

Título: Los Proyectos de Ley de Modificación del Régimen de Medidas Cautelares contra la Administración: reflexiones críticas

Autor: Ratti Mendaña, Florencia Soledad

Publicado en: DJ27/02/2013, 95

Cita Online: AR/DOC/209/2013

Sumario: I. Planteo. — II. Los proyectos. — III. La bilateralidad o contradicción previa al dictado de la medida. — IV. Requisitos para el dictado de la medida. la ponderación del interés público involucrado. — V. Conclusión.

I. Planteo

El tema que nos proponemos abordar en el presente trabajo ha sido reciente objeto de una intrincada disputa que, lejos de limitarse estrictamente al plano jurídico, lleva detrás diversos intereses de tinte político.

Como es sabido, la institución de las medidas cautelares posee en el mundo jurídico una elevada jerarquía, no solo en cuanto remedio prematuro destinado a garantizar la efectividad de un accionar jurisdiccional posterior, sino también, como sostiene Gozaíni (1) para hacer frente a situaciones en las que resulta necesario cubrir necesidades inmediatas. En efecto, esta especie de tutela judicial anticipada tiende a evitar que el tiempo que conlleva la sustanciación de un proceso pueda desembocar en una sentencia inútil, en tanto tardía.

En nuestro sistema judicial, los tiempos de los tribunales dejan en evidencia la principal razón por la cual estas medidas han adquirido semejante entidad. Específicamente, en el contencioso administrativo, las medidas cautelares contra la Administración constituyen una de las herramientas fundamentales que el particular acredita en su haber. Adviértase que si en una relación de igualdad como la existente entre dos o más particulares, un sujeto se encuentra asiduamente expuesto a daños irreparables, dignos de instar urgentemente el dictado judicial de una medida determinada, mucho más expuesto a tales perjuicios estará el administrado (y mucha más potencialidad de daño tendrán aquellos) en la relación de subordinación que lo une con la Administración, habida cuenta de las prerrogativas que esta posee (dentro de las cuales se enlistan la presunción de legitimidad y la fuerza ejecutoria del acto administrativo).

La posibilidad de obtener una medida cautelar aparece, en este marco, como una barrera valiosísima frente al actuar estatal; una genuina garantía de los derechos fundamentales que impide que su protección se torne ilusoria durante el tiempo en que la justicia demora en llegar. De allí, la importancia de esta institución, no solo desde la perspectiva procesal, sino también en el plano constitucional.

Si al escenario descrito se le adiciona la inexistencia de un código procesal regulatorio del cauce contencioso administrativo nacional, los proyectos de reforma al régimen de medidas cautelares del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación —para los casos específicos en que aquéllas se solicitan frente a la actividad de la Administración— se presentan como un oasis dentro del desierto legislativo; oasis que pretende adecuar las normas existentes a las particularidades de las controversias administrativas.

En el presente trabajo nos proponemos estudiar, desde el prisma constitucional, los diversos proyectos de ley sobre medidas cautelares contra la Administración que han recibido tratamiento en el Congreso Nacional.

Para ello, i) realizaremos una sintética comparación entre ellos, la cual nos llevará a examinar con detenimiento algunas cuestiones que despiertan controversia en el mundo jurídico, en especial la intervención obligatoria de la Administración antes del dictado de la medida. Asimismo, ii) desarrollaremos brevemente los nuevos requisitos exigidos para la procedencia de la misma.

Cabe aclarar que existen en estos proyectos otras cuestiones dignas de un pormenorizado análisis, tales como la regulación específica de las medidas solicitadas por funcionarios públicos, o la modificación del régimen de medidas cautelares en el proceso de amparo, mas, en honor a la brevedad, no nos extenderemos sobre ellas en el presente trabajo.

II. Los proyectos (2)

En 2008, bajo el Expediente N° 4715-D-2008, el diputado Juan Mario Pais presentó un proyecto tendiente a reformar el régimen de medidas cautelares frente a la Administración (3), el cual obtuvo media sanción en Diputados —donde recibió algunas modificaciones— y pasó luego al estudio del Senado. Este proyecto fue intensamente cuestionado por diversos sectores de la comunidad jurídica (4), en tanto —se argumentaba— lindaba con la inconstitucionalidad en varios aspectos. En la actualidad, ya ha perdido estado parlamentario.

Recientemente, un nuevo proyecto ha sido sometido a estudio de la Honorable Cámara de Diputados, caratulado como Expediente 1176-D-2012 (5). El mismo ha sido girado a las Comisiones de Justicia y de Asuntos Constitucionales de la Cámara, donde actualmente se encuentra en estudio.

