

Comentario a la ley 26.854.

Una visión desde el derecho ambiental. Por Luis Cavalli ¹

*Las garantías individuales proclamadas
con tanta gloria, conquistadas con tanta
sangre, se convertirán en palabras vanas, en
mentiras relumbrosas, si no se hacen
efectivas por medio de las garantías públicas.*

Juan Bautista Alberdi

Acerca de su constitucionalidad

El Congreso Nacional ha sancionado la ley 26.854 por la cual se rigen las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos.

En el campo conjetural podemos imaginar que la iniciativa nació de una anécdota, de una pelea de coyuntura de la Administración Nacional con otra parte que ha sido llevada al extremo², o puede haber sido el resultado de un sesudo análisis fortalecido por la experiencia de haber trajinado los estrados judiciales³. Lo cierto es que la ley se ha sancionado siguiendo los mecanismos formales previstos por la Constitución Nacional.

No habiendo control constitucional previo a la sanción de las leyes en nuestro sistema jurídico, quedará para un tiempo posterior verificar su constitucionalidad.

Al respeto adelanto mi opinión que no encuentro que existan fundamentos suficientes para declarar la inconstitucionalidad de esta ley. ¿Por qué?

¹ Luis Cavalli. Abogado Especialista en el Régimen Jurídico de los Recursos Naturales por la UBA. Profesor Asociado Derecho Ambiental. Universidad Abierta Iberoamericana. Tesorero de la Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas.

² Nos referimos al público, notorio y ostentoso conflicto entre el Grupo Clarín y el Gobierno Nacional.

³ La doctrina, como veremos más adelante, ha sido crítica de muchos de los aspectos de la realidad fáctica en la aplicación de estas medidas.

Porque el mal uso, la errónea interpretación de la normativa específica y el uso generalizado por los jueces de las medidas cautelares deviene de una cuestión mayor y más perjudicial para el justiciable, que es el incumplimiento por parte de los magistrados de las reglas procedimentales, cuya consecuencia ha sido convertir en irrazonablemente lentos los procesos, desvirtuando el fin que persiguen. La lectura del CPCCN, de los códigos procesales provinciales y de las leyes que fijan procesos especiales, nos muestra que los plazos están arbitrados de manera razonable. Pero la realidad fáctica demuestra que esto no es así. De allí la generalización de las cautelares. Por lo tanto, es la lentitud de los procesos, la desvirtuación del fin que tienen como vía de acceso al conocimiento fáctico por los jueces de lo planteado por las partes, lo que vulnera, primaria y esencialmente, el artículo 18 de la Constitución Nacional.

La primera reflexión que debemos hacernos, ahora que ha emergido esta cuestión al debate público general, es preguntarnos cuáles son las múltiples razones, (que habrá que analizar en profundidad), por las cuales el Poder Judicial ha naturalizado procesos irrazonablemente largos que significan el incumplimiento del debido proceso para los justiciables y con ello la aplicación concreta de la justicia.

¿Cómo es la realidad de los juicios en los tribunales argentinos?

Quienes hayan fatigado los juzgados en la Argentina en cualquiera de sus instancias y fueros pueden llegar a esta conclusión:

Los procesos judiciales son lentos, irrazonablemente lentos.

El procedimiento multiplica las dificultades de los justiciables, añadiendo a las cuestiones materiales del litigio las formales del proceso, que da armas a la injusticia y forja lazos y trampas en que puede caer la más justa de las causas.

La ausencia de inmediación entre el juez y las partes obstaculiza el conocimiento real de la causa y su avance en tiempos razonables.

Existen costos significativos soportados en forma igualitaria sin perjuicio de los resultados que profundizan la desigualdad.

Los plazos procedimentales son cumplidos por las partes pero no por el juez.

Las decisiones no se cumplen o tienen diverso grado de cumplimiento de acuerdo a quién es el justiciable.

Los jueces de algunas provincias parecen enculturados con las vocaciones regionales de vivir de la producción de la zona, con lo cual son remisos a ocuparse seriamente de hacer recaer la justicia en casos vinculados con las empresas del sector: como las mineras, las agropecuarias, las petroleras, las pesqueras.

