



# MEDIDAS CAUTELARES FRENTE AL ESTADO. REFLEXIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LA LEY NACIONAL 26.864<sup>1</sup>.

JOSÉ IGNACIO LÓPEZ <sup>2</sup>  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

## 1. Presentación del tema

**E**l presente trabajo se centra en cuatro ejes medulares:

- 1) La importancia de las medidas cautelares y su jerarquía constitucional;
- 2) Antecedentes mediatos y inmediatos que llevaron al dictado del nuevo régimen de medidas cautelares en causas en que el Estado es parte;
- 3) Las novedades que trae este nuevo régimen, así como, algunos puntos que recibieron objeciones constitucionales y;
- 4) Unas conclusiones provisorias.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es una síntesis de la exposición realizada en la jornada “*Aspectos estructurales de las medidas cautelares frente al Estado*”, organizada por la Facultad de Derecho, UNICEN, el Colegio de Magistrados y el Instituto de Derecho Público del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Azul, realizada el día 27 de octubre de 2014 en la Facultad de Derecho, UNICEN.

<sup>2</sup> El autor es Abogado. Graduado en la Universidad Nacional de La Plata. Adscripto a la Cátedra I de Derecho Administrativo II de la Facultad de Derecho de UNLP. Docente de la Cátedra I Derecho de la Comunicación en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de UNLP. Editor del blog jurídico Palabras del Derecho. Dirección de Contacto: joseignaciolopez8@gmail.com.

## **1. La importancia de las medidas cautelares y su jerarquía constitucional**

En primer término, cabe destacar la trascendente función que tienen las medidas cautelares, dado que las mismas poseen íntima ligazón con el derecho de rango convencional de asegurar una tutela judicial efectiva.

Una regulación en materia de medidas cautelares no es una ordenación procesal menor. No es una cuestión sobre el trámite de un proceso, cuyo mayor o menor acierto puede tornarlo más engorroso. Sin ellas o, con ellas débilmente concebidas, se arriesga poder alcanzar una protección eficaz. O dicho, con las recordadas palabras de Calamandrei, aquéllas impiden que el proceso se parezca a una medicina largamente elaborada que se aplica a un enfermo ya muerto.

La importancia y razón de ser de las medidas cautelares, en general, está dada por la imposibilidad fáctica y procesal que la sentencia sea dictada en forma inmediata a la pretensión del accionante, por ello, dichas medidas tienen a asegurar los posibles resultados de una sentencia futura.

Esta importancia aumenta teniendo en cuenta la mora derivada del recargo de tareas de los tribunales o la naturaleza de los derechos afectados, van tornando cada día más inconcebible la idea de un proceso sin protección cautelar.

### **1.1. Medidas cautelares en el contencioso Administrativo:**

Los principios antes señalados que dan fundamento a las cautelares –señala el profesor Carlos Vallefín (2013)– fueron pensadas, en general, para procesos civiles, donde rige el principio de paridad de armas entre los litigantes, y toma aún mayor envergadura en el contencioso administrativo.

De un lado, porque los actos administrativos cuya anulación judicial se reclama, se presumen legítimos, gozan de ejecutoriedad y los recursos que se deduzcan contra aquéllos no suspenden su ejecución.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Véase Artículo 12 del Decreto-Ley 19.549: “Presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria. El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte

---

De otro, porque la conciliación entre la celeridad y la ponderación son más difíciles de alcanzar en este ámbito.

La *celeridad* debido a que –con excepción de las acciones de amparo- el particular no puede acudir directamente a los tribunales para obtenerla sino que debe recorrer y agotar la instancia administrativa previa.

La *ponderación* porque en el proceso contra el Estado el pedido cautelar abrirá un conflicto entre el interés particular del demandante y el público de la Administración demandada, conflicto de difícil resolución que no necesariamente surge –o, al menos, por regla, no con la misma intensidad- en los pleitos regidos por el derecho privado. Como señala Vallefin (2013) el sistema cautelar determinará en buena medida el grado de eficacia del control que los tribunales ejercen sobre los comportamientos estatales a la hora de la sentencia definitiva.