Si bien esta nueva iniciativa no deja de ser controvertida, huelga reconocer que prima facie el proyecto se ha perfeccionado respecto del texto anterior, incorporando diversos aportes realizados por estudiosos del Derecho. Sin perjuicio de ello, la constitucionalidad de las reformas que propone no deja de ser dudosa. Veamos.

III. La bilateralidad o contradicción previa al dictado de la medida

Un denominador común entre ambos proyectos, y quizás la modificación más relevante que pretende incorporarse al régimen cautelar contra la Administración, es la intervención de la autoridad administrativa con anterioridad al dictado de la medida. Sin embargo, tal como seguidamente desarrollaremos, la modalidad en que esta intervención tiene lugar difiere sustancialmente entre un proyecto y otro.

I. Expediente 4715-D-2008

El primogénito preveía la incorporación al Código de rito del artículo 206 bis, con la siguiente redacción:

"Los jueces no podrán disponer ninguna medida precautoria que afecte, dificulte, obstaculice, comprometa o distraiga de su destino los recursos propios del Estado, sus entes descentralizados o autárquicos, empresas o sociedades de propiedad del Estado nacional. En todos los demás casos, previo a la adopción de una medida precautoria, el Juez dará vista de la petición a la administración demandada por el plazo de tres días, vencido el cual resolverá la solicitud."

II. Expediente 1176-D-2012

Entretanto, el nuevo proyecto hace lo suyo a través del artículo 208 bis:

"En las medidas cautelares interpuestas contra cualquiera de los entes u órganos del art. 8° de la Ley 24.156, el juez actuante deberá citar a las partes y a posibles terceros afectados, con habilitación de días y horas hábiles, a una audiencia en forma previa y urgente a la resolución de la medida cautelar solicitada. La audiencia deberá ser tomada por el juez en persona dentro del plazo máximo de setenta y dos horas de su solicitud.

III. Comparación

Rápidamente pueden vislumbrarse las diferencias entre uno y otro. Si bien ambos echan por tierra el carácter de inaudita parte de las medidas cautelares, modificando sustancialmente el régimen vigente, la participación de la contraparte pública mediante el otorgamiento de vista o la celebración de audiencia —respectivamente— presenta múltiples diferencias.

En primer lugar, el otorgamiento de una vista conlleva, por razones lógicas, un tiempo considerablemente mayor a los tres días (plazo previsto en el proyecto), requiriéndose cuanto menos: i) una primera providencia del juez que la ordene; ii) la elaboración y confronte de la cédula o el oficio mediante el cual se corra el traslado o la notificación de oficio que lleve a cabo el juzgado; iii) el diligenciamiento de la notificación y recién entonces, iv) el transcurso de los tres días (6). Finalmente, habrá que esperar a que el juez resuelva.

Desde esta atalaya, la previsión del nuevo proyecto parece, en principio, más respetuosa del derecho del peticionante, por cuanto garantiza la celebración de la audiencia en el plazo de 72 horas a partir del requerimiento de la medida (7). Así las cosas, si bien su derecho se ve postergado, los plazos son considerablemente menores en relación al proyecto anterior.

Por lo demás, el propio texto prevé ciertos casos particulares en los que podrá prescindirse de la audiencia, cuestión que será abordada infra.

Sea como fuere, es indudable que el denominador común de ambos proyectos es la desnaturalización de la institución de la medida cautelar tal y como la conocemos, cuanto menos en su aspecto de inaudita parte. Sentado ello, corresponde que nos detengamos a examinar con precisión la justicia de la modificación pretendida.

IV. La justa armonización de los derechos a la luz de la provisionalidad de las medidas cautelares y de la tutela judicial efectiva

En el universo jurídico, constantemente se presentan conflictos de derechos que requieren ser armonizados. Esto último se torna, por lo general, más difícil cuando el equilibrio debe establecerse entre el interés público y el interés particular.

En la cuestión sub examine, nos hallamos frente a un supuesto antagonismo no solo entre el derecho individual y el interés público o bien común (8), sino también —y quizás este sea el enfrentamiento más importante en esta etapa cautelar— entre el derecho a la tutela judicial efectiva o al debido proceso que posee el particular, y el derecho de defensa, juicio equitativo o derecho a la contradicción a favor de la Administración. El desafío consiste en armonizarlos.

Ahora bien, la solución que estos proyectos brindan parece inclinar la balanza a favor del interés público.

Tal es, al menos, el principio general receptado en sus textos. Cabe preguntarnos, entonces, si la solución justa consiste en imponer como principio la postergación del derecho del particular a los efectos de la realización de una audiencia de contradicción.