Los ambientalistas sabemos de esta negación judicial práctica de hacer cumplir las leyes protectoras del ambiente y los recursos naturales o recomponer el ambiente dañado.

La generalización del uso de las medidas cautelares

Von Ihering⁴ se preguntaba: ¿Por qué se juzga conveniente dictar reglas de procedimiento, si el propio interés de las partes es buscar la verdad por el camino más seguro? El iusfilósofo concluía que administración de justicia y orden en los debates judiciales son sinónimos. La libertad en los debates, en cambio, equivale a la libertad del juez para la arbitrariedad, a favorecer las partes en su deseo de acomodar la verdad a su interés particular. Este conocedor de la historia global del derecho nos dice que no ha existido ejemplo de pueblos que no hayan tenido procedimientos establecidos.

Pero sucede que, como consecuencia de la lentitud de los procesos, cuyo trámite entero se puede contar en años, se han establecido medidas que vienen a subsanar este defecto judicial. Efectivamente, la medida cautelar está vinculada a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los partes frente a la lentitud del proceso judicial. Esa urgencia conlleva el peligro de que la demora del proceso frustre la protección del derecho que el ciudadano ha encomendado a la justicia.

Por lo tanto si la causa de la existencia de la medida cautelar es la lentitud del proceso judicial, la manera de evitar que estas medidas, que la ley llama *pretensiones* cautelares, se utilicen de mala manera, es atacar la causa primera, que es revisar, analizar y modificar el sistema judicial en su conjunto y el proceso judicial en particular, para hacer razonables los plazos del proceso y terminar con la lentitud y deformidad en el uso de estas medidas por parte de los jueces.

⁴ Von Ihering Rudolph. "El espíritu del Derecho Romano". Ediciones revista de Occidente. 1947. Pag 56

Que la Administración Nacional se cree este *escudo legal* usando al Congreso Nacional, con una irregular e inadecuada interferencia de la Corte Suprema de Justicia⁵ nos muestra las cortas miradas de sus impulsores. La utilización de un diagnóstico acertado sobre la mala realidad del Poder Judicial en relación a la aplicación concreta del valor justicia en los justiciables, para terminar concretando en esta ley un resguardo institucional y personal de sí mismos, (El escudo legal es para la administración y sus funcionarios) no es inconstitucional, pero es mezquino, ahistórico en cuanto a la responsabilidad del Estado. Resulta a todas luces carente de mérito, inoportuno e inconveniente frente una sociedad que solo ve cercenadas sus posibilidades reales de mejorar la calidad en la aplicación de la justicia.

Lamentablemente es otra oportunidad perdida⁶ de mejorar la calidad de avanzar en el cumplimiento efectivo del valor justicia por parte del Poder Judicial.

El Poder Ejecutivo actuó en defensa de sí mismo y utilizó al Poder Legislativo para que sancionara una ley de autodefensa. No es que sea una sorpresa: Gordillo, un estudioso del derecho administrativo argentino, ha sostenido que: “Se parte del poder, se lo enuncia a nivel de principio, inconscientemente en algún caso se llega al punto máximo y se lo idolatra. Es un punto de partida demasiado grave en un país con tradición autoritaria como el nuestro, que ha vivido bajo gobiernos de facto y poderes de facto, teorías de facto, construcciones sobre el derecho de la necesidad del Estado, legislación delegada, superpoderes delegados, reglamentos estatales de necesidad y urgencia, decretos leyes de gobiernos de facto que todos llaman y tratan como si fueran leyes, como si la diferencia ya se hubiera perdido en la memoria colectiva.”

Los registros de la Historia

Hay hechos menores, que en la cotidianeidad podríamos denominar anécdotas, que a veces son generadores de actos mayores que registra la

⁵ El envío de una nota de ningún valor jurídico y por lo tanto inadecuado a la función que le compete, del Presidente de la Corte Suprema de Justicia al Ejecutivo y la posterior justificación del resto de los miembros en una papel que no alcanza a tener sino el valor de una nota de prensa, o para la prensa, nos muestra la jerarquía institucional de la República, el bajo nivel y la pérdida de horizonte en la actuación de los máximos representantes de nuestras más preciadas instituciones.

