medida, tiene la vía procesal adecuada para el planteo y es la apelación ante la instancia superior al juez que la decretó y, aún, la opción de plantear la nulidad de la medida o su exceso.

Por lo demás, si otra característica tienen las medidas cautelares, es la provisionalidad. Es decir, no hacen cosa juzgada por cuanto no deciden el fondo de una cuestión por lo que resultan esencialmente modificables y pueden dejarse sin efecto cuando cambien las circunstancias que se invocaron y acreditaron para decretarlas.

Todo esto es parte del proceso actual, no hace falta para ello una ley “democratizadora”.

Avanzando en la lectura del proyecto, aparecen algunos “adornos” para cerrarlo perfectamente en beneficio de quien envía el proyecto para su aprobación.

El primero es el **art. 5°** que determina la vigencia de las medidas cautelares. Dice la norma que *“Al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar...un límite razonable para su vigencia...”* y fija esa vigencia en un máximo de seis (6) meses o de tres (3) meses según el tipo de proceso en el que se dicta la medida.

Por un lado, si la medida es autónoma, deberá adelantarse opinión sobre el tipo de proceso que habrá de iniciarse.

Pero lo más grave es que los plazos fijados son arbitrarios y por completo desconocedores de la realidad del proceso judicial.

Una cautelar decretada en un proceso de tipo ordinario o sumario, caducará a los seis (6) meses y en tal plazo no sólo no habrá sentencia sino que es muy probable que recién se haya contestado la demanda.

Una cautelar decretada en un proceso sumarísimo como es el trámite que corresponde al amparo, caducará a los tres (3) meses y recién se habrá recepcionado el llamado informe circunstanciado.

Nuevamente, ¿dónde encontramos la “democratización”?

El **art. 9°** prohíbe decretar una medida cautelar cuando *“...afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias.”*

En ésta norma se concentra lisa y llanamente el impedimento de obtener una protección de los derechos individuales o colectivos contra la irregular actuación u omisión el Estado, ya que siempre una medida afectará bienes o recursos del Estado.

También por esta norma se libera -intencionalmente- a los funcionarios inoperantes, incompetentes, negligentes y hasta oportunistas, de toda responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

Es sabido que en un mundo como el que vivimos, no habrá mayor sanción para una persona que se desempeña en el ámbito de la función pública, que la económica.

Como si todos los impedimentos y obstáculos mencionados hasta aquí para obtener una cautelar contra el Estado fueran pocos, la norma del **art. 10°** prescribe que *“Las medidas cautelares dictadas contra el Estado...tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar.”*

Exigir caución real (bienes) o personal (fianza, dinero) a un particular que reclama contra el Estado el reconocimiento de un derecho propio negado o afectado y que en tal marco solicita la protección de ése derecho desde el inicio del proceso, es tanto como impedirle el acceso a la protección.

Tanto más cuando se reclaman derechos de incidencia colectiva y cuya protección obliga a suspender la ejecución de una obra millonaria.

Ahora, si quien pide la medida cautelar fuese el propio Estado contra un particular o una empresa, está exento de la contracautela porque se presume que posee respaldo suficiente para afrontar los daños y perjuicios derivados de la medida que pide.

Todos sabemos la verdad sobre la cuestión y sabemos cuánto cuesta -en tiempo, esfuerzo y dinero- llegar a ejecutar una sentencia de condena contra el Estado. Los jubilados y pensionados lo saben también.

Un agravante que introduce el proyecto en el **art. 13** cuando se refiere a la medida cuyo objeto sea la suspensión de un acto estatal - caso Clarín- pero que, por no encontrar regulación genérica será aplicado analógicamente a igual situación en cualquier medida contra el Estado.

Pretendieron y declararon hacer una regulación genérica y comprensiva de las medidas cautelares contra el Estado pero sólo previeron la posibilidad de apelación de la providencia que decreta la medida en el **inc. 3° del art. 13°** que dice *“La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. **El recurso de apelación** interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, **tendrá efecto suspensivo...**”*.

El efecto suspensivo significa que se suspende el cumplimiento de la resolución apelada, hasta tanto la Alzada se expida al respecto y la sentencia adquiera firmeza.

Es el principio general del derecho procesal en materia de recursos, ya que es de sentido común, que hasta tanto no se

encuentre firme una decisión judicial mal podría ejecutarse o cumplirse.

Tal principio se revierte entre otros casos cuando se trata de medidas cautelares por su misma provisionalidad.

Una medida cautelar puede y debe cumplirse inmediatamente y mientras no sea modificada o dejada sin efecto. De lo contrario no tendría sentido su dictado si una apelación impidiera su aplicación.