## **1.2. Jerarquía constitucional de las medidas cautelares**

El profesor español Eduardo García de Enterría (1992) ha destacado la necesidad de que los tribunales cuenten con un haz de medidas cautelares que permitan que no se frustren las decisiones de fondo y ha remarcado que la exclusión de medidas cautelares es contraria a los derechos fundamentales y, específicamente, al derecho a la tutela judicial o a los derechos de la defensa

En nuestro país, Armando Grau (1965), en un estudio pionero realizado en 1965 destacó la constitucionalización de las medidas cautelares al considerar que la suspensión del acto administrativo comprometía la garantía del debido proceso del art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto, esta medida tiende a asegurar la eficacia del proceso.

Por ello, las medidas cautelares tienen *jerarquía constitucional* basadas en el debido proceso legal y, también, *jerarquía convencional* en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos que requiere que las herramientas judiciales disponibles incluyan medidas procesales como las medidas precautorias, provisionales o cautelares y, en general, recursos judiciales sen-

---

*y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.*

---

cillos y rápidos para la tutela de derechos, con miras a impedir que las violaciones se prolonguen en el tiempo.

## 2. Antecedentes mediatos e inmediatos

Enumeraremos aquí -en modo esquemático y sintético- los antecedentes mediatos e inmediatos que dieron fundamento al dictado de la ley. Los referidos motivos fueron puestos de resalto por los poderes políticos a la hora de elevar el proyecto y en su trámite parlamentario.

### 2.1. Nivel Mediato

- Existe una notable ausencia en el ordenamiento jurídico federal: no hay un régimen orgánico que regule el proceso judicial frente a las autoridades públicas. Sólo tenemos el Título IV del Decreto-Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos.
- Aplicación de una norma destinada a regir las relaciones procesales entre particulares, -como es el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- a los procesos contra el Estado y, por ende, a las medidas cautelares en el contencioso administrativo.
- En las provincias la realidad es diferente dado que ellas han consagrado códigos en lo contencioso administrativo para regir este tipo de procesos.
- La autonomía que posee el Derecho Administrativo exige un cuerpo integral que legisle los procesos en que participa el Estado equilibrando *prerrogativas estatales* y las *garantías de los particulares*.

### 2.2. Nivel Inmediato

- La sanción de la Ley Nacional de Servicios de Comunicación Audiovisual<sup>4</sup> es, sin duda, un hito que puso en la discusión pública las medidas cautelares frente al Estado.
- La justicia federal de Mendoza dictó una medida cautelar que suspendió la referida ley con efectos generales, es decir, con efecto *erga omnes*. Luego el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien revocó el decisorio y alertó sobre la utilización de las medidas cautelares, la legitimación pro-

---

<sup>4</sup> Ley Nacional N° 26.522 fue sancionada y promulgada el 10 de octubre de 2009. Regula los servicios de comunicación audiovisual en todo el territorio de la República Argentina.

---

cesal, la división de poderes y el control de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico (CSJN. “Thomas”. Fallos, 333:1023).

- La justicia civil y comercial federal le concedió al Grupo Clarín una medida cautelar que suspendió la aplicación de cuatro artículos de la Ley Nacional de Servicios de Comunicación Audiovisual. La medida fue decretada el 7 de diciembre de 2009 y luego se convirtió en noticia pública durante los próximos cuatro años.

- Al llegar a la Corte Suprema, en mayo de 2010, se postuló que las medidas cautelares podrían conducir a “situaciones de desequilibrio” y, por eso, debían durar un “plazo razonable” (CSJN. “Grupo Clarín”. Fallos, 333:1885). Dijo la Corte en el considerando 7º: *“si la sentencia en la acción de fondo demorara un tiempo excesivo, se permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado, obteniendo de esta forma por vía del pronunciamiento cautelar, un resultado análogo al que se lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial en autos”*.

- La Cámara señaló un plazo de 36 meses para la duración de la medida que la Corte Suprema- atendiendo al tipo de proceso y la naturaleza del punto debatido- consideró finalmente razonable y añadió que el riesgo en que el pleito se extienda indebidamente se había disipado dado que días atrás tuvo sentencia de fondo en primera instancia en sentencia del 27 de diciembre del 2012.

- Otro aspecto que cobró atención de la ciudadanía fue lo ocurrido por diferencias salariales de Prefectura y Gendarmería Nacional sustanciadas en juzgados provinciales notoriamente incompetentes.

- Se determinó que en ciertos juzgados de pequeñas localidades existía una trama entre funcionarios judiciales y estudios de abogados para defraudar al Estado Nacional con el otorgamiento de medidas cautelares.