⁶ Decimos otra oportunidad perdida en referencia al amputamiento que hizo el PEN al anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado respecto de la materia ambiental.

historia. El Proyecto de Ley no excluía la materia ambiental, lo cual la enviaba directo a su declaración de inconstitucionalidad. Percatados de que había materias en las que la misma Constitución Nacional pone por encima del interés de la Administración Nacional, (interés que no hay que confundir con la utilidad nacional ni el interés público), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) propuso a los legisladores impulsores del proyecto, realizar agregados incluyendo estas materias, en las que no se mencionaba aquellas de naturaleza ambiental. Enterados del proyecto y leído que fue en el seno de la Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas se evidenció que la ley colisionaba con los artículos de fondo y de forma establecidos por la Constitución Nacional referentes a la materia ambiental, además de quitar una herramienta jurídica muy importante en el derecho ambiental, como las medidas cautelares. Frente a la inminencia e inevitabilidad de la sanción, se redactaron de emergencia las modificaciones que deberían hacerse al articulado de la ley para excluir del escudo legal de la Administración Nacional, las medidas cautelares referidas a la materia ambiental. El presidente de la entidad, Enrique Viale se comunicó con el Senador Filmus y con los representantes del CELS, que al momento estaban participando en la modificación de la ley. Estos comprendieron que si no excluían la materia ambiental la ley se convertía en inconstitucional. Así se logró incorporar la exclusión de la protección ambiental del escudo legal. Nótese en el artículo 2 inciso 2 primer párrafo in fine de la Ley finalmente sancionada, que en vez de seguir la enumeración de los derechos sobre los que tendrá eficacia la medida cautelar se agregó, se podría decir con deplorable redacción, la frase: “También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.”

El debido proceso judicial

Las medidas cautelares forman parte del llamado derecho de forma, plasmado fundamentalmente en los códigos procesales, y leyes especiales, que de acuerdo a la Constitución Nacional han quedado dentro de los poderes no delegados a la Nación por las Provincias, según reza su Artículo 121. Sin embargo los constituyentes del 53-60 dieron al proceso judicial una importancia extrema al punto de establecer que *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.*

La ubicación de este artículo entre las garantías constitucionales, se debe a que el debido proceso era en el contexto socio-político en el que sancionó la Ley Fundamental, resultaba esencial frente al atropello del poder del Estado frente a los individuos. La historia anterior a la sanción de la constitución mostraba que la justicia en la Colonia como telaraña donde pasan los grandes y solo quedan atrapados los chicos. Y luego en las guerras civiles de las décadas del veinte, treinta y cuarenta del siglo XIX donde ninguna de las partes de la contienda facciosa y fratricida respetaba patrimonio, libertad ni vidas humanas. La fuente de este artículo es de las Bases de Alberdi, quién las colocó en un capítulo referido al "Derecho público argentino" bajo la denominación de *Seguridad*. Decía el artículo 19 de su proyecto de constitución: *Nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales, ni sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la*

causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. No es eficaz la orden de arresto que no emane de autoridad revestida del poder de arrestar y se apoye en una ley.

El derecho de defensa judicial es inviolable.

Afianzado el resultado civil de un pleito, no puede ser preso el que no es responsable de pena aflictiva. El tormento y los castigos horribles quedan abolidos para siempre y en todas circunstancias. Quedan prohibidos los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego. Las cárceles húmedas, oscuras y mortíferas deben ser destruidas. La infamia del condenado no pasa a su familia. La casa de todo hombre es inviolable. Son inviolables la correspondencia epistolar, el secreto de los papeles privados y los libros de comercio.

Como puede observarse, el fundamento de este artículo es el resguardo de los derechos individuales frente al poder del Estado. Estos mandatos son reglas procesales, cuya importancia capital hizo que tanto el inspirador de la Constitución como los constituyentes le dieran rango constitucional. Su importancia era tal para Alberdi que en el artículo posterior a este colocó el que dice: *Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia*⁷.

Alberdi creyó necesario, además de consagrar las garantías, de advertir en la misma constitución que el Congreso al reglamentarlas no las desvirtúe de manera que no se efectivicen en la práctica.