A tal fin, resultará útil analizar la conveniencia de tal modificación a la luz del carácter provisional que posee la medida cautelar en nuestra legislación. Sabido es que, en nuestro ordenamiento jurídico, "las medidas precautorias crean un estado jurídico provisional, susceptible de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio en tanto y en cuanto hayan variado los presupuestos determinantes de su traba, o se hayan aportado nuevos elementos de juicio que señalen la improcedencia de su mantenimiento. [9](#)"

Esta provisionalidad intrínseca de la medida cautelar se manifiesta sustancialmente en dos aspectos:

i) En primer lugar, a través de la posibilidad de apelarlas inmediatamente luego de su traba, lo cual permite resguardar eficazmente el interés público comprometido, en caso de que el juez de primera instancia no lo hubiera cotejado adecuadamente. En este sentido, se ha dicho que "[l]a limitación del derecho a ser oído, que no es ejercido sino con posterioridad al despacho de la medida cautelar, se equilibra con la seguridad de que intervendrán dos tribunales, estableciendo un doble control en el juzgamiento del mismo asunto [10](#)".

Incluso, en algunos casos, se ha habilitado la instancia suprema en el entendimiento de que "el recurso extraordinario resulta procedente pues si bien las resoluciones que ordenan, modifican, levantan medidas cautelares, no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos que exige el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 310:681; 313:116; 327:5068; 329:440; entre muchos otros), dicho principio no es absoluto, ya que cede cuando aquellas causen un agravio que, por su magnitud, circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior [11](#)".

ii) En segundo lugar (y en ello consiste la provisionalidad en sentido estricto) la medida podrá ser revisada en cualquier momento del proceso y cuantas veces sea necesario, existiendo así la posibilidad constante de solicitar su levantamiento frente a un cambio de circunstancias o la incorporación de un nuevo elemento de juicio, lo que permite afirmar que el resguardo del interés público comprometido se proyecta a lo largo de todo el proceso.

Así pues, la provisionalidad de las medidas parece lograr, en la gran mayoría de los casos, la armonía entre el interés público que la medida puede conculcar y el derecho del particular a obtener una sentencia eficaz que resguarde su derecho [12](#). En todo caso, deberá coaccionarse al beneficiario de la medida para que notifique a la contraparte sin dilación, habilitándola de tal modo a ejercer prontamente su derecho de recurrirla.

Sentado ello, reflexionaremos entonces acerca de aquella "tendencia moderna" a la que el nuevo proyecto se refiere como paradigma de la modificación propuesta. En efecto, en él se hace alusión a los ordenamientos francés y español.

Sin embargo, si analizamos la esencia de las medidas cautelares en aquellos ordenamientos, no podemos menos que admitir que la institución difiere considerablemente con la nuestra. Ello es lo que sucede con claridad, cuanto menos, en el ordenamiento español. Veamos.

La Ley 29/1998 establece que "El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, que ordenará el Secretario judicial por plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes..." (art. 131 [13](#)). Mas, por otro lado, preceptúa que "1. Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado. 2. No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar." (art. 132). Agrego el subrayado.

En igual sentido, el Código de la Justicia Administrativa francés, prevé en el art. L.521-4 que las medidas ordenadas podrán ser modificadas solo cuando existiera un elemento nuevo.

En suma, vemos cómo el carácter de la provisionalidad de la cautelar se atenúa en los ordenamientos foráneos en los que el proyecto pretende inspirarse. En cambio, en el nuestro, la provisionalidad de las medidas cautelares se despliega con amplitud, de modo que aquellas podrán modificarse no solo si han variado los presupuestos que determinaron su admisión o rechazo, sino incluso siempre que existieran nuevos elementos de juicio que, desconocidos en el momento del pronunciamiento, incidieran en la apreciación de la verosimilitud considerada [14](#).

Ello prueba irrefutablemente por qué en nuestro ordenamiento jurídico el dictado de una medida cautelar

inaudita parte no vulnera el derecho de la contraparte, quedando esta habilitada a cuestionarla en cualquier momento. En cambio, en ordenamientos como el español, en el cual la revisabilidad de las medidas dictadas posee límites considerablemente más estrechos, es dable entender más conveniente otorgar pronta intervención a la parte que podrá resultar perjudicada.

Por ende, creemos que la provisionalidad se presenta como garantía suficiente para el derecho de la Administración y el interés público. Téngase presente que la finalidad del proceso cautelar no es provocar un contradictorio tendiente a anticipar la sentencia definitiva, sino que su esencia reside en la protección efectiva del derecho del peticionante, pues este podría verse seriamente afectado por el transcurso del tiempo.

