



ASPECTOS ESTRUCTURALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES FRENTE AL ESTADO. ANÁLISIS DE LA NUEVA LEY NACIONAL 26.854.¹

MARTÍN RENATO ESPINOZA MOLLA²
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

“Todo instante perdido lo está para siempre; el tiempo es lo único irreparable y por el valor que le atribuyen puede medirse el mérito de los hombres. (...) El tiempo es el valor de la ley más alta, dada la escasa duración de la vida humana. Perderlo es dejar de vivir.”³

José Ingenieros

¹El presente trabajo fue presentado por el autor 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

² Abogado (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP). Posgraduado en Derecho Público (Universidad San Pablo-CEU de Madrid, España). Docente en la asignatura Derecho Administrativo I, Cátedra I, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Secretario del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata. Director Judicial de la Subsecretaría Legal y Técnica de la Municipalidad de La Plata.

³ INGENIEROS, José (1999): *Las fuerzas morales*, Buenos Aires: Ed. Losada.

1. Introducción.

Ciertamente, la temática de los procesos cautelares se halla estrechamente vinculada a la necesidad de otorgar respuestas judiciales urgentes y oportunas como herramientas para el restablecimiento del equilibrio vulnerado cuando se produce la lesión de derechos.

En tal sentido, entre los contenidos de la garantía constitucional y convencional de la tutela judicial efectiva se destaca por su relevancia la tutela cautelar efectiva, fuertemente arraigada a la problemática de la oportunidad, pues la efectividad de la protección cautelar dependerá, sin lugar a dudas, de su concreción oportuna.

Desde tal perspectiva, la tutela cautelar efectiva se vincula a la oportunidad y al fenómeno de la temporalidad.⁴

El tiempo oportuno, la urgencia, la razonabilidad de los plazos, son elementos fundamentales cuya adecuada gestión permiten la eficacia de la tutela cautelar, y resultan, pues, vitales para la operatividad de esta garantía comprometida directamente con el propio interés público.

Como afirma Sammartino:

Referirnos a la urgencia, de ordinario, implica mentar una situación de grave y apremiante necesidad a la que sólo es posible enfrentar, útilmente, mediante

⁴ “En relación con la temporalidad es posible una doble perspectiva: una de comprensión de la temporalidad jurídica, como oportunidades para realizar la justicia en el tiempo, y otra del significado jurídico de la existencia de temporalidad. Todas las ramas del Derecho y en general todas las culturas, diferenciadas en el espacio y en el tiempo, son expresiones de distintas maneras de construir la temporalidad.” CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2000): “La temporalidad y el derecho civil”, *Revista del Centro de Investigaciones de derecho civil*, N° 4, año 2000, pp. 29-39.

En <http://revista.cideci.org/index.php/trabajos/article/viewFile/32/59>. Consulta realizada el 10/11/2014.

la adopción de una rápida y pronta respuesta. (...) Concretamente, la tutela urgente no sólo concierne y se realiza en favor de los intereses particulares; incumbe también al interés público. Ello más allá de quien sea la persona – pública o privada- que titulariza la representación procesal de ese interés (Sammartino, 2012: 913).

Es que como bien se ha afirmado, “El desarrollo temporal del proceso puede culminar con una sentencia vaciada de contenido eficaz.” pues, “La temporalidad significa oportunidad para la realización de los valores del Derecho; oportunidad de vida, de personalización. Los límites temporales al reparto, cuya expresión más evidente es el fallecimiento de la parte durante el proceso, nos advierten sobre la irreversibilidad de los repartos vitales. No es posible restituir la vida, la salud o los años de educación, la libertad o la subsistencia digna.”⁵

⁵ “En el proceso judicial lo definitivo es la sentencia firme. Los supuestos de revisión de la cosa juzgada, son excepcionales. Durante el proceso existe una situación de desigualdad relacionada con la pretensión, que resulta favorable para alguna de las partes; que provisionalmente inclina la balanza en favor de una de ellas. La parte tendrá una posición más débil, más vulnerable, frente a la actuación de la contraparte. Si se dicta una medida cautelar, se invierten los términos de la desigualdad, aunque la debilidad resultante dependerá de las circunstancias de cada parte” (...) “En el proceso contencioso administrativo será el particular quién, usualmente, se encuentre en esa posición vulnerable, porque demandara la revisión de un acto administrativo dotado de ejecutoriedad, la prestación de una medida positiva respecto a derechos económicos, sociales y culturales, o el reconocimiento indemnizatorio emergente de la responsabilidad del estado.” LAPENTA, Eduardo Víctor (2006): “Lo cautelar y lo definitivo en el proceso judicial”, Revista Cartapacio de Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Vol 10, año 2006.

En <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/857/749>. Consulta realizada el 10/11/2014.

Pues bien, bajo tales premisas, ha de recordarse que actualmente resulta una imposición normativa de origen constitucional, como convencional⁶, la exigencia para el Estado de procurar una adecuada tutela cautelar efectiva.

En tal sentido, toda regulación legal en la materia debería propender al más alto grado de efectividad de la protección cautelar, a través de la generación, perfeccionamiento y conservación de mecanismos jurídicos tendientes a su satisfacción.⁷

Es que la relevante función de las medidas cautelares ha sido advertida destacando que la previsión de diferentes medidas en la legislación propias del denominado proceso cautelar, cuya finalidad se reduce a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución, lleva por fundamento la necesidad de neutralizar los riesgos existentes en cuanto “durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva, lo que ocurriría, entre otros casos, si desapareciesen los bienes o disminuyese la responsabilidad patrimonial del presunto deudor, se operase una alteración del estado de hecho existente al tiempo de interponerse la demanda o la solicitud, o se produjese un daño irreparable a la integridad física o moral de las personas (Palacio, 1992).⁸

⁶ Respectivamente, surge del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, como de los siguientes tratados incorporados con jerarquía constitucional, a través del artículo 75, inciso 22 de la Constitución, a saber: Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (artículo XVIII); Declaración universal de derechos humanos (artículo 8); Convención americana sobre derechos humanos (artículos 8 y 25); Pacto internacional de derechos civiles y políticos (artículo 2).

⁷ Véase VALLEFÍN, Carlos A., Medidas cautelares frente al Estado. Continuidades y rupturas, Buenos Aires, Ad Hoc, 2013, pág. 18, “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.”