Asimismo tanto los Constituyentes del 94 al incorporar los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución, como el legislador en los artículos 27 a 34 al sancionar la Ley general del Ambiente, dejaron plasmado en el letra de las normas la íntima vinculación entre el derecho de fondo y el procedimental, al imponer normas de forma.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

⁷ Bases y Puntos de Partida para la Organización de la República Argentina. Edición de Francisco Cruz. 1914. Pág 265 y 266.

En cumplimiento de la manda judicial del artículo 18 de la Constitución Nacional se sanciona en 1880 y posteriormente en 1967, mediante decreto-ley, el CPCCN. El eje central del proceso establecido en este texto jurídico es el del juicio común, herencia del *Solemnis ordo iudicarium* que se remonta a la Edad Media. Este juicio, que el código denomina *ordinario* y sobre el que se estructuran los demás procesos, fue la consecuencia de un progresivo avance en la unificación en un proceso común, de las múltiples causas judiciales, que anteriormente se sustanciaban según los ordenamientos municipales o estatutarios, que tenía reglas especiales y extraordinarias. Es decir que la experiencia de Siglos desde el derecho romano a la sanción del código fue evitar la especialidad, la disgregación y el carácter extraordinario de los procesos para unificarlos en uno que garantice los derechos de los ciudadanos.

No parece adecuado a la aplicación de la justicia real, pues, que la administración escape a las reglas procesales judiciales, mediante un sistema procedimental especial y extraordinario.

Las medidas cautelares contra la administración

El procesalista Lino Palacio⁸ dice que la medida acautelar es la que “tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”

Fundamentado en la prevalencia del interés público sobre el interés individual, en el principio de legalidad del Estado y en el la presunción de legitimidad de los actos administrativos y el principio *fiscus semper solvens*, esto es, de solvencia estatal, el derecho argentino no aceptó por mucho tiempo la procedencia de las medidas cautelares contra el Estado.

Ezequiel Cassagene, siguiendo lo que parece constituir la opinión de la doctrina mayoritaria afirma que el derecho procesal administrativo, “frente a las situaciones cotidianas que demostraban la necesidad de las personas de contar con una satisfacción inmediata de sus derechos conculcados por el

⁸ Palacio, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 14° ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, ps. 773-774

Estado (en virtud de actos administrativos, reglamentos, leyes, omisiones y hechos), comenzó a consagrar la procedencia de las medidas cautelares en éste ámbito, utilizando por *analogía* los preceptos del código procesal civil y comercial de la Nación”. La doctrina de la utilización del CPCCN por analogía no parece ser correcta a partir del año 2001. En ese año la ley 25 453 presupone su aplicación directa ya que impone una restricción a la aplicación de las medidas cautelares por los jueces “que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”. Nos es casual que esta ley haya sido ideada e impulsada por el ex funcionario del Banco Central del dictador Videla, ex superministro de economía de la gestión Menem y entonces ministro de Economía de la gestión De la Rúa, en el marco de un ley impositiva.⁹

La sanción de la ley 26.854 despeja estas dudas, dejando claro en su artículo 1 que en lo referente a las medidas cautelares, que denomina *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 nueva ley. En su artículo 18 y dando certidumbre en cuanto a la aplicabilidad del código del que hablamos, establece la ley que serán de aplicación al trámite de las medidas cautelares contra el Estado nacional o sus entes descentralizados, o a las solicitadas por éstos, en cuanto no sean incompatibles con las prescripciones de la presente ley, las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Medidas cautelares dictadas por Juez incompetente

En su artículo 2 punto 1 la nueva Ley reitera el mandato general del artículo 196 del CPCCN, estableciendo que al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia, si no lo hubiere hecho antes. Repite su letra y el espíritu del Código al decir que los jueces *deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia.*

⁹ Hablamos de D.F. Cavallo. Previendo que sus medidas iban a generar una lluvia de demandas contra el Estado y conocedor de los tiempos judiciales, se aseguró con esta ley, que no la afectarían las medidas cautelares.

El mismo artículo 196 abrió una ventana de excepcionalidad permitiendo que la medida ordenada por un juez incompetente sea válida *siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero sin prorrogar su competencia*. Una defectuosa interpretación de los jueces hizo de práctica que los mismos decreten la medida cautelar y luego giren las actuaciones al juez que consideran competente. Esta práctica contraría el mandato general y el espíritu del artículo. Esto ahora, con la nueva Ley, no es posible, entendiendo que se refiere a las medidas cautelares decretadas contra el Estado Nacional y Entes descentralizados.