VI. Excepciones a la regla de la contradicción previa

Sobre el particular, el primer proyecto no preveía excepción alguna al otorgamiento del traslado, en clara contradicción con los derechos fundamentales de los administrados. Ello provocó que, al recibir tratamiento en la Cámara de Diputados, se incorporara una modificación en este sentido, disponiendo que:

"Salvo casos de urgencia debidamente justificados, el juez dará vista de la petición a la administración demandada por el plazo de tres días, vencido el cual resolverá la solicitud." (La bastardilla me pertenece)

Por su parte, el nuevo proyecto prevé que:

"La audiencia en cuestión no será obligatoria en medidas cautelares donde se encuentren en juego cuestiones de vida, de dignidad, de salud e integridad física y mental de las personas, de libertad o seguridad personal y de cuestiones ambientales."

En primer lugar, debe ponerse de resalto que esta enumeración de derechos que convierten la audiencia en optativa resulta cuestionable. A primera vista, decir que "en el resto de los supuestos el peligro en la demora no reviste tal gravedad o entidad" parece una generalización un tanto arbitraria. Ello así, pues puede suceder que a pesar de estar en juego un perjuicio económico o político, sea menester una urgentísima intervención, so riesgo de que la sentencia se torne ilusoria [\(15\)](#). Máxime, si se considera que muchas veces el derecho económico se convierte en móvil o instrumento para el ejercicio de otros derechos (el dinero necesario para un tratamiento médico, el ingreso necesario para la subsistencia).

Por otro lado, cabe preguntarnos si existe alguna jerarquía o rango entre los derechos constitucionales que justificara desigual tratamiento entre unos y otros. De hecho, suele afirmarse que todos los derechos garantizados por nuestra Constitución están en un plano de igualdad y que, por tanto, no cabe realizar una distinción entre ellos [\(16\)](#).

Sin perjuicio de ello, es dable mencionar que la propia Corte Suprema ha efectuado tal distinción entre aquellas medidas cautelares de objeto patrimonial y aquellas de objeto extrapatrimonial, afirmando que: "La protección de los derechos fundamentales está inescindiblemente unida a la tutela oportuna, la cual requiere de procedimientos cautelares urgentes, de medidas conservativas innovativas. Que esta regla requiere ser ponderada en los casos en que se trata de cuestiones de naturaleza patrimonial, en las que no está en cuestión la solvencia porque el Estado es demandado. Cuando se trata de daños reparables (como pueden ser los intereses puramente patrimoniales en demandas contra el Estado) la vigencia de la medida cautelar no puede quedar librada al hiato temporal del proceso cognitivo, cuya excesiva prolongación puede convertirla en los hechos en definitiva [\(17\)](#)" (La bastardilla me pertenece).

Sin embargo, se trata de un supuesto diferente al que analizamos, toda vez que en ese caso, la diferenciación apuntaba a fijar un plazo razonable de duración de la medida, sin alterar el procedimiento para su dictado. De todas formas, vale destacar que esta flexibilización de las medidas cautelares contra la Administración también ha sido objeto de duras críticas [\(18\)](#).

Por otro lado, tampoco será tarea fácil para el juez dilucidar cuándo el caso encuadra en las excepciones previstas por la ley. Piénsese que, dentro de los parámetros de libertad y dignidad enumerados por la reforma, quedará a criterio del juez entender o no comprendidos derechos tales como la libertad de expresión, el derecho a trabajar y ejercer industria lícita que muchas veces se explicitan en intereses patrimoniales.

Por último, cabrá preguntarnos cómo deberá actuar el juez en caso que, pese a la habilitación de días y horas inhábiles, no llegara a producirse la citación de todas las partes a la audiencia, sea por el motivo que fuere. En tal supuesto, habrá que analizar si podría plantearse la nulidad de la medida decretada.

En suma, creemos que la generalización entre categorías de derechos que justificarían la intervención previa del demandado, y otras que no lo harían, es contraria a derecho y constituye un claro ejemplo de lo desaconsejado por prestigiosos juristas de antaño como Francisco Suárez [\(19\)](#), quienes se han manifestado en contra de que el legislador intente prever todas las situaciones posibles, sosteniendo que su labor consiste en

establecer una norma para la generalidad de los casos y dejar que los jueces resuelvan conforme a la equidad.

IV. Requisitos para el dictado de la medida. la ponderación del interés público involucrado

I. Expediente 4715-D-2008

El proyecto del año 2008 preveía, para el artículo 206 ter, la siguiente redacción:

Cuando con la medida precautoria se persiga la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, en orden a la presunción de legitimidad del que gozan los mismos, la medida sólo podrá ser ordenada una vez cumplido el procedimiento establecido en el artículo precedente, y cuando medien las siguientes circunstancias:

a) No se afecte gravemente el interés público;

b) Se acredite sumariamente que la ejecución del acto generaría perjuicios más graves que los que eventualmente genere la suspensión del mismo.

Si se encontrare pendiente la instancia administrativa, el peticionante deberá acreditar haber solicitado la suspensión ante la autoridad administrativa en los términos del artículo 12 del decreto ley 19.549 y que la misma le fue rechazada o que transcurrido un plazo superior de quince días desde que lo peticionó, no se hubiere dictado resolución sobre el particular.