⁸ En la misma dirección advierte VALLEFÍN, Carlos, (2013) A., Op. Cit., pág. 19: “Las medidas cautelares cumplen un rol fundamental en la vida del proceso, cuya eficacia depende, muchas veces, de la exis-”

Desde tal perspectiva, debiera resultar auspiciosa la concepción de una nueva legislación en materia cautelar aplicable a procesos en los cuales sea parte el Estado nacional, en cuanto por su conducto fuera posible obtener el fortalecimiento de aquella garantía procesal.

Sin embargo, a través del análisis de las normas contenidas en la Ley 26.854 podremos advertir que tales propósitos no resultan satisfechos, pues el nuevo dispositivo legal se exhibe sumamente restrictivo respecto de la tutela cautelar efectiva afectando la garantía consagrada por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos incorporados a ella con su misma jerarquía.

Dicho de otro modo, el estudio del nuevo dispositivo permite observar que se estructura sobre la base de un profundo robustecimiento de las potestades procesales del Estado.

En efecto, como veremos, resultan numerosas las disposiciones del nuevo régimen cautelar que generan un enorme desequilibrio entre las potestades procesales del Estado y los derechos y garantías de los particulares.

Tal desproporción contenida en la ley 26.854 conspira directamente contra la vigencia de la protección cautelar, aspecto esencial de la tutela judicial efectiva,⁹ garantía derivada de

tencia y alcance que se reconozca a aquellas. El tiempo imprescindible para resolver los pleitos, la mora derivada del recargo de tareas -prácticamente universal- de los tribunales o la naturaleza de los derechos afectados, van tornando cada día más inconcebible la idea de un proceso sin protección cautelar"; Véase, además, OROZ, Miguel H.E.(2004): Un nuevo atropello al Estado de Derecho. Algunas anotaciones en torno del Proyecto de reformas en materia de medidas cautelares en el ámbito bonaerense, La Ley 2004-F, pág. 1231, donde afirma: "No debe perderse de vista que el dictado de medidas cautelares constituye una potestad irrenunciable de los jueces vinculada a la esencia de la función jurisdiccional. Ningún magistrado independiente puede verse impedido de adoptar las decisiones necesarias para asegurar la eficacia de una eventual sentencia acogedora de la pretensión. Ni siquiera el Poder Legislativo podría boicotear esa posibilidad sin incurrir en una intolerable injerencia en el desenvolvimiento de un órgano del Estado que le es ajeno. Semejante despropósito encuentra el límite que le opone el sistema republicano de gobierno y el principio de tutela judicial efectiva (...)".

⁹ En el mismo sentido, se ha dicho que la protección cautelar se destaca entre los numerosos contenidos propios de la tutela judicial efectiva, en cuanto comprende, entre otros, el reconocimiento del derecho "(...) a peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende;(...)", PERRINO, Pablo E.(2003);, "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa", Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I, Año 2003-1, pp. 257 y ss.

la propia Constitución Nacional¹⁰, y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a aquella a partir de la reforma de 1994.¹¹

2. Aspectos estructurales de la nueva ley 26.854

La nueva ley 26.854¹² consagra una regulación específica en materia cautelar, abarcando los diversos supuestos en los cuales es posible la intervención del Estado Nacional y sus entes descentralizados.

De modo tal, prevé la actuación procesal de la autoridad pública tanto en el carácter de legitimada activa como pasiva de las pretensiones cautelares.

A su vez, respecto de esta última situación jurídica presenta dos supuestos.

¹⁰ Conforme artículo 18 C.N.: “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.

¹¹ Cabe mencionar los siguientes tratados incorporados con jerarquía constitucional, a través del artículo 75, inciso 22 de la Constitución, a saber: Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (artículo XVIII); Declaración universal de derechos humanos (artículo 8); Convención americana sobre derechos humanos (artículos 8 y 25); Pacto internacional de derechos civiles y políticos (artículo 2).

¹² La ley 26.854 fue sancionada el 24 de abril de 2013 y promulgada el 29 del mismo mes y año. Establece el nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado.

De un lado, se dispone un régimen general aplicable a todos los casos y situaciones que no resultaran expresamente exceptuados.

De otro lado, se halla prevista una regulación particular, mediante la cual -según el caso-, se dispensa -o se admite al magistrado exceptuar-, la aplicación de algunas de las previsiones del régimen general.

Respecto de las potestades procesales del Estado, se observa que el nuevo régimen cautelar establece una serie de innovaciones que robustecen la posición procesal del Estado, provocando un irrazonable desequilibrio, en cuanto afecta la situación de los particulares, todo lo cual, en definitiva, atenta contra la tutela cautelar efectiva.

Esa realidad se advierte efectuando una comparación del nuevo dispositivo con el régimen jurídico precedente -Código Procesal Civil y Comercial-,¹³ aplicable analógicamente, aún con las adaptaciones a los principios de derecho público que la propia jurisprudencia contencioso administrativa federal le introdujera,¹⁴ lo cual conformara un sistema procesal idóneo y equilibrado.¹⁵

¹³ “En la Argentina no existen disposiciones legales que regulen, específicamente, las controversias regidas por el derecho administrativo, originadas en la actuación u omisión del Estado Nacional o de sus entidades descentralizadas. Así, a pesar del exponencial desarrollo alcanzado por el derecho de la función administrativa en nuestro país, solamente las condiciones de admisibilidad de la pretensión contencioso-administrativa están regladas en un norma legal, que no es un código procesal, sino el Título IV de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Va de suyo que frente a la multiplicidad de cuestiones procesales no previstas por los arts. 23 a 31 de la LNPA, el fuero especializado aplica analógicamente el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) en la medida, claro está, que estas normas resulten compatibles con los principios del proceso administrativo. Obviamente, la ausencia de un código contencioso administrativo se proyecta directamente sobre el sistema cautelar. SAMMARTINO, Patricio (2012): Op. Cit. Pág. 905.

¹⁴ “Con sustento en la legislación procesal civil y comercial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia condiciona la procedencia de resoluciones precautorias al cumplimiento de los dos requisitos clásicos en la materia: a) la verosimilitud o apariencia de derecho (*fumus boni iuris*) (...) y b) el peligro en la demora (*periculum in mora*) (...). Además, la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal incorpora un tercer requisito negativo de fundabilidad consistente en que la medida peticionada no afecte el interés público.”

CASSAGNE, Juan Carlos-PERRINO, Pablo Esteban (2006): *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires: Lexis Nexis, pág. 326.