Sin embargo la nueva Ley abre la excepcionalidad para determinadas materias en el punto 2 del artículo 2 cuando establece que *la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental*.

En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días.

Idoneidad del objeto de la pretensión cautelar

La jurisprudencia había introducido el concepto de falta de identidad entre el objeto de la pretensión cautelar y la acción de fondo, en la sentencia de segunda instancia de la causa “Camacho Acosta”, por el cual la identidad del objeto de la pretensión cautelar debe ser distinta al de la pretensión que será objeto de la sentencia que se dicte en el proceso principal. La finalidad de este principio es evitar que el Juez al momento de resolver la cautelar prejuzgue sobre el contenido de la sentencia definitiva que tendrá luego que dictar. La realidad tribunalicia es que ciertos litigantes, para superar este obstáculo,

elaboran pretensiones principales distintas, sobre las que carecen de interés, con tal de obtener la tutela cautelar.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación encausó luego este criterio, al revocar la sentencia de cámara en “Camacho Acosta”, sosteniendo que “la alzada no podía desatenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzamiento, pues en ciertas ocasiones – como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (...) 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 difícil o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva”.¹⁰

Como detalle nótese que el Código Procesal de la Ciudad de Buenos Aires, respetando la tutela judicial efectiva, admite la procedencia de las medidas cautelares “aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida”.

Presupuestos para la procedencia

Los presupuestos necesarios para que el juez otorgue una medida cautelar son la verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*).

El término *fumus boni iuris* significa “humo de buen derecho”. Este presupuesto requiere que para la concesión de las medidas cautelares baste la apariencia del derecho que le asiste al peticionante de la medida cautelar, a cuyo efecto el procedimiento es meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide la tutela. Hay que hacer notar que la medida cautelar no declara la certeza del derecho sino la *verosimilitud* del mismo. Como en el

¹⁰ “Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros”, Fallos, 320:1633 (1997).

CPCCN el procedimiento es en inaudita parte el juez no puede conocer con certeza el derecho. Los argumentos y pruebas aportadas por quién solicita la medida deben tener una consistencia que permitan al juez valorar la existencia de un razonable orden de probabilidades de que le asista razón en el derecho solicitado.

Peligro en la demora (periculum in mora)

Otro presupuesto necesario es el peligro en la demora en que se dictará la sentencia definitiva, de manera que en el lapso del comienzo del juicio hasta la sentencia se produjeran perjuicios irreparables. Lo cual es la negación de la aplicación del derecho y de la concreción del valor justicia.

Como sostuvimos en el comienzo, y reiteramos aquí para no naturalizar la práctica en la interpretación errónea del instituto cautelar, es la lentitud del proceso llevado a delante en la realidad fáctica por los jueces, lo que origina la existencia de las pretensiones cautelares. Sobre esta deficiencia del sistema judicial se ha generalizado la práctica generalizada errónea de aplicar las medidas cautelares. Una mala práctica sobre otra mala práctica, que debería llamar a la reflexión de juristas, legisladores y de aquellos que están en condiciones de cambiar la realidad a favor de una mejor aplicación de la justicia en la sociedad nacional.

El CPCCN en el artículo 230 prescribe que podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, *siempre que existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible*. Mientras que en el artículo 232 establece que *quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia*.

La nueva Ley establece que *1. Previa, simultáneamente o con posterioridad a la interposición de la demanda se podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que de acuerdo a las reglas establecidas en la presente resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso.*

2. La pretensión cautelar indicará de manera clara y precisa el perjuicio que se procura evitar; la actuación u omisión estatal que lo produce; el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar; el tipo de medida que se pide; y el cumplimiento de los requisitos que correspondan, en particular, a la medida requerida.

3. El juez o tribunal, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intentare proteger y el perjuicio que se procura evitar.