La autoridad administrativa, en cualquier estado del proceso, podrá alegar fundadamente que la suspensión provoca un grave daño al interés público, y en tal caso el juez podrá dejar sin efecto la suspensión, declarando a cargo de aquélla los perjuicios que irroge la ejecución en el supuesto de que se hiciera lugar a la demanda o recurso.

II. Expediente: 1176-D-2012

El artículo 208 quáter del proyecto prescribe:

"Podrá dictarse cualquier tipo de medida cautelar contra los entes y órganos mencionados en el artículo 208 bis, cuando se encuentren configurados los siguientes extremos:

-El incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 230.

-La existencia de un peligro irreparable en la demora.

-La demostración prima facie por parte del solicitante, de la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad del acto o conducta cuestionada.

-La consideración del interés público comprometido, en especial, que el otorgamiento de la medida cautelar no afecte el interés público comprometido ni genere mayores perjuicios que su no otorgamiento.

-El no menoscabo de las atribuciones de los otros poderes del Estado, por el otorgamiento de la medida cautelar."

III. Comparación

En primer lugar, en lo que al Expediente 4715-D-2008 respecta, resulta ilógico exigir al peticionante "la acreditación" de que la ejecución del acto genera más perjuicios que su suspensión.

Corresponde aquí remitirnos a lo oportunamente expresado por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en el sentido de que "lo que debe exigirse al reclamante de la medida es la invocación fundada de que el acto administrativo cuya suspensión demanda es susceptible de provocarle un daño grave y no el balance de intereses que se requiere en la norma proyectada. Allí se confunde el peligro en la demora con un instrumento para apreciar su configuración, como es el balance entre el daño a la comunidad y el que se le puede ocasionar a quien demanda la protección cautelar. Este último, se trata de un examen que deben efectuar los jueces teniendo en cuenta que, mientras que en algunos casos el dictado de la medida puede generar mayores daños que los que se derivarían si ella no se dictara, en otros su otorgamiento no sólo no afectará el interés público, sino antes bien lo protegerá. (...) Pero además la forma en que se ha sido previsto la apreciación de los intereses comprometidos en el dictado de una medida suspensiva puede llegar tornar inviable la tutela cautelar. Ello es así porque el inc. b) del atr. 206 ter pone en cabeza del peticionante de la medida una exigencia incompatible con la naturaleza del juicio cautelar y de muy difícil, sino imposible cumplimiento en la generalidad de las ocasiones, como es la acreditación de que la ejecución del acto generará perjuicios más graves que los que eventualmente pueda generar la suspensión del mismo. Dicha exigencia se presenta como violatoria del derecho de defensa, ya que no será infrecuente que el peticionario no tenga en sus manos los elementos probatorios para cumplir con dicha carga, o bien, le resulte sumamente dificultosa su obtención (20)".

El proyecto reciente, por su parte, no coloca a costas del particular la acreditación de este requisito, mas lo somete a la consideración del juez, y ello también podría reputarse inconstitucional toda vez que no existe

interés público alguno que justifique el mantenimiento de un acto cuya ilegitimidad aparece manifiesta (21).

En cuanto a los demás requisitos, parece que se hubieran realizado esfuerzos destinados a tornar menos evidente la conculcación de derechos, mas no se ha logrado acabadamente el objetivo.

En primer lugar, cabe destacar que el artículo remite a los requisitos exigidos por el Código de rito para la prohibición de innovar. Sin embargo, acto seguido, vuelve a exigir la existencia de peligro, esta vez calificándolo de "irreparable".

Sobre el particular, diversos actores se ha expedido en contra de la exigencia de acreditar la irreparabilidad del perjuicio, en el entendimiento de que "imponer la demostración del perjuicio irreparable, en sede cautelar, aparece como excesivo, en tanto se trata de probar aquello que todavía no aconteció y que, justamente, quiere evitarse provisionalmente con el despacho de la medida precautoria. De ahí que para otorgar la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria deba considerarse suficiente la alegación fundada de los motivos que permitan al órgano jurisdiccional, en un primer análisis provisional de la cuestión, concluir que, de no disponerse de la medida, el peticionario sufrirá un daño o perjuicio relevante, grave o irreversible, según el caso. (22)"

Finalmente, el proyecto exige la demostración de la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad del acto cuestionado. Al respecto, no faltan doctrinarios que entienden que en caso de acreditarse la manifiesta ilegitimidad, no es necesario que el perjuicio que desee evitarse sea "irreparable", toda vez que "respecto de aquellos actos de la autoridad nacional que presentan vicios manifiestos de derecho —lo que implica excluir la investigación judicial para comprobar su ilegitimidad—, bastará para acordar la medida cautelar con la presencia de un daño o perjuicio de cualquier tipo, —aunque él no revista el tradicional carácter de irreparable— como única manera de restablecer inmediatamente el imperio de la legalidad. (23)" Sin embargo, tal y como está redactada la norma, resultará dificultosa la aplicación de aquél principio conforme el cual "a mayor verosimilitud en el derecho, menor peligro en la demora".