¹⁵ “Es cierto que (...) a nivel nacional no existe un ordenamiento procesal administrativo que contenga, entre otras cuestiones, un régimen de las medidas cautelares contra el Estado nacional, pero también lo es que, debido a los aportes de la doctrina y de los tribunales, se ha ido modelando un eficaz y equilibrado régimen de protección cautelar en el cual se han armonizado adecuadamente las prerrogativas de la

Dicho de otro modo, si bien hasta la promulgación de la ley 26.854 no existía un dispositivo legal específico que regulara la materia, se contaba con un adecuado sistema cautelar procesal administrativo por aplicación de la doctrina jurisprudencial federal acuñada durante años, ajustada a la realidad y práctica judicial, y que debía haber sido receptada por la nueva regulación legal.

Ciertamente, la afectación de la tutela precautoria se produce a través de disposiciones normativas contenidas en la ley que, de modo directo o indirecto, vigorizan la esfera estatal en el proceso, y se refleja tanto cuando el Estado nacional y sus entes descentralizados intervienen en el carácter de legitimados pasivos como activos de las pretensiones cautelares.

2.1. Actuación procesal de la autoridad pública en el carácter de legitimada pasiva de las pretensiones cautelares.

2.1.1. Régimen General.

En el primer supuesto, deben mencionarse de modo especial las siguientes innovaciones contenidas en la nueva ley 26.854:

a) Implementación de restricciones competenciales judiciales.

En efecto, el artículo 2 de la ley 26.854, preceptúa: “*Medidas cautelares dictadas por Juez incompetente*. 1. Al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia, si no lo hubiere hecho antes. Los jueces

administración con el derecho de tutela judicial efectiva.” PERRINO, Pablo E.- MENDOZA, Martín Luján, “Un proyecto de reforma al régimen procesal que restringe indebidamente la protección cautelar contra el Estado nacional”, RDA N°69, Julio/septiembre de 2009, pág. 889.

deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. 2. 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.” Por su parte, el artículo 3, inciso 4 de la ley, establece: “Las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal.”

b) Consagración de la bilateralización obligatoria.

El artículo 4 de la ley 26.854, determina: “Informe previo 1. Solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá 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.”

c) Limitaciones temporales en la vigencia de las medidas cautelares.

El artículo 5° de la ley, preceptúa: “Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado. Al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, 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. No procederá el deber previsto en el párrafo anterior, 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. 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.”

d) Ampliación y alteración de los presupuestos tradicionales de admisibilidad y fundabilidad.

A tales innovaciones se refieren los artículos 13, 14 y 15. Artículo 13: “Suspensión de los efectos de un acto estatal.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 (...). Artículo 14: “Medida positiva. 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 acreditare 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.” Artículo 15: “Medida de no innovar. 1. La medida de no innovar procederá cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare 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.”

- e) Instauración del efecto suspensivo del recurso de apelación que fuera interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico.**

El artículo 13, inciso 3 de la nueva ley, dispone: “Suspensión de los efectos de un acto estatal. 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.”

2.1.2. Régimen de excepción.

Ahora bien, dentro de la categoría bajo análisis, es decir, cuando el Estado o sus entes descentralizados actúan como legitimados pasivos, la ley 26.854 contiene unas normas que pretenden constituir un régimen diferenciado, una regulación particular, mediante la cual -según el caso-, se exime -o se admite al magistrado dispensar-, la aplicación de algunas de las previsiones del régimen general antes descrito, cuando el legitimado activo de la pretensión cautelar se hallara comprendido en alguno de los siguientes supuestos: a) Sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso; b) Se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria; c) Se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

De manera tal, entre aquellas excepciones, es dable mencionar: a) el otorgamiento de eficacia a las medidas cautelares dictadas por juez incompetente (artículo 2),¹⁶; b) dos

¹⁶ Se establece que la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados sólo tendrá eficacia cuando se trate de los sujetos antes mencionados, es decir, “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.”

eximiciones de la exigencia de bilateralización previa al dictado de la cautelar (artículo 4);¹⁷ c) se exonera de la obligación de limitar temporalmente la vigencia de la tutela cautelar (artículo 5);¹⁸ d) se le confiere efecto devolutivo al 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 (artículo 13, inciso 3).¹⁹

¹⁷ Permite eximir de la obligatoriedad de bilateralización, en dos supuestos particulares. El primero se presenta cuando “circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran”, en cuyo caso se permite al juez 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; y, el segundo, en el caso de medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2, es decir, 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 ambas excepciones la norma dispone que el juez “podrá” dictar una medida interina y decidir la cautelar sin informe previo, respectivamente. Sin embargo, en lugar de facultar al magistrado debía haberse establecido de modo imperativo la necesidad del dictado de aquellas, teniendo en consideración los intereses relevantes que se pretenden proteger. En tal sentido, se advierte que el régimen especial otorga una excesiva discrecionalidad judicial, resultando por lo tanto más gravoso que el Código Procesal Civil y Comercial, en cuanto este último establece el dictado de medidas cautelares inaudita pars.

¹⁸ Referido a la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado, exceptúa de la fijación de límite temporal a los jueces en cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2., a los que antes hicieramos referencia.

¹⁹ Se establece que 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 2°, inciso 2. Se advierte que la norma dispone el efecto devolutivo del recurso de manera similar a como lo establecía el Código Procesal Civil y Comercial, por lo cual cabe concluir que no se trata de un tratamiento diferencial preferencial respecto de la situación anterior a la sanción de la ley.

En este último aspecto, alguna doctrina ha pretendido sostener que la nueva ley contendría una tutela procesal diferenciada de protección de los Derechos Humanos, arribando a semejante conclusión en base a un estudio parcial, ceñido a un mero análisis de los diversos supuestos consagrados en la propia ley, omitiendo el debido estudio comparativo y global con el régimen jurídico antes vigente.²⁰

En realidad, es posible advertir un profundo y excesivo robustecimiento de las potestades procesales del Estado²¹ –aun en aquel supuesto sistema diferenciado²²–, efectuando una

²⁰ Véase, en tal dirección, CABRAL, Pablo Octavio, (2013): La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada, JA, 2013 –II, pág. 11 y ss.

²¹ Ciertamente, la afectación de la tutela precautoria se produce a través de disposiciones normativas que, de modo directo o indirecto, vigorizan la esfera estatal en el proceso, y se refleja tanto cuando el Estado nacional y sus entes descentralizados intervienen en el carácter de legitimados pasivos como activos de las pretensiones cautelares. En el primer supuesto, deben mencionarse de modo especial las siguientes innovaciones contenidas en la nueva ley 26.854: Implementación de restricciones competenciales judiciales; consagración de la bilateralización obligatoria; limitaciones temporales en la vigencia de las medidas cautelares; Ampliación y alteración de los presupuestos tradicionales de admisibilidad y fundabilidad; instauración del efecto suspensivo del recurso de apelación que fuera interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico.