4. Las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal.

Informe previo. Fin de la inaudita parte

Uno de los caracteres que tenía el procedimiento del dictado de la medida cautelar era el de ser inaudita parte. El artículo 198 del CPCCN establece que *las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.* El juez dicta las medidas cautelares valorando los hechos y el derecho que presenta el peticionante, sin intervención de la otra parte o terceros que puedan llegar a verse afectados por el otorgamiento de tal medida, difiriéndose la sustanciación con el afectado de las mismas para el momento en que la misma se encuentre producida.

El objetivo de la prescindencia de la intervención de otra parte distinta del peticionante se justifica para preservar en forma urgente el derecho de la parte.

La nueva Ley pon fin, en cuanto sea la Administración la parte afectada por la medida cautelar, a la inaudita parte, obligando al juez previo a resolver, a *requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5)*

días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud.

Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes.

*Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una **medida interina**, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción.*

Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar una vista previa al Ministerio Público.

Como se ve, en este artículo de la nueva Ley el cambio respecto del CPCCN es profundo, ya que inicia un procedimiento nuevo al permitir al Administración realizar un informe previo y ser la propia administración quién se expida sobre la admisibilidad y procedencia de la medida solicitada. Permitiendo al juez una medida llamada interina que se agota en el momento de que se presenta el informe o al vencimiento del plazo. Entendemos que el juez, aún cuando la Administración informe que no es admisible y procedente la medida cautelar, puede decretarla igual si se dan los presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, siendo tal vez ahora más engorroso, toda vez que no podrá dejar de atender y negar los motivos esgrimidos por la Administración en su informe, con el debido cuidado de no prejuzgar sobre el fondo de la cuestión.

Loa plazos para el informe previo se acortan para los casos de procesos especiales, sumarísimos y amparo, y no es obligatorio para los casos del inciso 2 del Artículo 2. La redacción del inciso 3 del artículo 4 al decir que en estos casos *podrán* tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada, deja abierta la posibilidad de que el juez, sí los pida.

Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado

A contrario de lo establecido en el artículo 202 del CPCCN que establece que las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron y que en cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento, la nueva ley obliga al juez a establecer un *límite razonable para vigencia de la medida cautelar, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses. En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres (3) meses.*

Se exceptúa la fijación de un plazo cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2.

Al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable.

Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida.

De este artículo surge que el plazo máximo de una medida cautelar contra la Administración Nacional, salvo los casos expresamente exceptuados, es de un año. Se agrega el supuesto de que sea la administración quién tarde más de un año en notificar el acto administrativo que agota la vía, con lo cual el plazo anual se extiende. Así lo establece el párrafo que dice:

Si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8° segundo párrafo.

El artículo 6 de la nueva Ley agrega, estimamos que innecesariamente, que las medidas cautelares subsistirán mientras dure su plazo de vigencia.

Agregado que solo es una ratificación de su diferencia con el artículo 202 del CPCCN, para repetir el mandato del Código que en cualquier momento en que

las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento.

Respecto de la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar, no hay novedades, salvo una mejor terminología y el acortamiento del plazo a tres días en el caso de juicios sumarísimos y de amparo.

Caducidad de las medidas cautelares.

La nueva Ley modifica la reciente modificación del artículo 207 del CPCCN, realizada mediante la Ley 26.589 del año 2010.

Los nuevos plazos de caducidad quedan ahora establecidos de la siguiente manera: *1. Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba.*

Cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa.

2. Las costas y los daños y perjuicios causados en el supuesto previsto en el primer párrafo del inciso 1 del presente, serán a cargo de quien hubiese solicitado y obtenido la medida caduca, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción de la demanda; una vez iniciada la demanda, podrá requerirse nuevamente si concurrieren los requisitos para su procedencia.

Afectación de los recursos y bienes del Estado.

Siguiendo en redacción, puntos y comas, los legisladores repiten el texto ideado e impulsado por Domingo Felipe Cavallo para protegerse contra las posibles medidas cautelares que la sanción del “impuesto al cheque” establecido en la ley 25.453 del 2001. Esta norma es una de las leyes que sumarían al conjunto de causas que meses más tarde, en diciembre de ese

mismo año, condujeran al estallido social, político, económico e institucional que enluta a la República con costos de vidas humanas. Dice el artículo 9 de la nueva Ley: *Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que 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.*

Contracautela.