V. Conclusión

En base a lo antedicho, podremos concluir que las modificaciones propuestas vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva y aumentan la brecha existente entre la Administración y los administrados, mejorando la situación de la primera, a costa de los segundos.

El análisis de estas modificaciones requiere tener siempre presente que el proceso cautelar no es un contradictorio previo, sino que simplemente es una instancia destinada a proteger un derecho que puede desaparecer con el transcurso del tiempo.

Coincidimos en que muchas veces los jueces pueden llegar a necesitar de un breve contradictorio que brinde luz a la cuestión cautelar que le es sometida a su juicio, mas disentimos en que la desnaturalización del instituto de las medidas cautelares se imponga con carácter general, pues se trata de un inminente riesgo al que el derecho del particular queda expuesto, que puede aparejar consecuencias muy graves. Creemos que las circunstancias concretas de cada caso son las pautas idóneas para direccionar el actuar del juez, debiendo la ley permitirle un amplio margen de actuación que lo autorice a reaccionar conforme con las necesidades de cada controversia. Con esto se quiere decir que no siempre la sustanciación de una audiencia será garantía de éxito. Piénsese, por de pronto, una audiencia a la que asistiera un funcionario que no estuviera al tanto del caso. Indudablemente, sería de mayor utilidad otorgarle las herramientas al juzgador para obtener la información que crea necesaria, previendo una sanción para el Estado en caso que no la brindara con rapidez.

En otro orden, desde la perspectiva constitucional, es dable afirmar que el proyecto pretende reglamentar el derecho a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, como es sabido, la reglamentación de los derechos constitucionales es posible, mas se encuentra sujeta al recaudo de razonabilidad (24).

Sin embargo, creemos que la norma propuesta no supera el test de razonabilidad, por tres razones fundamentales:

- i) No existe proporcionalidad entre medios y fines.

La desproporcionalidad se configura toda vez que se utiliza un medio que si bien alcanza el fin buscado, no es el menos lesivo del derecho del particular. Siguiendo a Cianciardo, quien tiene dicho que "toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos ha de ser: a) idónea; b) indispensable; y, finalmente, c) proporcionada. (25)", podemos llegar a sostener la idoneidad de la modificación propuesta respecto del fin buscado, mas no podrá jamás proclamarse su indispensabilidad ni su proporcionalidad.

En efecto, la imposición de la celebración de una audiencia y la exigencia de un perjuicio irreparable implica una lesión irrazonable a la tutela judicial efectiva que convierte el proyecto en inconstitucional.

ii) El ritualismo excesivo pondría en grave peligro derechos sustanciales.

A su vez, en virtud de que el debido proceso y la tutela judicial efectiva se presentan como derechos instrumentales, orientados a la protección procesal del derecho de fondo que es objeto de controversia, los ritualismos exigidos significarán, en la práctica, no solo la lesión de aquellos derechos instrumentales, sino también la conculcación del derecho concreto de fondo que se encuentre en juego en cada caso, pudiendo, en algunos casos, ocasionar su pérdida absoluta.

iii) La exigencia de un peligro irreparable torna inconstitucional el proyecto, incluso desde su análisis en abstracto.

Por último, la exigencia del perjuicio irreparable como requisito previo para el dictado de la medida, excluye de la protección cautelar ciertos derechos que nunca podrán ser tutelados, tales como los derechos económicos (en virtud del principio de solvencia del Estado).

De lege ferenda, el remedio protector de ambos intereses consistiría en mantener el carácter de inaudita parte, facultando al juez a apartarse del mismo siempre que lo considerare necesario. Desde una postura más conciliadora, podría incluso invertirse la regla, disponiendo la obligatoriedad de la contradicción, a menos que las circunstancias la impidieran. En este sentido, era preferible el texto del proyecto anterior (con las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados), que preveía el traslado "salvo casos de urgencia debidamente justificados".

En un caso u otro, entendemos que es al juez a quien corresponde evaluar las particularidades de cada caso en concreto, y decidir si es posible y necesaria la realización de la audiencia pública. Así, en todos aquellos casos en que la audiencia sea imposible o innecesaria, el juez dictará la medida —si la considerara procedente— y diferirá la sustanciación. Recordemos que esto ya viene sucediendo en la práctica, a través del instituto de las medidas precautelares, por medio de las cuales los jueces se hacen de la información que consideran necesaria para la resolución de la cautelar, así como a través del ejercicio de facultades instructorias por parte del juez (art. 36, CPCCN).