²² En efecto, la ley 26.854 contiene unas normas que pretenden constituir un régimen diferenciado, una regulación particular, mediante la cual –según el caso–, se exime –o se admite al magistrado dispensar–, la aplicación de algunas de las previsiones del régimen general antes descripto, cuando el legitimado activo de la pretensión cautelar se hallara comprendido en alguno de los siguientes supuestos: a) Sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso; b) Se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria; c) Se trate de un derecho de naturaleza ambiental. De manera tal, entre aquellas excepciones, es dable mencionar: a) el otorgamiento de eficacia a las medidas cautelares dictadas por juez incompetente (artículo 2),; b) dos eximiciones de la exigencia de bilateralización previa al dictado de la cautelar (artículo 4); c) se

detenida comparación del nuevo dispositivo con el régimen jurídico precedente -Código Procesal Civil y Comercial-,²³ aplicable analógicamente, aún con las adaptaciones a los principios de derecho público que la propia jurisprudencia contencioso administrativa federal le introdujera,²⁴ lo cual conformara un sistema procesal idóneo y equilibrado.²⁵

Pues bien, se advierte de modo comparativo con el régimen legal precedente, que el pretendido sistema especial o de excepción resulta en algunos aspectos más gravoso, y en otros no se advierte un mejoramiento de la tutela cautelar efectiva, implicando ambas situaciones la consagración de un sistema restrictivo y un retroceso respecto de aquél.²⁶

2. 2. Actuación procesal de la autoridad pública en el carácter de legitimada activa de las pretensiones cautelares.

exonera de la obligación de limitar temporalmente la vigencia de la tutela cautelar (artículo 5); d) se le confiere efecto devolutivo al 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 (artículo 13, inciso 3).

²³ Puede consultar sobre el tema en SAMMARTINO, (2012) Op. Cit., Pág. 905.

²⁴ Puede consultar sobre el tema en CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo Esteban, (2006) Op, Cit., pág. 326.

²⁵ Es cierto que (...) a nivel nacional no existe un ordenamiento procesal administrativo que contenga, entre otras cuestiones, un régimen de las medidas cautelares contra el Estado nacional, pero también lo es que, debido a los aportes de la doctrina y de los tribunales, se ha ido modelando un eficaz y equilibrado régimen de protección cautelar en el cual se han armonizado adecuadamente las prerrogativas de la administración con el derecho de tutela judicial efectiva.” PERRINO, Pablo E.- MENDOZA, Martín Luján, (2009): Un proyecto de reforma al régimen procesal que restringe indebidamente la protección cautelar contra el estado nacional, RDA N° 69, Julio/septiembre de 2009, pág. 889, quienes advierten: “

²⁶ Además, se impone tal conclusión pues la ley 26.854 incorpora presupuestos de fundabilidad no previstos por la jurisprudencia contencioso administrativa, respecto de los cuales no están eximidos los denominados sectores socialmente vulnerables así como tampoco los demás supuestos previstos en su artículo 2, inciso 2.

Ahora bien, con referencia al segundo supuesto de intervención estatal mencionado, es decir, cuando el Estado nacional y sus entes descentralizados actúan en situación de legitimados activos, se profundizan aún más sus potestades procesales. A saber:

- a) No surge de las disposiciones de la ley -al menos explícitamente-, exigencia alguna de bilateralización previa al dictado de las medidas precautorias.
- b) Tampoco se advierte disposición que fije límites en el plazo de vigencia de las cautelares concedidas.
- c) La ley contiene una gran amplitud respecto de los supuestos de procedencia de la medida requerida por el Estado, abarcando prácticamente todos los aspectos de la actividad estatal.
- d) Se reducen los requisitos de fundabilidad y se modifica su configuración repotenciando su efectividad. En efecto, como requisitos de fundabilidad para la procedencia de la cautelar deben ponderarse “un riesgo inminente al interés público, al patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad.”, la verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada; y la idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal. (artículo 16).²⁷
- e) Se utilizan numerosos conceptos jurídicos indeterminados y están ausentes pautas objetivas orientadoras, aunque aquellos tengan asignada una función decisiva

²⁷ De manera tal, el artículo 16 de la ley 26.854, preceptúa: “ Medidas cautelares solicitadas por el Estado. El Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, siempre que concurren las siguientes circunstancias: 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.”

(artículo 17).²⁸ Dicho de otro modo, tales disposiciones legales contienen imprecisiones, vaguedades y ambigüedades, que generan una inevitable inseguridad jurídica.²⁹

2.3. La incidencia del interés público como presupuesto de fundabilidad negativo.

Ahora bien, una de las particularidades de la pretensión cautelar en materia contencioso administrativa que la distinguen de la existente en el derecho privado, reside en la presencia de un presupuesto específico de fundabilidad negativo configurado tradicionalmente como la no afectación del interés público.

²⁸ Efectivamente, el artículo 17 de la ley, dispone: “Tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos. Cuando de manera actual o inminente se produzcan actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpen 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.”

²⁹ La imperfección de las leyes, su eventual imprecisión técnica o incoherencia estructural pueden atentar contra uno de los más firmes pilares del Estado de Derecho: el principio de seguridad jurídica, enunciado por el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias (STC 27/1981, de 20 de julio) como «suma de certeza y legalidad» e «interdicción de la arbitrariedad». En la sentencia 46/1990, de 15 de marzo, el Tribunal señala que «la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas». En suma, la claridad y precisión en el uso del lenguaje conducen a la certeza y a la seguridad jurídica.” GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad (2005): *Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario*, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Número 13, pág. 130.

Se trata de un requisito procesal de origen jurisprudencial³⁰ que merecerá nuestra atención en cuanto ha sido consagrado legislativamente por la nueva ley 26.854 confiriéndole una incidencia decisiva, y al cual consideramos necesario otorgarle contenidos precisos, razonables y objetivos, en pos de garantizar la tutela cautelar efectiva.

Pues bien, es preciso referirse de manera especial a la incidencia que el interés público adquiere en la nueva ley 26.854, en cuanto por su conducto halla consagración legislativa el presupuesto de fundabilidad de las pretensiones cautelares contencioso administrativas de origen jurisprudencial configurado por la no afectación de aquel interés.