Con el sistema de contracautela implementada por CPCCN los jueces han generalizado una práctica perniciosa, al otorgar medidas cautelares bajo caución juratoria cuando el peticionante tiene capacidad de afrontar una caución real. Como describe Cassagne Ezequiel, “esta modalidad ha sido abusada en múltiples situaciones que han generado enormes daños patrimoniales, desvirtuando el instituto cautelar”.

Esta opinión es compartida por el legislador, quién ha establecido en la nueva Ley que: 1. *Las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas 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.* 2. *La caución juratoria sólo será admisible cuando el objeto de la pretensión concierna a la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2.* Asimismo no se exige contracautela en el caso de que quién obtuvo la medida fuere el Estado nacional o una entidad descentralizada del Estado nacional, o actuare con beneficio de litigar sin gastos.

En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que la fijada es insuficiente. El juez resolverá previo traslado a la otra parte.

Suspensión de los efectos de un acto estatal.

Antes de la sanción de la nueva ley existía una discusión en la doctrina y contradicciones en la jurisprudencia acerca de la suspensión cautelar de los efectos de los actos administrativos.

Uno de los temas estaba, y lo ponemos en tiempo pasado porque la polémica la terminó la nueva Ley, en la necesidad o no de solicitar la suspensión del acto en sede administrativa en forma previa a la petición en sede judicial, sea que se pretenda el remedio precautorio jurisdiccional por medio de una medida cautelar autónoma o en virtud de un requerimiento cautelar incorporado a un proceso principal.

Las posiciones doctrinarias tenían de un lado a Cassagne, Aberastury, Gambier y Zubiar¹¹ para quienes esta exigencia configura un requisito inútil, debido a que la administración nunca resuelve suspender un acto. Para esta corriente la exigencia desfigura el principio de defensa en juicio y el de la tutela judicial efectiva, en la medida que prolonga y condiciona innecesariamente la iniciación del proceso cautelar.

Otro tema en debate era si los jueces debían aplicar los presupuestos de admisibilidad regulados en el ordenamiento procedimental administrativo, o utilizar en forma analógica las normas procesales civiles y comerciales antes referidas. En este sentido Barra y Hutchinson,¹² sostienen que para valorar la admisibilidad de las peticiones precautorias que requieren la suspensión de los efectos de los actos administrativos, los jueces deben aplicar los requisitos del artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, que regula la suspensión del acto administrativo en sede administrativa. Los presupuestos que se deberían seguir, según Barra y acompañantes son: a) cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta; b) razones de interés público y; c) que se dicte para evitar perjuicios graves al interesado.

Al respecto, cabe advertir que para la procedencia de la suspensión en sede administrativa basta que se configure uno solo de estos requisitos. Aquí

¹¹ CASSAGNE Juan Carlos, *Fragmentos de Derecho Administrativo. Entre la justicia, la economía y la política*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 149; ABERASTURY Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, en prensa; GAMBIER, Beltrán - ZUBIAUR, Carlos, "Las medidas cautelares contra la administración: fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la Ley 19.549", LL 1993-D, 706.

¹² BARRA, Rodolfo C., "Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración: suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar", ED, 107-419. Ello sin perjuicio de la aplicación supletoria del CPCCN en todo lo atinente a las disposiciones propias del proceso cautelar; HUTCHINSON Tomás, "La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional." ED, 124-679; Ver también, GAMBIER, Beltrán - ZUBIAUR, Carlos, "Las medidas cautelares contra la administración...."

radica la gran diferencia entre ambos regímenes, y este criterio sería trasladado por dicha doctrina al proceso cautelar.

En contra de la aplicación de la LNPA, encontramos a Mairal, Tawil y García Pullés quienes sostienen la aplicación del C.P.C.C.N., entendiendo principalmente que el artículo 12 de la L.N.P.A. se dirige a la propia Administración.

La nueva Ley termina con esta discusión mediante un agravamiento en los requisitos que se acerca a la postura del arquitecto de las privatizaciones del Gobierno del Presidente Menem, Rodolfo Barra. Reza el Artículo 13:

1. La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;

b) La verosimilitud del derecho invocado;

c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto;

d) La no afectación del interés público;

e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

2. 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 de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida.

En este supuesto la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el inciso anterior.

3. 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, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2.