De este modo, no será la calidad del derecho a proteger el que determinará si el juez celebrará o no la audiencia, sino que el factor determinante estará dado por la urgencia, y ello permitirá una justa armonización de los intereses en juego, sin menoscabar el fundamento de la garantía jurisdiccional cautelar: la situación de urgencia (26).

El criterio desarrollado ha tenido recepción en el nuevo Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo artículo 25 reza: "Antes de solicitar medidas cautelares, la Comisión requerirá al Estado involucrado información relevante, a menos que la urgencia de la situación justifique el otorgamiento inmediato de las medidas."

No desconocemos que muchas veces la intervención de la contraparte se torna fundamental para brindar claridad al asunto y orientar al juez en su decisión, mas lo que aquí se cuestiona no es tal cosa, sino que se coaccione al juez a dar esa intervención en todas las ocasiones, en lugar de dejar en sus manos la evaluación de cuándo ello es realmente posible y necesario. Ya lo anticipaba CASSAGNE (h), al comentar el proyecto anterior: "Desde luego, si las circunstancias del caso lo requieren, los jueces pueden correr un breve traslado a la Administración a los efectos de que el juez pueda tener un mayor conocimiento de las implicancias del asunto, siempre que la urgencia no determine su inmediata resolución. El Código actual no prescribe nada al respecto y la justicia suele valorar cada caso en particular, con la debida prudencia que corresponde a la función que se ejerce. Distinto es exigirle a la justicia que siempre corra traslado de la petición cautelar a la Administración, como pretende este proyecto (27)." Por lo demás, ello avasalla, en cierto modo, la labor de los jueces y la discrecionalidad en el ejercicio de su función.

Es por ello que compartimos la opinión del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en el sentido que "la vista previa a la Administración no debe ser establecida como obligatoria sino con carácter facultativo para el juez, tal como lo prevé el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (artículo 23, inciso 1º). En efecto, debería ser el juez quien, de acuerdo a las circunstancias del caso, decida conferir o no la vista en cuestión (28)".

Ello así por cuanto, reiteramos, frente a situaciones específicas que ameriten la intervención de la contraparte, será el juez el más indicado para decir si ello es o no conveniente, no resultando nunca aconsejable formular una norma general que lo conmine a actuar en uno u otro sentido. La generalización de un requisito podrá traer consecuencias irremediables frente a la diversidad de casos concretos, y, en todo caso, será menos lesiva la postergación del derecho de defensa hasta tanto quede trabada la medida, que la postergación del derecho que pretende tutelarse, el cual podrá desaparecer entretanto se sustancie la audiencia.

Así las cosas, deseamos que estos proyectos no prosperen, o al menos no lo hagan en su redacción actual.

- Versión escrita de la ponencia efectuada en el marco de las IV Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, UNLZ, Comisión 5: Profesores de Derecho Público (Finanzas, Dcho. Tributario y Dcho. Administrativo), Presidente: Gustavo J. De Santis (UNLZ), vicepresidente: Estela B. Sacristán (UCA), Secretaria: Graciela M. Oriz (UNLZ)

(1) Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. La Ley, Bs. As., 2002, T. I, p. 469.

(2) Podrán acceder a sus textos en: <http://www.hcdn.gov.ar/>.

(3) El proyecto se denominaba "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, regulación de medidas precautorias contra el Estado Nacional, entes descentralizados o autárquicos y empresas o sociedades del sector público".

(4) Ver al respecto CASSAGNE, Ezequiel, "Proyecto de ley polémico sobre medidas cautelares contra la Administración Pública", LL, 2009-D, ps. 1343/1345.

(5) El proyecto fue suscripto por los legisladores DIANA B. CONTI, JORGE A. LANDAU, CARLOS MIGUEL KUNKEL, LUIS F.J. CIGOGNA, OSCAR E. N. ALBRIEU, y recibió la siguiente denominación: "Modificación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación — Regulación de medidas cautelares contra el Estado Nacional, entes descentralizados, empresas y sociedades del sector público nacional".

(6) Nota enviada por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires al presidente de la Comisión de Justicia de la H. Cámara de Diputados de la Nación, Dr. LUIS F.J. CIGOGNA, publicada en La Hoja on-line, edición N° 123, junio de 2009, <http://www.colabogados.org.ar/la-hoja/articulo.php?id=120> (disponible en Internet el 9-XI-2012).

(7) Pese a la confusa redacción de la norma, creemos que esa es la interpretación adecuada.