- La denuncia terminó con la destitución de dos jueces de la localidad de Santo Tomé, provincia de Corrientes, que habían otorgado una totalidad de 24 mil medidas cautelares siendo incompetentes, luego así, se habían declarado y habían tardado meses en remitir las actuaciones a la justicia federal (Diario Página 12, edición del 17 de octubre de 2012). Sólo en estos dos tribunales el perjuicio aproximado para el Estado fue de doscientos millones de pesos.

- Otro caso es el que señaló el periodista Horacio Verbitsky (Diario Página 12, edición del 06 de enero de 2013) en el cual denunció que el Diario La Nación tenía en su favor una medida cautelar desde hacía diez años que permitía al

matutino el cómputo de aportes patronales como crédito fiscal en la liquidación del IVA, un beneficio otorgado en 2001 y vencido en 2003. Lo que arroja en total una merma fiscal de 280 millones de pesos más sus intereses.<sup>5</sup>

- Todas estas circunstancias que pusieron en debate público a las medidas cautelares impulsaron al poder político a enviar al parlamento un proyecto de ley que regule las medidas cautelares en causas en las que el Estado es parte.

### **3. Novedades del nuevo régimen de medidas cautelares en causas que el Estado es parte**

Estructuraremos aquí un breve análisis de los principales aspectos novedosos que introdujo la ley 26.854.

#### **3.1. Norma específica de derecho público para regir las medidas cautelares en causas en que el Estado es parte.**

La nueva ley dota al Derecho Administrativo de una norma propia que regula lo relativo a medidas cautelares que hasta su sanción eran regidas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Un cuerpo destinado a regir los procesos de derecho privado.

Se legislan específicamente tres tipos de medidas cautelares:

- Suspensión de los efectos del acto administrativo,
- Medidas de contenido positivo,
- Medidas de no innovar.

#### **3.2. Medidas cautelares dictadas por jueces incompetentes (Art. 2)**

La norma prevé que las medidas cautelares dictadas por jueces incompetentes, fundadas en la urgencia de la situación, sólo tendrán eficacia cuando se trate de: *“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.*

---

<sup>5</sup> La medida fue recientemente resuelta por la Corte Suprema *in re* “Asociación Editores de Diarios de Bs. As. (AEDBA)”-sentencia del 28 de octubre de 2014, expediente A. 92. XLV- y cumplió, el 30 de octubre de 2014, once años de vigencia sin que haya recaído sentencia de primera instancia en la causa.

---

*También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.”*

Asimismo, impone la obligación a dicho juez de remitir inmediatamente las actuaciones al juez competente, quien una vez que acepte la competencia deberá expedirse sobre el alcance y vigencia de la cautelar acordada.

### **3.3. Bilateralidad previa al dictado de medidas cautelares (Art. 4)**

Un repaso por las distintas legislaciones revela que la mayoría dispone que el otorgamiento de las medidas cautelares se efectúa *inaudita parte*, esto es, que del pedido no se conferirá traslado sino que el tribunal dispondrá otorgarla o denegarla, sin noticia de la contraparte. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone sobre el punto que las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte.

Como enseña Vallefín (2013) esta regla no implica, en modo alguno, una derogación del principio de contradicción –derivado, a su vez, de la garantía constitucional de la defensa en juicio- sino una postergación o aplazamiento momentáneo de su vigencia estricta, plenamente justificado en obvias razones de efectividad. Además, se cumplen “sigilosamente y sin más trámite” y una vez notificadas, la parte interesada podrá impugnarla –mediante el recurso de reposición o el de apelación- o, eventualmente, solicitar su levantamiento o modificación.

Señala Vallefín que:

*La creciente complejidad de los pleitos –repárese, por ejemplo, en los debates que involucran los aspectos económicos en la composición de las tarifas de los servicios públicos o los técnicos en cuanto a su prestación; las propiedades tóxicas o no de un residuo o las curativas de una droga, etc.- muestra que no es aconsejable que, basado en una versión unilateral, el magistrado decida una medida cautelar. Si el pleito, además de complejo, reviste importancia institucional y ha atraído, v.gr., la atención de la prensa, el juez debe resolver en el breve plazo que la legislación le otorga. Si la cuestión le ofrece dudas, si existen puntos oscuros, podrá inclinarse por su denegación o, sobre la base del criterio que sugiere que es preferible un exceso en acordarlas que la parquedad en desestimarlas, su acogimiento (Vallefín: 2013: 89).*