No conteniendo el proyecto una norma genérica respecto al efecto de los recursos, este inciso 3° del art. 13 corre el riesgo de convertirse en principio general y será, seguramente, lo que solicitará el Estado.

Para terminar, desde siempre, la decisión sobre el otorgamiento y alcance de la medida cautelar, es del judicante, es decir, del juez de la causa o del que previno y el análisis de los recaudos para su dictado también ya que representan cuestiones de hecho que deben invocarse y acreditarse.

VI.- Conclusiones.

Es curioso que, como pasó con la expropiación de acciones de YPF-Repsol o con la “Ley de Medios” y otras leyes “express y a medida”, se aprueban proyectos ingresados pocos días antes con el argumento -vanalizado- de que la sociedad lo reclama y es el cambio que hará nacer una nueva Argentina.

Los mensajes de elevación (372, 373, 374, 375, 376 y 377/13) de éstos proyectos, están fechados todos el **8 de abril de 2013** y suscriptos por Juan Manuel Abal Medina y Julio César Alak. Para el 25 de abril cinco (5) ya eran ley del -¿Honorable?- Congreso de la Nación.

Sin embargo los proyectos de leyes que la sociedad espera, duermen, como ha pasado con casi todos gobiernos, durante años sin

que se acuerden de ellos ni, consecuentemente, de la gente que no sólo sirve para llenar planillas de estadísticas.

Por lo demás, da toda la impresión de que el origen y nacimiento de la regulación que se pretende sobre las cautelares habrá de buscarse en lo acontecido en la públicamente conocida “causa Clarín” por la denominada ley de medios.

Todo lo que ocurrió procesalmente en ella, es lo que se trata de “regularizar” para un futuro en el régimen proyectado y, para corroborar lo dicho basta una simple lectura de los pasos procesales de la mencionada causa.

Claro que existen otras leyes nacionales dictadas por el Congreso de la Nación que se encuentran suspendidas en su aplicación por el mismo motivo -planteo de inconstitucionalidad- y que no han sido tan cuestionadas por el gobierno y sus adictos. Un claro ejemplo es la **Ley de Glaciares** que, luego de haber sido vetada por la Sra. Presidente fue finalmente sancionada pero la provincia de San Juan, gobernada por José Luis Gioja respaldar de la primera hora del actual F.P.V., ha cuestionado su constitucionalidad defendiendo la actividad minera y por ello no se aplica.

Con el proyecto, se pretende convertir al juez en algo que hace mucho dejó de ser: un mero aplicador de la ley cuya tarea se limitará a subsumir lo que se le cuenta en lo que la ley dice y expresar una conclusión, sin posibilidad de aplicar criterios propios y de interpretar tanto normas como hechos.

También se ha dicho que la reglamentación de las medidas cautelares responderían a un eventual y futuro nuevo corralito financiero y, aunque ya se anticipó la utilización como pseudo-moneda de los llamados Cedin, para no hacer futurología irresponsable me reservaré la opinión al respecto.

Ahora, para dar sentido al título escogido, sabemos que el Estado es quien monopoliza el poder.

Algo que quizás no se termina de comprender es que existe una enorme diferencia entre Estado y Gobierno.

Y si el gobierno de turno acumula la suma del poder, no es otra cosa que un Gobierno arbitrario y monopólico, para muchos de nosotros tanto como una dictadura.

Respecto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no puede soslayarse que, en su nueva y actual integración, fue calificada o adjetivada por el gobierno actual, el precedente y también por sus aduladores como la mejor y más independiente de las últimas décadas; decían que ahora sí existe una Corte de Justicia de verdad. Sin embargo, a partir del 18 de junio de 2013, para esos mismos librepensadores pasó a ser un tribunal más, con minúscula, tan sospechado de parcialidad como cualquier otro y hasta calificado de “opositor” por el Senador Aníbal Fernández que tanto la había halagado junto a su líder Néstor Kirchner.

A ésta altura de los acontecimientos parece recomendable una lectura -o relectura- de aquella novela escrita por **George Orwell** hace ya más de seis (6) décadas -publicada en 1949- pero más vigente que nunca; su nombre: “1984”, y no sólo inspiró la creación de un programa televisivo.

Para terminar: si bien había que aguardar la sanción de la totalidad de los proyectos definitivos -hecho que finalmente ocurrió-, como todos y todas pude equivocarme y, en éste caso tan particular, mi firme deseo fue que así sea pero la Justicia determinó otra cosa.

Dolores, 28 de junio de 2013

Hugo Mauricio Trigo

Abogado

T° VI F° 59 del C.A.D.

T° 701 F 788 de la C.F.A.M.D.P.

hmt.abog@yahoo.com.ar