(8) Como dijera CHINCHILLA MARIN, "cuando el ciudadano, frente a un acto administrativo solicita del juez su inmediata intervención para que proteja ad cautelum su derecho, impidiendo la eficacia de dicho acto, coloca al juez en la difícilísima tarea de ponderar los intereses en presencia, confrontando la irreversibilidad del daño que pueda causarse al interés privado, con la del daño que puedan sufrir los intereses generales y equilibrar provisionalmente esos intereses encontrados. Todo ello, además, tendrá que hacerlo, tal y como exige la naturaleza de las medidas cautelares, no desde la certeza absoluta y definitiva de la existencia del derecho o interés legítimo del demandante y de la ilegalidad de la actuación administrativa, sino simplemente desde la apariencia..." en CHINCHILLA MARIN, Carmen, La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, 3ra. ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 29.

(9) Obra Social para la Actividad Docente (O.S.P.L.A.D.) c/ Buenos Aires, provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad, Fallos: 331:2889 (2008). El destacado no es del original.

(10) SIMÓN PADRÓS, RAMIRO, "Medidas cautelares en el Contencioso Administrativo Federal", publicado en SJA 18/5/2011, p.5.

(11) Fallos: 308: 90 (1986); Fallos: 319: 2325 (1996); Fallos: 321: 2278 (1998).

(12) Decimos "en la gran mayoría" pues no se nos escapan casos en los que la provisionalidad no tiene tal entidad. Como dice PRITZ, "[l]os ejemplos de entrega de fondos al actor, orden de apertura de segundo sobre licitaciones y otros similares demuestran que los efectos de la medida se concretan y su carácter provisorio no tiene incidencia." PRITZ, OSVALDO F., "Medidas cautelares y control de la discrecionalidad administrativa", en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia administrativa, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires. Esto demuestra, una vez más, la necesidad de brindar al juez herramientas suficientes para encontrar la solución justa en el caso concreto.

(13) Redacción según Ley 13/09.

(14) Así lo tiene dicho nuestro Máximo Tribunal en Fallos: 327: 849 (2004).

(15) Un caso ilustrativo podría ser "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional — Ministerio de Economía Resol. 1006/00 — Ministerio de Infraestructura y Vivienda Resolución 17/00 s/amparo ley 16.986", Juzg. Cont. Adm. N° 6, sentencia del 06/12/2000. Allí, se pretendía la suspensión del aumento tarifario efectuado ilegítimamente, sobre la base de "la afectación a millones de pasajeros que diariamente utilizan los servicios y que por su carácter difuso jamás podrán recuperar el importe de los pasajes (boletos) (...), señalando que "...a cada instante, cada minuto, hay un usuario de colectivos que paga por una tarifa que se considera ilegítima y que ha sido ordenada violentando lo dispuesto por el art. 22 del citado decreto 656/94."

(16) Cfr. BLASI, GASTÓN F. "¿Existe una jerarquía entre los derechos fundamentales plasmados en la Constitución Federal Argentina? El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad", publicado en El Dial, Suplemento de Derecho Público, DC 873, 17/04/2006, p. 2.

(17) Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares, G. 589. XLVII; RHE; 22-05-2012.

(18) En honor a la brevedad, remitimos, para un análisis profundo de la cuestión, a lo sostenido por CASSAGNE, EZEQUIEL en "El error de la insistencia en la aplicación de un plazo a las medidas cautelares", La Ley, 2011-C, 10/05/2011, ps. 1306/1308.

(19) SUÁREZ, FRANCISCO, Tratado de las leyes y de Dios legislador, trad. por José R. Eguillor Muniozuren, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, vol. IV, L. VI, cap. 4, n° 4.

(20) Ver N°6, supra.

(21) Ver al respecto, ROLAND ARAZI, "Medidas cautelares contra el Estado", publicado en el Foro de práctica profesional digital, en VII/2012, año V, n° 16, <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion16/tema04.html>, (disponible en Internet el 4-XI-2012).

(22) SIMÓN PADRÓS, op. cit., p. 11.

(23) Ídem.

(24) Art. 28, CN.

(25) CIANCIARDO, JUAN: El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, 2° edición, Buenos Aires, 2009, p. 27.

(26) Cfr. CASSAGNE, "Proyecto de ley...", p. 1.

(27) Ídem.

(28) Ver n° 4, supra.

Información Relacionada

Voces:

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ~ ADMINISTRACION PUBLICA ~ MEDIDAS CAUTELARES ~
OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ~ EFECTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ~ TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA ~ DEMANDA CONTRA EL ESTADO ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~
GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ PROYECTO DE LEY ~ TRAMITE PROCESAL APLICABLE ~
SUSPENSION DE LA EJECUCION DEL ACTO ADMINISTRATIVO ~ PELIGRO EN LA DEMORA ~
DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ~
GRAVAMEN IRREPARABLE