Concluyendo que:

---

*El sistema procesal sin sacrificio de ningún principio, puede mejorar las posibilidades de acierto del régimen cautelar. Si, como se expuso la unilateralidad se justifica cuando concurren 'obvias razones de efectividad' cuando ésta no esté comprometida, puede abrirse el camino para la bilateralidad. Por ejemplo, si se solicita como medida cautelar la suspensión de la celebración de un concurso o de la iniciación de una obra pública que tienen fecha fija –esto es, que no puede ser adelantada o postergada por la mera voluntad de la demandada y si aún restan algunos días para que éstos se lleven a cabo, conferir traslado a la demandada, por el prudencial plazo de cuarenta y ocho horas, no afectaría la eficacia de la medida a dictarse. Pero, además, el magistrado contaría con mayores elementos para decidir. En otros términos, incrementaría las posibilidades de acierto y honraría más –si se quiere– el principio de contradicción, permitiendo que aun tratándose de medidas cautelares, éste rigiera con plenitud desde antes de que se dispusiera su traba Vallefin: 2013: 90).*

La ley 26.854, alteró la regla tradicional de la unilateralidad e introdujo un “informe previo” que el juez deberá requerir a la autoridad demandada y que ésta deberá producir en un plazo de cinco (5) días.

Dicho informe, deberá dar cuenta del interés público comprometido por la solicitud y, además, podrá expedirse acerca de las condiciones admisibilidad y procedencia de la medida solicitada. Irá acompañado de las constancias documentales que se considere pertinentes.

Esta exigencia presenta cierta *flexibilidad*, pues “cuando circunstancias graves y objetivamente imposterables 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”.

Como señala Vallefin (2013), se trata, de una medida provisionalísima, que la ley denomina *interina*. El trámite, bajo aquéllas circunstancias, mantendrá su anterior condición de unilateralidad.

Ahora bien, el tradicional carácter unilateral se mantiene cuando las medidas cautelares “tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el



artículo 2º, inciso 2º” disposición esta última que constituye la llave de acceso a un régimen más benigno.

El artículo 2º inc. 2 establece que: “*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*”.

Se trata, en los términos del doctor Cabral, Pablo de una “tutela especial y diferenciada” para sectores sociales que viven en condiciones desfavorables y que, a su vez, muestra el reconocimiento expreso a la justiciabilidad de los derechos sociales.

También se contempla, en forma potestativa para el juez, la posibilidad de hacer intervenir al Ministerio Público. Se dispone que “según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar una vista previa al Ministerio Público”

El informe previo a la autoridad demandada no es una novedad absoluta, en forma potestativa, está contemplado también en el artículo 23 punto 1 del Código Contencioso de la provincia de Buenos Aires.

### **3.4. Vigencia temporal de las medidas cautelares**

Se trata, sin duda, de una de las novedades más notables que introdujo este nuevo marco normativo.

Las medidas cautelares, dijimos, tienen íntima relación con el tiempo en los procesos y por ello el legislador con la justa pretensión de que los pleitos sean más breves impuso un límite temporal a la vigencia de las medidas cautelares

Dispuso que “*al otorgar una medida cautelar –dice el artículo 5º- el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia*”. Ese límite, viene tasado por el legislador: no podrá superar los seis meses. Pero también se consagran disposiciones que pueden acortar, alongar o suprimir dicho plazo.

Seguiremos aquí el análisis del profesor Carlos Vallefín (2013).

#### **a. Plazo menor a 6 meses**

La primera situación puede derivar de la decisión del juez que fije, atendiendo a las circunstancias de la causa, un plazo inferior, por ejemplo, cuatro meses.