Tradicionalmente, el proceso cautelar contencioso administrativo federal se halla integrado tanto por los requisitos de fundabilidad inherentes a toda medida cautelar³¹, es decir, verosimilitud del derecho –*fumus boni iuris*-³² y peligro en la demora –*periculum*

³⁰ La razón de la incorporación pretoriana de ese requisito en el orden federal, debe hallarse principalmente en la necesidad de adaptar las previsiones del régimen legal aplicable –Código Procesal Civil y Comercial-, frente a la ausencia de un Código Procesal Contencioso Administrativo. Respecto de esta última realidad. SAMMARTINO, Patricio, Amparo y administración. En el Estado constitucional social de derecho, T. II, 1a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Pág. 906, donde señala: “A diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los ordenamientos procesales provinciales y en el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el ámbito federal no existen preceptos que gobiernen, específica y orgánicamente, el funcionamiento de los dispositivos de tutela procesal preventiva en los juicios en que son parte las autoridades públicas que despliegan la función administrativa.”

³¹ En efecto, clásicamente se ha reconocido la existencia de dos clases de requisitos que deben reunir las pretensiones cautelares. De un lado, los denominados de admisibilidad –extrínsecos e intrínsecos-; y de otro lado, los recaudos de fundabilidad. Al respecto especifica PALACIO, Lino Enrique, (1992): Op Cit., t. VIII, pág. 23, que “entre los requisitos extrínsecos de admisibilidad de la pretensión cautelar, la competencia del órgano judicial así como los relativos a la causa, al objeto y al tiempo de aquélla. Como requisitos de fundabilidad serán luego examinados la prueba de la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora, para concluir con otro requisito extrínseco de admisibilidad como es el referente a la contracautela que, como principio, debe prestar el sujeto activo de la pretensión (o petición) cautelar.”

³² PALACIO, Lino Enrique, (1992): Op Cit., t. VIII, pág. 32, explica que “(...) la fundabilidad de la pretensión que constituye objeto de aquél –proceso cautelar- no puede depender de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido en dicho proceso. De allí que, para obtener el dictado de una resolución que acoja favorablemente una pretensión cautelar, resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor (tradicionalmente llamado *fumus boni iuris*), en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la

in mora³³; comprendiendo además, el recaudo extrínseco de admisibilidad denominado contracautela,³⁴ como así también un requisito de fundabilidad negativo constituido por la necesidad de que la medida no afecte el interés público.³⁵

Este último presupuesto de la pretensión cautelar padece una severa imprecisión conceptual y acarrea una amplia discrecionalidad judicial, que podría calificarse de algún modo excesiva, pues a menudo se ha transformado en una mera fórmula vacía de contenido.

Es que puede advertirse en líneas generales que la jurisprudencia no ha exhibido un análisis dedicado y especial de ese requisito propio de los procesos cautelares contencioso administrativos.³⁶

certeza de ese derecho. Por ello la ley no exige, a los fines de dicha comprobación, una prueba plena y concluyente, sino un mero acreditamiento, generalmente realizado a través de un procedimiento informativo.”

³³ Junto con la verosimilitud del derecho, constituye requisito específico de fundabilidad de la pretensión cautelar el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse (*periculum in mora*), es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes.” DE LAZARI, Eduardo N. (1995): “Medidas Cautelares”, La Plata: LEP, pág. 30 y sigs. PALACIO, Lino Enrique, (1992): *Op Cit.*, t. VIII, pág. 34.

³⁴ “A raíz de que la tutela cautelar se otorga tras el desenvolvimiento de un procedimiento meramente informativo y de un conocimiento sumario y, además, según se verá más adelante, sin previa audiencia de la parte afectada, la ley erige en requisito de admisibilidad de las pretensiones cautelares que versen sobre bienes la prestación, por el actor, de una caución que asegure a la otra parte el resarcimiento de los eventuales daños que le irroge la medida solicitada indebidamente. Dicha caución, que la mayor parte de los códigos vigentes denomina contracautela, concreta, pues, el principio de igualdad, ya que viene a contrarrestar la ausencia de contradicción inicial que caracteriza, en general, al proceso cautelar.” PALACIO, Lino Enrique (1992): , *Op Cit.*, t. VIII, pág. 36.

³⁵ Desde antiguo, la propia Corte Suprema de Justicia Nacional ha ponderado tal presupuesto procesal. En tal sentido, ha dicho que “A los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar, tratándose de la suspensión de una obra pública, debe agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público” (Causa A 508 XXIII, in re: “Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (PEN.) s/ daños y perjuicios (incidente)”, sentencia de 8 de octubre de 1991, Fallos 314:1202).

³⁶ “se trata de un argumento que muchas veces se invoca dogmáticamente para rechazar la medida cautelar”. CASSAGNE, Juan Carlos–PERRINO, Pablo Esteban (2006): *Op Cit.*, pág. 343.

En tal orden de ideas, al referirse al requisito procesal que nos ocupa, Vallefín (2013) reconoce que “una de las mayores dificultades que ofrece el estudio de sus alcances es que la jurisprudencia vernácula, en general, formula una parca invocación al interés público, sea para otorgar la medida, sea para denegarla.”³⁷

Ahora bien, la relevancia de aquel presupuesto de fundabilidad negativo se observa revitalizada con la ley 26.854, en cuanto presenta unos nuevos perfiles y una incidencia fundamental que merece un estudio particular.

Por tal motivo, teniendo en consideración ese flamante esquema legislativo, resultará fundamental la actuación de los magistrados en la celosa ponderación de tal presupuesto procesal.³⁸

Nos proponemos pues, desentrañar la incidencia del interés público en la nueva ley 26.854, y la necesidad de otorgarle contenidos precisos, razonables y objetivos, frente a su inminente aplicación judicial.³⁹

³⁷ El mismo autor, luego recuerda que en razón del grado de cuestionamiento académico que ha merecido el presupuesto procesal algún tribunal norteamericano ha caracterizado al interés público como el comodín que se utiliza en un juego de naipes.

³⁸ En tal sentido recobra vigencia lo sostenido por el máximo tribunal de justicia nacional, en cuanto “la mera alegación por parte de la autoridad administrativa de que la suspensión cautelar de la ejecución del acto debe ser dejada sin efecto porque compromete el interés público, no exime a los jueces del deber de examinar la veracidad y el alcance con que se formula ese aserto.” (Causa C 621 XXXIV. In re: “Club Universitario de Buenos Aires c/ Municipalidad de Malvinas Argentinas.”, sentencia de 14 de julio de 1999, Fallos 322:1416).