4. La entidad pública demandada podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del acto estatal en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resolverá el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declarará a cargo de la entidad pública solicitante la responsabilidad por los perjuicios que irroque la ejecución, en el supuesto en que se hiciere lugar a la demanda o recurso.

Las medidas positivas.

Las medidas positivas no estaban expresamente normadas en el CPCCN y consisten en que el juez otorgue, sin las dilaciones del procedimiento ordinario, lo que la administración le niega al ciudadano. Se las ha denominado medidas innominadas que los magistrados pueden dictar conforme la autorización genérica que del artículo 232 del Código procedimental, las cuales constituyen herramientas útiles frente a la inactividad de la Administración, o en el supuesto de denegación de derechos, en el caso de que el pedido de no innovar no sirva para proteger precautoriamente el derecho en cuestión.

La nueva Ley establece ahora que :

1. Las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, sólo podrán ser dictadas siempre que se acredite la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos:

- a) *Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada;*
- b) *Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista;*
- c) *Se acredite sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;*
- d) *No afectación de un interés público;*
- e) *Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.*

2. Estos requisitos regirán para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley

Medida de no innovar

La primera medida cautelar nacida en el tiempo y que constituye la clásica medida en el proceso contencioso administrativo es la medida de no innovar, por la cual se suspenden los efectos del acto administrativo.

El CPCCN establece esta medida en el artículo 230 exigiendo que se cumplan tres requisitos: Que el derecho fuere verosímil. Que existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible y que la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

La nueva Ley aumenta y agrava los requisitos para su procedencia, requiriendo que: a) *Se acredite sumariamente que la ejecución de la conducta material que motiva la medida, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;* b) *La verosimilitud del derecho invocado;* c) *La verosimilitud de la ilegitimidad de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal;* d) *La no afectación de un interés público;* e) *Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.*

2. Las medidas de carácter

conservatorio no previstas en esta ley, quedarán sujetas a los requisitos de procedencia previstos en este artículo.

La nueva Ley incorpora los requisitos que son necesarios específicamente para las medidas cautelares solicitadas por el Estado. Ellos son:

- 1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad;*
- 2. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada;*
- 3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.*

Tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos.

Una novedad en cuanto a medidas cautelares se trata es el artículo 17 de la nueva Ley tendiente a asegurar el mantenimiento de los servicios públicos. Superando los obstáculos que ya había tenido el Jefe de Gobierno de la Ciudad respecto de este tema en la Legislatura, los legisladores nacionales agregaron el actual párrafo final, que no figuraba en el proyecto original.

Dice la norma en su artículo 17 que :

Cuando de manera actual o inminente se produzcan actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpan o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos, el Estado nacional o sus entidades descentralizadas que tengan a cargo la supervisión, fiscalización o concesión de tales servicios o actividades, estarán legitimados para requerir previa, simultánea o posteriormente a la postulación de la pretensión procesal principal, todo tipo de medidas cautelares tendientes a asegurar el objeto del proceso en orden a garantizar la prestación de tales servicios, la ejecución de dichas actividades o la integridad o destino de los bienes de que se trate.

Lo expuesto precedentemente no será de aplicación cuando se trate de conflictos laborales, los cuales se regirán por las leyes vigentes en la materia, conforme los procedimientos a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su carácter de autoridad de aplicación.

Amparo

La nueva Ley no es de aplicación en los procesos de amparo, que se rigen por la ley 16.986, salvo respecto de lo establecido en los artículos 4° inciso 2, 5°, 7° y 20 de la Ley.

Cuestiones de competencia .Inhibitoria.

Finalmente la nueva Ley establece que la vía de la inhibitoria además del supuesto previsto en el artículo 8° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, procederá también para la promoción de cuestiones de competencia entre jueces de una misma circunscripción judicial, en todas las causas en que el Estado nacional, o alguno de sus entes, sean parte.

Todo conflicto de competencia planteado entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de otro fuero, será resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo Federal; mientras que cuando el conflicto de competencia se suscitare entre la Cámara Contencioso Administrativo y un juez o Cámara de otro fuero, el conflicto será resuelto por la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal.

© 2013 por Luis Cavalli. Esta obra está licenciada bajo la Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 Unported. Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>.