---

La segunda, es una imposición del legislador al establecer que “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”.

b. Plazo superior a los 6 meses

El plazo puede extenderse. Para que ello acontezca deberá existir un pedido de la parte. El juez deberá examinar, el interés público comprometido pero, también, la conducta procesal de la parte favorecida, esto es, su diligencia o negligencia en hacer avanzar la causa hacia su destino normal que es la sentencia. Se veda así un sistema *automático* de prórroga (Art. 5°).

c. Inexistencia de plazo

Si se tramita una acción en la que los derechos cuya protección se reclama son algunos de los enumerados en el artículo 2 inciso 2° -esto es, si actúan sectores *socialmente vulnerables*, se encuentre comprometida la *vida digna*, la *salud*, un derecho de naturaleza *alimentaria* o *ambiental* - no regirá el plazo.

d. Examen de la constitucionalidad del plazo

Destaca Vallefin que:

*Un plazo de vigencia de una medida cautelar no es, en sí mismo, inconstitucional. Es más, la acotada vigencia de aquellas es una legítima aspiración pero, por cierto, exige como contrapartida que los procesos culminen pronto o, con el giro de los tratados internacionales y de la jurisprudencia, en un plazo razonable. La preocupación no puede orientarse sólo hacia una etapa del proceso porque el problema es la totalidad* (Vallefin, 2013: 142).

Y explica que existen dos tipos de declaración de inconstitucionalidad: *on its face* y *as applied*. Para ello señala: “*es conocido que los jueces estadounidenses –lo mismo acontece entre nosotros- no ejercen poderes derogatorios respecto de las normas sometidas a su control y declaradas inconstitucionales. La doctrina tradicional enseña que esa declaración de inconstitucionalidad se realiza, en alguno de aquellos dos modos.*

Continúa diciendo que:

---

*Los jueces pueden, en algunos casos, concluir que una norma es inconstitucional tal como la aplica en un determinado caso (as applied). Ello implica que los órganos del estado podrán continuar aplicando esta norma en circunstancias diferentes a las que motivaron su declaración de inconstitucionalidad”.*

*Pero los tribunales pueden declarar que la norma impugnada resulta inaplicable no solamente para el caso concreto sino en toda circunstancia. Esto es lo que se denomina declaración de inconstitucionalidad on its face o facial. Esta declaración de inconstitucionalidad es admisible en dos supuestos: a) cuando el vicio constitucional que se le reprocha a la norma no es susceptible de ser subsanado separando los aspectos constitucionales y los inconstitucionales de aquélla, pues el vicio se extiende a toda aplicación posible de aquélla. En otros términos, cuando la aplicación de la norma resultaría inconstitucional bajo cualquier circunstancia y b) cuando la norma impugnada es overbroad, o sea, cuando la norma tiene tanto aplicaciones constitucionales como inconstitucionales, pero razones de política constitucional no hacen conveniente establecer los supuestos constitucionales caso por caso y, en consecuencia, conducen al tribunal a declarar la inaplicabilidad total de la norma, es decir, su inconstitucionalidad facial (Vallefin, 2013: 144-149).*

#### e. Excepción al plazo

No tendrán plazo de vigencia las medidas cautelares dictadas “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*”.

Esta amplia excepción, bajo el concepto de vida digna, no le impone límites temporales a las medidas cautelares que se dicten para tutelar un importante conjunto de derechos.

No habrá suspensión del suministro de medicamentos o tratamientos médicos, ni de prestaciones como jubilaciones, pensiones o beneficios asistenciales. No habrá posibilidad de continuar prácticas contaminantes del medio ambiente o de destrucción del patrimonio histórico, cultural o arquitectónico. No habrá

restricciones cuando se han removido obstáculos que permiten el acceso a la vivienda digna, la educación, al empleo, etc., (Vallefin, 2013).

*f. Variantes del plazo. El caso de la denominada medida cautelar autónoma.*

Existe un supuesto en el que el plazo no es ni de tres ni de seis meses ni tampoco está exceptuado por verificarse alguna de las circunstancias explicadas en el punto anterior. Se trata del caso contemplado en el último párrafo del artículo 5. Si se dictara una medida cautelar “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 agota-se la vía*”.

Es el caso de la denominada medida cautelar autónoma. Una secuencia posible puede plantearse en estos términos: a) encontrándose en trámite el procedimiento administrativo se solicita el dictado de una medida cautelar *autónoma*; b) la medida cautelar se concede pero *no está sujeta la vigencia temporal* que se expuso; c) la Administración dicta el acto administrativo que agota la vía y es notificado al interesado; d) a los diez días de la notificación de aquél la medida cautelar *caducará automáticamente*.

### **3.5. Medidas cautelares solicitadas por el Estado (Art. 16) y tutela urgente del interés público (Art. 17)**

La norma reconoce expresamente la facultad del Estado de solicitar medidas cautelares.

Piénsese, por caso, una pretensión por la cual el Estado busca la anulación de un acto dictado que ha generado derechos subjetivos en ejecución, en el marco de una acción de lesividad, pida una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto cuestionado.