³⁹ Indudablemente, será un importante desafío y una gran responsabilidad para los magistrados el empleo adecuado de su discrecionalidad en la ponderación del interés público. En tal orden de ideas, Véase RUIZ, Ramón (2010):, “Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, N° 20, 2010, Valencia, pág. 120, quien sostiene: “Indudablemente, en un mundo tan complejo social y jurídicamente como el nuestro, ya no es posible seguir considerando a los jueces, simplemente, como la boca que pronuncia las palabras de la ley. El juez de nuestro tiempo goza – y así debe ser, nos guste más o menos– de una indudable y necesaria discrecionalidad como consecuen-

De manera preliminar, debe observarse que el presupuesto procesal bajo análisis ha sido previsto por la nueva ley con referencia especial a los casos en que el Estado nacional y sus entes descentralizados actúan como sujetos pasivos de la pretensión cautelar.⁴⁰

Como se analizara en el acápite anterior, el nuevo régimen legal prevé nuevos requisitos de fundabilidad, además de los tres presupuestos exigidos tradicionalmente por la jurisprudencia contencioso administrativa para la procedencia de las pretensiones cautelares frente al Estado.

Efectivamente, junto a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la no afectación del interés público, la ley 26.854 incorpora otros recaudos -elevándolos a un total de cinco-, los cuales constituyen verdaderos obstáculos para la concesión de las cautelares, que inevitablemente, afectarán la tutela judicial efectiva.

De modo tal, se agregan como nuevos requisitos de fundabilidad, según el caso, la verosimilitud de la ilegalidad, la no generación de efectos irreversibles, y la inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico (artículos 13, 14 y 15), para cuya aplicación la nueva ley 26.854 distingue tres supuestos, de acuerdo al objeto de la

cia, entre otros factores, del complejo sistema de fuentes, de la inevitable vaguedad de gran parte de las normas que componen nuestros ordenamientos modernos y, muy relacionado con lo anterior, del creciente recurso a los principios jurídicos en el constitucionalismo contemporáneo. No obstante, si bien es cierto que esta discrecionalidad es inevitable, también lo es que debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad y que suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica.”

⁴⁰ Sin embargo, cuando la autoridad pública se sitúa como sujeto activo de aquella pretensión, la ley prevé indirectamente la ponderación del interés público en cuanto establece: “Medidas cautelares solicitadas por el Estado. El Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, siempre que concurren las siguientes circunstancias: 1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público (...)” (conf. art. 16, ley 26.854).

pretensión cautelar, a saber: cuando se solicitara la suspensión de los efectos de un acto estatal, trátase de una ley, un reglamento, un acto general o particular (artículo 13); el requerimiento de una medida positiva, es decir, la concreción de determinada conducta estatal (artículo 14); y, finalmente, el objeto de la pretensión cautelar se trate de una medida de no innovar –incluyendo las medidas de carácter conservatorio no previstas en la ley–.

En todas esas hipótesis fácticas se exige el requisito de fundabilidad negativo configurado por la no afectación del interés público.⁴¹

Por otra parte, como señaláramos antes, la ley 26.854 consagra la bilateralización obligatoria previa al dictado de las medidas cautelares cuando el sujeto pasivo resulta el Estado nacional o sus entes descentralizados (artículo 4).

En efecto, como regla, antes del dictado de la medida cautelar el juez deberá requerir a la autoridad pública que produzca informe dentro del plazo de cinco días, otorgando una incidencia calificada al interés público pues su consideración específica por la demandada resulta exigida por la ley como un contenido obligatorio aquel informe previo.⁴²

⁴¹ Debemos precisar que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española el vocablo “Afectación” significa “acción de afectar”, y, a su vez, “afectar” –en su quinta acepción, implica “menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente.” Sin embargo, consideramos que no cualquier afectación del interés público puede impedir la procedencia de la medida precautoria. Dicho de otro modo, la afectación debe tener algún grado de calificación pues de lo contrario prácticamente sería imposible que algún interés público no se viera afectado, y así, una mínima afectación alcanzaría para impedir la tutela cautelar efectiva. Por eso, la regulación prevista en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, resulta más adecuada al establecer: “artículo 22. Podrán disponerse medidas cautelares siempre que (...) c) La medida requerida no afectare gravemente el interés público.”

⁴² Efectivamente, el artículo 4 de la ley, en su primera parte, preceptúa: “Informe previo. 1. Solicitada

A su vez, la nueva ley 26.854, le imprime especial relevancia al interés público al referirse a su valoración frente a la solicitud de prórroga de la vigencia temporal de las medidas cautelares dictadas frente al Estado, en cuanto en su artículo 5 preceptúa: “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.”

Pues bien, la trascendencia calificada que el nuevo régimen cautelar le confiere al presupuesto de fundabilidad negativo y la ausencia de pautas legislativas objetivas orientadoras para proporcionarle un perfil adecuado, nos conduce a la necesidad de procurar obtener precisiones respecto del contenido actual del interés público.⁴³

Ciertamente, en mayor o menor medida, todos podemos percibir el interés público, advertir dónde se encuentra, distinguirlo del interés privado. Sin embargo, nos resulta muy dificultoso definirlo⁴⁴.

Con referencia al interés público, se ha dicho que su concepto coincide con el de interés general y con el de bien común, constituyendo, en definitiva, el interés común de todos los ciudadanos.⁴⁵

la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá 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 (...).”

⁴³ Por el contrario, el interés público tiene que aparecer siempre con un contenido concreto escindible, como algo definible. Si el interés público carece de contenido concreto deja de ser tal, transformándose en una mera apariencia, con la que muchas veces se busca justificar un exceso o una desviación en el ejercicio del poder. La simple invocación del interés público, como algo vago e inasible, no sirve para nada, es como una forma, dentro de la cual nada existe es una apariencia, cuando en verdad debe ser una realidad.” GALLEGOS FEDRIANI, Pablo (2014): “El interés público y las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional a la luz de la nueva ley 26.854, Rev. DPI Derecho Administrativo, año 2, N° 37, 30/9/2014, <http://www.dpicanico.com/wp-content/uploads/2014/09/doctrina2014-09-30.pdf>.

Consulta realizada el 11/11/2014.

⁴⁴ “con agudeza y simpatía Guillermo Andrés Muñoz, comparó en ese sentido el interés público con el amor: es más fácil sentirlo que definirlo”. MEILÁN GIL, José Luis (2011): *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Madrid: Iustel.