El artículo 17 regula la denominada *tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos* e introduce una figura que vuelve a facultar al Estado- en un ámbito específico, el de los servicios públicos o actividades esenciales- a requerir el dictado de medidas cautelares.

Como señala Vallefin (2013) esta norma, al igual que la anterior, supone reconocer los límites de las facultades de autotutela de la Administración y, por cierto, no es objetable que se reconozca su legitimación para demandar y solicitar el dictado de medidas cautelares.

El último párrafo excluye la aplicación de la norma en casos de conflictos laborales.

---

### 3.6. Contracautela en el nuevo régimen (Art. 10)

Establece, por principio, la caución real y excepciona permitiendo la juratoria en los casos en que la pretensión trate de los derechos establecidos en el art.2º inc. 2º.

No se exigirá contracautela si la medida es pedida por el propio Estado o quien la peticiona cuenta con el beneficio de litigar sin gastos.

### 3.7. La cláusula de afectación de los recursos o bienes del Estado (Art. 9)

La cláusula dispone que: *“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”*.

Esta disposición reproduce el último párrafo del artículo 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuya inconstitucionalidad fue declarada en varias oportunidades.

Sobre el punto expresa Vallefin tiene dicho que: “

*En cuanto a la primera parte, es claro que en numerosas ocasiones el pedido cautelar impactará –para emplear una voz que comprenda la afectación, obstaculización, compromiso o distracción- sea en los recursos, sea en los bienes del Estado. La interpretación cerrada del precepto colisiona con el derecho a la tutela judicial efectiva pues, por utilizar dos ejemplos recogidos de la jurisprudencia, no podría ordenarse la realización de un tratamiento médico –pues ello supone destinar recursos- o mantener a un permisionario discapacitado en un espacio del dominio público –pues ello supone afectar bienes. En cuanto a la segunda parte, resulta aún más débil pues las cargas personales pecuniarias o astreintes constituyen un reconocido mecanismo para vencer la resistencia de los funcionarios al cumplimiento de decisiones emanadas de los tribunales. Empleados para el fin que fueron concebidos - compeler al cumplimiento de un mandato judicial por parte de quien lo resiste injustificadamente- no resultan objetables pues procuran hacer realidad la regla republicana de la responsabilidad de los gobernantes (Vallefin, 2013:134).*

### **3.8. Prohibición de coincidencia entre el objeto de la medida cautelar y el de la demanda principal**

Establece que las medidas no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal, en coincidencia con la jurisprudencia que así lo dispone. Como lo explica Gozaíni (2013), la intención del legislador es evitar la procedencia de las llamadas medidas autosatisfactivas, en coincidencia con el criterio de la Corte Suprema según el cual "*los beneficiarios de las medidas cautelares autosatisfactivas decretadas por tribunales inferiores han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio*" (Fallos, 327: 4495). Si bien, a primera vista, pareciera ser una dificultad para el peticionante de la medida, como lo explica Agustín Gordillo, esto se resuelve solicitando en la demanda como pretensión de fondo "*más que lo que se va a pedir en la cautelar*" Aun cuando la jurisprudencia que exige, como principio de carácter general, la no coincidencia de las pretensiones fon- dal y cautelares, también existen precedentes que en materia de salud excep- cionan el requisito en estudio.

### **3.9. Recursos y Efectos (Art. 12)**

La norma prevé como recursos a la reposición y la apelación, subsidiaria o directa.

*“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.”*

En cuanto a los efectos, los recursos se concederán con efecto suspensivo, es decir, detendrán la medida cautelar dictada sólo en los casos que la cautelar suspenda total o parcialmente los efectos de una ley o un reglamento de mismo rango jerárquico.

Así lo entendió García Pullés (2013), quién destacó que era la consagración de la doctrina de la CSJN en “Thomas”. (versión taquigráfica del plenario de la comisiones de Justicia, Asuntos Penales y Legislación General del Senado de la Nación del 11 de abril de 2013).

La ley prevé una generosa excepción si la cuestión queda atrapada por la denominada cláusula de la vida digna. Las restantes impugnaciones –por ejemplo, actos individuales, vías de hecho, etc.– están sometidas a un régimen procesal en el que los recursos se conceden con efecto devolutivo.

### **3. 10. Vía de la Inhibitoria y cuestiones de competencia (Art. 20)**

Prevé una especial inhibitoria que tiene notas distintivas a la que legisla el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y que sólo permite en los casos que se trate de controversias de competencia entre jueces de distinta circunscripción judicial. De esta forma, en pleitos en que el Estado o cualquier de sus entes sean parte la inhibitoria se admite tanto ante los jueces de una misma como de diferente circunscripción judicial.

Por otra parte –a la luz del segundo párrafo– se prevé que cuando se origine un conflicto de competencia entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de cualquier otro fuero, la resolución corresponderá a la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. Asimismo, en caso que el conflicto se ocasionare entre esta última cámara y un juez o cámara de cualquier otro fuero, será resultado por la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal.

Se consagra así, un principio de especialidad en materia contencioso administrativo y que, más allá de estar en un cuerpo referido a medidas cautelares, no parece una autónoma previsión para esta especial temática, sino más bien erigirse en una nueva regla procesal contencioso administrativo aplicable a cualquier tipo de proceso.

### **3. 11. La cláusula de la vida digna (Art. 2 Inc. 2)**

Con ese título el profesor Vallefín (2013) ha sintetizado la extensa formulación del artículo 2º inciso 2º que dice así: *“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”*.

La importancia de esta disposición es que atraviesa todo el cuerpo normativo examinado y que actúa como una fórmula de acceso a un régimen legal más benigno que el ordinario. Esta cláusula, que se reitera a lo largo de la ley, exceptúa del cumplimiento de requisitos impuestos con carácter general: a) el requerimiento del informe previo no resultará obligatorio; b) el plazo de vi-

gencia de la medida cautelar no será exigible; c) la caución podrá ser juratoria y no real o personal; d) el recurso de apelación que se deduzca tendrá efecto devolutivo y no suspensivo.

Se contemplan cinco circunstancias: “*cuatro de ellas se definen por el tipo de derecho en discusión, mientras que la restante apunta a las características del grupo de personas afectadas*” (Verbic, 2013).

- **Vida Digna (Derechos Económicos, Sociales y Culturales)**
- **Salud**
- **Naturaleza Alimentaria**
- **Derecho Ambiental**

La restante apunta a sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso.

La discusión sobre el alcance de la referida cláusula debe realizarse en forma amplia, buscando la cobertura de todas las situaciones sensibles a los fines de abrirles el régimen más benigno en protección de sus derechos fundamentales.

Esta cláusula constituye una norma de inmensa importancia, que en muchos casos, pone a salvo la ley de objeciones constitucionales (Vallefin, 2013).

#### 4. Conclusiones provisorias

Hemos pasado revista de la importancia y jerarquía constitucional de las medidas precautorias, también destacamos que ha servido para la protección de derechos esenciales en muchos casos, pero también han sufrido desvíos en su finalidad.

El Congreso Nacional, en el marco de sus facultades, ha cubierto una necesidad con la sanción de una norma de Derecho Público que creó un régimen integral de medidas cautelares en causas en que el Estado es parte.

La norma ha traído importantes novedades que hemos señalado y, quisiera dejarles una cita final del gran jurista alemán Radbruch que utilizó Zaffaroni en un notorio fallo de la Corte (CSJN. “Grupo Clarín”. Fallo del 29 de octubre de 2013. Expediente G. 439).

Allí expresó: “*la Ley es como un navío que el legislador despide desde el muelle y al que ya no puede controlar, navega solo, con las virtudes y defectos del texto*”



---

Justamente, la tarea del legislador ha concluido con la elaboración de una nueva herramienta, ahora se abre un nuevo capítulo y cuyo principal protagonista será la interpretación del Poder Judicial.

### **Referencias bibliográficas**

CABRAL, Pablo O. (2013): “La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos”, J.A, año 2013-II, fascículo n.º 11.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1992): *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso administrativo español*, Madrid: Civitas.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (2013): “Las medidas cautelares ante la ley 26.854” en *Medidas cautelares y el Estado como parte. Ley 26.854. Suplemento Especial La Ley* (mayo de 2013).

GRAU, Armando (1965): “Suspensión del acto administrativo y medida de no innovar contra el Estado”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, nº III, año 1965.

VALLEFÍN, Carlos A., (2013): *Medidas cautelares frente al Estado. Continuidades y rupturas*, Buenos Aires: Ad Hoc.