A su vez, Gallegos Fedriani (2002) considera que “el contenido concreto del interés público puede ser tan variado y diferente como el que es propio de cualquier interés particular o privado. Dependerá de las condiciones políticas, sociales, económicas, morales, y en general, culturales, reinantes en un país o en un lugar determinados, en un tiempo dado. Por eso mismo, el contenido concreto del interés público no es fijo o invariable, sino que puede llegar a modificarse, total o parcialmente, como resultado de la alteración de las condiciones y de las costumbres que le han dado origen (...)”

Ciertamente, toda actuación de los poderes públicos debe hallarse encaminada a la satisfacción del interés público.⁴⁶

La relevancia del interés público en la actuación de los poderes del Estado encuentra vinculación esencial con sus propios fines y con la necesidad de satisfacerlos adecuadamente para el bienestar común de los ciudadanos.

En los Estados de Derecho tales fines públicos se hallan plasmados en sus ordenamientos jurídicos, en sus respectivos programas constitucionales, y han de concretarse por los poderes públicos con sujeción a éstos y a sus principios derivados.⁴⁷

Dicho de otro modo, los fines estatales deben buscarse en cada ordenamiento jurídico, y se satisfacen con sujeción al mismo, y como natural consecuencia, con sometimiento a

⁴⁵ SÁINZ MORENO, Fernando, Reducción de la Discrecionalidad: El Interés Público Como Concepto Jurídico”, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 8, Civitas, Madrid, 1976, pág. 63-94, citado por COMADIRA, Julio Rodolfo, Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 259.

⁴⁶ Para nuestra Constitución Nacional, el fin último del Estado, el que justifica todo su accionar, es el bien común, el bienestar general, siendo la libertad el instrumento apto para alcanzarlo, con la existencia de derechos e intereses individuales que son respetados y garantizados, a través de un orden jurídico que los legitima.” ESCOLA, Héctor Jorge (1989): *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Depalma, Pág. 263.

⁴⁷ “se hace imprescindible un juicio anticipado acerca de la legalidad de la actuación administrativa. De él dependerá que la Administración pueda hacer o no valer los privilegios que le asisten como depositario del interés público. Si resulta prima facie que la Administración actuó prescindiendo de los cauces jurídicos establecidos al efecto no podrá pretender que el Juez, al decidir sobre la concesión o no de una medida cautelar, haga jugar en su favor la prevalencia de los intereses públicos.” HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio (2001), “Medidas Cautelares en lo Contencioso Administrativo y Constitución Española. Una Propuesta Para Un Debate Aún Abierto”, *Revista de Derecho Administrativo*, año 2001, Lexis Nexis, Buenos Aires, pág. 163.

principios jurídicos fundamentales de los Estados de Derecho, tales como los de legalidad o juridicidad, objetividad, razonabilidad, buena fe, seguridad jurídica, entre otros.

A su vez, tales principios coadyuvan a garantizar una actuación ética de los poderes públicos, una de cuyas contracaras es la corrupción.⁴⁸

Es que la relevancia de la ética pública se refleja directamente en la idea de servir al interés público, pues como explica Coviello (2012) “la idea de bien común tiene un sentido que abarca toda la acción estatal. Aquí ingresa la ética pública en la actividad de la máxima conducción estatal. Política y ética no constituyen compartimentos aislados. Se alimentan de la misma raíz. Servir al bien común constituye un paradigma que es la "rosa de los vientos" del gobernante. Es estar atento a las necesidades de las personas que son servidas. Ello implica dejar de lado el oportunismo político, el decisionismo, o toda otra forma de tergiversación de los fines y los medios de la concreta acción estatal.”⁴⁹

De acuerdo a lo dicho, cabe concluir que el interés público se enlaza directamente con los fines de la actividad estatal.⁵⁰

⁴⁸ Su tratamiento en general va acompañado por el de uno de sus notables defectos que es la corrupción. Ésta, ciertamente, mucho tiene que ver con el tema, pero la ética pública no abarca exclusivamente la corrupción. Hay acciones que pueden merecer reparo ético, pero no lleva necesariamente a reprocharlas como corruptas. Es más, pretender que la ética pública se limite sólo a la Administración Pública, implicaría una visión demasiado estrecha que iría en su desmedro, puesto que dejaría vacías otras manifestaciones no menos importantes, como luego se verá. La ética pública es la raíz nutricia, el alma que da razón al ser del Estado y a su buen funcionamiento (...). COVIELLO, Pedro José Jorge (2012): “Reflexiones sobre la ética pública”, LL Sup. Constitucional, 11 de mayo de 2012, pág. 1.

⁴⁹ no son otra cosa que la derivación de esa idea de servir al bien común, a lo que agrego, como una persona honorable. Desgraciadamente el honor es un valor pisoteado por el relativismo cultural y el pensamiento débil. En la sabiduría hebrea se dice: "No es el lugar que honra al hombre sino que es el hombre mismo que honra el lugar" (Taanit, 21)". COVIELLO,(2012): Op. Cit., pág. 13.

⁵⁰ El poder del Estado es moral. No lo posee para hacer su voluntad (la de quienes gobiernan), sino para bregar por el interés general, el bien público o el bien común, según la denominación que se prefiera para designar el fin de la acción estatal.” COVIELLO (2012), Op. Cit., pág. 8.

Ahora bien, es preciso otorgarle contenido concreto al interés público para lo cual debemos indagar acerca de cuáles resultan ser tales fines estatales, que –como afirmáramos–, se sitúan dentro del propio ordenamiento jurídico y en el programa constitucional.

De tal manera, comenzamos a observar unos amplios contenidos palpables y advertimos la presencia de numerosos fines públicos, de intereses públicos, no así de uno único.

Sin embargo, consideramos que así como existen unas jerarquías normativas que permiten suponer unas de mayor relevancia y privilegiarlas respecto de otras, también ha de existir una correlativa gradación en la satisfacción de los fines estatales.

Por eso, las directrices superiores del ordenamiento jurídico ofrecerán las pautas para determinar cuáles resultan ser los fines superiores del estado, que deberán privilegiarse en los supuestos de presentar conflictos entre sí.

Dicho de otro modo, el contenido del ordenamiento jurídico y su propia gradación normativa otorgarán, respectivamente, el contenido de los fines estatales y el nivel de preferencia en su satisfacción.

Consecuentemente, remitidos a las directrices fundamentales de nuestra juridicidad, es válido concluir de acuerdo a los tratados internacionales incorporados con jerarquía constitucional a nuestra Ley Fundamental a través de la reforma de 1994, que la concreción de los derechos y deberes humanos resulta una finalidad primordial en nuestro ordenamiento jurídico actual.⁵¹

⁵¹ En efecto, a partir de la incorporación y elevación a rango constitucional de los instrumentos internacionales que menciona el art. 75 inc. 22 CN, ha quedado reforzada la idea de que la protección universal, sin discriminaciones, de los derechos humanos es la razón de ser de las autoridades públicas que despliegan la función administrativa”. SAMMARTINO, Patricio M.E. (2012): “Tutela urgente e interés público”, JA- 2006- II, pág. 158. Véase, asimismo, MEILAN GIL, José Luis (2011): Op. Cit., pág. 186, quien afirma: “(...) los derechos fundamentales forman parte de los intereses generales, constituyen su núcleo duro que los poderes públicos y, en concreto, la Administración, han de servir, no sólo respetándolos, sometidos a ellos por ser Derecho, sino como guía de su actuación para hacer que sean reales y eficaces (...)”.

En suma, el Estado debe satisfacer primordialmente el interés público emanado de las directrices superiores de la juridicidad, lo cual ha de concretar por conducto de los principios jurídicos básicos, entre los cuales se destacan los de juridicidad, objetividad, razonabilidad, igualdad, buena fe y seguridad jurídica.

Cabe concluir pues, que el interés público se vincula estrechamente con los objetivos del Estado de Derecho, es decir, la búsqueda del bienestar común, el cual, a su vez, e ineludiblemente, se alcanza a través del sometimiento de los ciudadanos y poderes públicos al ordenamiento jurídico, y de modo específico, por medio del respeto de los preceptos superiores de la juridicidad.

3. Conclusiones.

A través del análisis de la ley 26.854, puede concluirse que las numerosas y desproporcionadas potestades procesales colocadas en la esfera estatal, que han sido reseñadas, afectan la propia esencia de la tutela judicial efectiva, garantía consagrada por tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional con idéntica jerarquía, permite considerar al nuevo régimen cautelar lesivo de aquellas convenciones, lo cual evidencia su inconventionalidad, aún en los supuestos de excepción establecidos por la ley que implicarían una pretendida tutela diferenciada.

A mayor abundamiento, si bien ello resulta suficiente para concluir acerca de la inconventionalidad del nuevo dispositivo, a su vez se observa una grave incongruencia respecto de principios fundamentales rectores del sistema de derechos humanos tales como los de progresividad y de prohibición de regresividad.

Los mencionados principios, aún cuando consideramos que pueden utilizarse en el caso de derechos civiles y políticos, resultan absolutamente aplicables en el caso de la afectación restrictiva de derechos sociales, que se advierte de modo directo e indirecto en el nuevo dispositivo legal bajo estudio.

Es que la nueva ley vulnera la tutela cautelar de toda categoría de derechos sin distinción, y por lo tanto resulta regresiva, lo cual es inadmisibles de cara a los tratados de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional.

En tal orden de ideas ha advertido COURTIS (2006), que “la noción de regresividad puede aplicarse a las normas jurídicas, es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa). En este sentido -no empírico sino normativo-, para determinar que una norma es regresiva es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior.”, aclarando luego que “que si bien tales principios son empleados en materia de derechos sociales, su aplicabilidad no tiene por qué limitarse a ese campo.”

Dicho de otro modo, el principio de prohibición de regresividad debe ser de aplicación sin distinciones de categorías de derechos humanos, con una visión integradora, siempre en pos de la obtención de su más amplia tutela, en cuanto posicionados en la cúspide de la juridicidad actual, por conducto del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, se halla comprometido el propio interés público en la concreción y satisfacción de aquéllos.

En suma, tal desproporción contenida en la ley 26.854 conspira directamente contra la vigencia de la protección cautelar, aspecto esencial de la tutela judicial efectiva, circunstancia que permite concluir, como natural consecuencia, que el nuevo régimen normativo se halla en contradicción con los tratados internacionales de derechos humanos, así como también en crisis respecto de principios fundamentales rectores de tal sistema, tales como los de progresividad y de prohibición de regresividad.

A su vez, se ha reparado en la circunstancia de que coadyuvando a tales circunstancias, la ley contiene imprecisiones, vaguedades y ambigüedades, que generan una inevitable incertidumbre provocadora de una enorme inseguridad jurídica.

Finalmente, debe señalarse que a más de un año de vigencia de la nueva ley 26.854, la jurisprudencia lejos está de mostrarse uniforme, pues mientras algunos órganos judiciales han declarado la inconstitucionalidad de varios de sus artículos, otros han sostenido la constitucionalidad de la ley de manera integral.

Referencias bibliográficas

CASSAGNE, Juan Carlos–PERRINO, Pablo Esteban (2006): *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires: Lexis Nexis.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2000): “La temporalidad y el derecho civil”, *Revista del Centro de Investigaciones de derecho civil*, N° 4, año 2000. pp. 29-39.

En <http://revista.cideci.org/index.php/trabajos/article/viewFile/32/59>. Consulta realizada el 10/11/2014.

COURTIS, Christian (2006): *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Del Puerto.

GALLEGOS FEDRIANI, Pablo (2014): “El interés público y las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional a la luz de la nueva ley 26.854”, *Rev. DPI Derecho Administrativo*, año 2, N° 37, pp. 1-2.

En <http://www.dpicanon.com/wp-content/uploads/2014/09/doctrina2014-09-30.pdf>. Consulta realizada el 11/11/2014.

GALLEGOS FEDRIANI, Pablo (2002): *Las Medidas Cautelares Contra la Administración Pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, pág. 58, citado por TETTAMANTI de RAMELLA, Adriana (2004): “Las Medidas Cautelares en el Proceso Administrativo”, *Estudios de Derecho Administrativo X. El Proceso Administrativo en la República Argentina*, UCA-IEDA.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad (2005): “Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Número 13, pp. 121-164.

MEILÁN GIL, José Luis (2011): *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Madrid: Iustel.

OROZ, Miguel H.E.(2004): “Un nuevo atropello al Estado de Derecho. Algunas anotaciones en torno del Proyecto de reformas en materia de medidas cautelares en el ámbito bonaerense”, *La Ley* 2004-F.

PALACIO, Lino E. (1992): *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot.

PERRINO, Pablo E.- MENDOZA, Martín Luján (2009): “Un proyecto de reforma al régimen procesal que restringe indebidamente la protección cautelar contra el Estado nacional”, *RDA* N°69, Julio/septiembre de 2009, pp. 881 y ss.

RUIZ, Ramón (2010): “Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 20, 2010, Valencia, pp. 119-132.

SAMMARTINO, Patricio (2012): *Amparo y Administración. En el Estado constitucional social de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

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