

**Publicación: Revista de Derecho Procesal Civil y Comercial**

**Fecha: 20-03-2015 Cita: IJ-LXXVII-444**

## **Tutela judicial efectiva a la luz de la Ley N° 26.854[1]**

Por Patricio Maraniello

### **I. Introducción** [arriba] -

La herramienta fundamental que protege el cumplimiento de la tutela judicial efectiva es sin duda la medida cautelar, pues toda cautelar trata en su esencia que tanto el procedimiento como las sentencias sean efectivamente cumplidas, es decir, que el Poder Judicial tutele en debido modo los derechos conculcados.

El 29 de abril de 2013 se promulgó la Ley N° 26.854 en la que se encuentran reguladas las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional.

La mencionada ley fue objeto de numerosas críticas por parte de juristas, Asociaciones Civiles, FORES, ACIJ, Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Federación Argentina de Colegios de Abogados, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Asociación Civil de Defensa del Medio Ambiente, profesionales independientes, ex jueces, etcétera.

Ante ello debemos analizar si esta nueva ley ha perjudicado o ha alterado de algún modo la tutela judicial efectiva puesto que, como dijimos, en la medida en que se cumpla el instituto cautelar podemos decir que los justiciables tendrán en toda acción judicial una efectiva tutela de sus derechos.

### **II. Medidas cautelares** [arriba] -

A los efectos de realizar un comparativo con la situación actual de las medidas cautelares, debemos efectuar un breve repaso de éstas antes de la sanción de la Ley N° 26.854.

#### *1. Definición*

Entre la iniciación del proceso, y aún antes, y el eventual otorgamiento de la pretensión perseguida transcurre un tiempo, en el cual ésta puede resultar de dificultosa o imposible concreción; para evitar este efecto y sostener la posibilidad de realizar el objeto del proceso se han regulado las medidas cautelares, que se entienden como actos del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de los interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o para seguridad de las personas o satisfacción de necesidades urgentes que no pueden ser definitivos[2].

Por ende, la finalidad del proceso cautelar es asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso, y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido[3].

## *2. Características*

Las medidas cautelares revisten las siguientes características especiales: 1) accesorias o instrumentales, 2) inaudita parte, 3) fungibles, y 4) provisorias.

## *3. Presupuestos para su otorgamiento*

Ø Verosimilitud del derecho: las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otro que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo agota su virtualidad[4].

Ø Peligro en la demora: estos requisitos de peligro en la demora o posibilidad de perjuicio significan evitar, precisamente, el riesgo de que la demora en llegar la sentencia no haga ilusorio el objeto del proceso, teniendo la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o el agravamiento o la alteración de una situación de hecho o de derecho[5].

Ø Contracautela: así como la medida cautelar protege al actor en un derecho que aún es litigioso, la contracautela asegura a su vez al demandado la posibilidad del resarcimiento de los perjuicios sufridos cuando aquélla se trabó sin razón.

## **III. Tutela judicial efectiva** [arriba] -

### *1. Definición*

Existen muchas definiciones de la tutela judicial efectiva, sin embargo, la más concreta y citada suele ser la establecida por el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, introducida en la reforma de 1994; allí se establece:

La provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento

administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

## 2. Alcances

El alcance de la tutela judicial efectiva se habitúa dar en tres momentos diferentes: 1) al acceder a la justicia, 2) durante el desarrollo del proceso, y 3) al tiempo de ejecutarse la sentencia.

3. Características La tutela judicial efectiva se ha incrementado a lo largo del tiempo, dando paso a una mayor caracterización de dicho instituto, como ser:

- Libre acceso a la jurisdicción.
- Proceso con las debidas garantías.
- Procedimiento justo, imparcial y rápido.
- Protección de sentencias oportunas y de real cumplimiento.
- Prohibición de la indefensión.

## 4. Regulación normativa

Si bien su regulación tiene más de sesenta años[6], su denominación fue mucho más reciente, pues pasó por varios períodos:

### A. Acceso a tribunales independientes

Comenzó como un derecho ineludible a ser juzgado por tribunales independiente; ello se reguló en el art. 24 de la Constitución italiana de 1947, en el art. 19 de la Constitución alemana de 1949 y en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

### B. Recurso efectivo

El art. 25, inc. 1° de la Convención Americana de Derechos Humano, que ha seguido la Convención Europea de Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho a un

recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Estos recursos genéricamente llamados “efectivos”, que según los arts. 8º, inc. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, protegen los siguientes derechos: 1) el derecho a ser oído, 2) con la debida garantía, y 3) dentro de un plazo razonable por jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales .

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en la opinión consultiva 9/87 que no pueden considerarse “efectivos” aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios .

### *C. Tutela efectiva*

Muy concretamente el art. 24, inc. 1º de la Constitución Española de 1978 ha regulado expresamente la “tutela efectiva”, por la cual consideró que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

El núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial proclamado por el art. 24.1 CE consiste en varios aspectos, como ser:

§ El acceso a la jurisdicción.

§ El derecho a obtener una sentencia que ponga fin al litigio suscitado en la instancia adecuada (SSTC 144/2003, 290/2006, 24/2010).

§ El derecho al cumplimiento de la sentencia (arts. 117.3 y 118 Constitución Española).

§ El derecho a entablar los recursos legales (SSTC 37/1993, 111/2000, 21/2002).

§ La prohibición de la indefensión.

La idea de indefensión es entendida en un sentido amplio (STC 48/1984). Se origina, por lo tanto, la indefensión cuando de forma ilegítima se privan o limitan los medios de defensa

producidos en el seno de un proceso, ocasionando en una de las partes, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos.

La indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o una minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes. (STC 40/2002).

#### *D. Tutela judicial efectiva*

Finalmente, el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 de diciembre de 2000 efectúa la denominación que hoy conocemos como “tutela judicial efectiva”.

#### **IV. Análisis de la Ley N° 26.854** [arriba] -

El 29 de abril de 2013 se promulgó la Ley N° 26.864, en la que se sistematizan las medidas cautelares en las causas en las que es parte interesada o interviene el Estado Nacional (en adelante LMC). Esta ley se enmarca dentro de un paquete de cinco proyectos de leyes más que enviará el Poder Ejecutivo con el fin de reformar el Poder Judicial, bajo el lema “democratización del la justicia”.

La LMC en su art. 1° estipula como obligación que todas las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado Nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos, se regirán por las disposiciones de la presente ley.

A ello debemos incluirle lo dicho por el art. 18 de la mentada ley, que deja en reserva la aplicación del C.P.C.C. de la Nación, tan sólo en los casos en que no sean incompatibles con las prescripciones de la presente LMC.

Es por dicha circunstancia que debemos realizar un análisis de compatibilidad y de constitucionalidad de las nuevas previsiones de la ley, pues se está implementando un instrumento muy sensible para la sociedad.

##### *1. Invalidez de medidas cautelares decretadas por juez incompetente*

Según el art. 2° de la LMC, los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Si bien ello no es novedoso, pues el art. 196 del C.P.C.C.N. ya contemplaba dicha limitación, el mismo artículo establecía la posibilidad de su validez si había sido dispuesta de conformidad con las prescripciones del capítulo que las regulaba.

El inc. 2° del art. 2° de la LMC tan sólo desarrolla la posibilidad de dar validez a medidas cautelares dictadas por un juez incompetente cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso. En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente.

Esta excepción no se encontraba en el proyecto de ley enviada por el Poder Ejecutivo Nacional, sino que fue incorporada a petición del CELS[7] en las respectivas comisiones.

Considera que están comprendidos dentro de estos sectores: a) cuando se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, b) la salud, c) un derecho de naturaleza alimentaria, y d) un derecho de naturaleza ambiental.

El Centro de Estudios Judiciales y Sociales, con fecha 16/04/2013, emitió su opinión sobre la reforma judicial y, en particular, sobre las medidas cautelares, que a esa fecha no eran aún ley; expresó:

“... Las medidas cautelares constituyen medidas efectivas para la protección de grupos en situación de vulnerabilidad. Desde esta perspectiva, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)[8] ha solicitado el dictado de medidas cautelares contra el Estado para asegurar, entre otros supuestos, el acceso a la educación de migrantes, la definición de alternativas de vivienda de personas desalojadas, la suspensión de normas limitantes en forma inconstitucional de la libertad personal o la suspensión de actos administrativos de expulsión de migrantes. Del mismo modo, las medidas cautelares pueden ser necesarias para defender la libertad sindical o exigir acciones positivas del Estado, a fin de garantizar derechos en condiciones de igualdad...”.

## *2. Coincidencia con el objeto de la demanda principal*

El art. 3°, inc. 4° in fine de la LMC imposibilita que las medidas cautelares puedan coincidir con el objeto de la demanda principal. Ello resulta totalmente inconstitucional por violar los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, y los arts. 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Toda vez que se ve truncado un debido proceso legal adjetivo y la tutela judicial efectiva.

Pues como se ha dicho en los puntos anteriores, la esencia fundamental de las medidas cautelares es la de asegurar el resultado de una futura sentencia favorable e, indefectiblemente, debe coincidir con el objeto principal de la demanda. De ese modo se encuentra regulado en la mayoría de los códigos procesales de provincia y en el art. 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Es decir, los jueces deben dictar toda medida cautelar que tenga por objeto garantizar los efectos del proceso y la sentencia, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida.

Por lo tanto, la regulación fijada por la LMC se encuentra a contramano de las nuevas tendencias que propugnan el dictado de medidas cautelares que solucionen o suspendan el actuar del Estado que produzca un daño a derechos protegidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

En este contexto no veremos sentencia como la dictada por el Juzgado Federal Contencioso Administrativo N° 6 en la causa “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia s/amparo Ley N° 16.986”[9], en donde se discutía la constitucionalidad de la LMC, tema que resulta de una importancia pasmosa; el juez rechazó la demanda, teniendo en cuenta que el examen de la tutela pretendida implica examinar de manera anticipada la materia debatida en la causa.

El juez Martínez, a cargo del Juzgado Federal N° 1 de San Nicolás, en las causas “De Felipe” y “Colegio de Abogados de San Nicolás”[10], consideró que en el inc. 4° del art. 3° de la LMC, en forma perentoria se trunca la posibilidad al accionante de impedir que se frustren sus derechos con el transcurso del tiempo; pues no debe olvidarse que una de las finalidades de las medidas cautelares es la afectación de cosas o personas al resultado de un proceso, al que acceden, para evitar que el tiempo que transcurre entre la promoción de la acción y el dictado de sentencia tornen ilusorios o se frustren los derechos que fueron confiados a la justicia; a la vez que se convertiría la medida cautelar en un instituto anodino, habida cuenta de la amplia gama de situaciones, tomando en consideración el tiempo real que por recargo de tareas de los tribunales requiere la tramitación de una causa en todas sus instancias. De tal modo, aunque finalmente recaiga sentencia favorable al accionante, al privárselo de la protección anticipada llevaría al absurdo de tomar ilusorios los derechos que se dicen conculcados.

Siendo entonces dicha normativa arbitraria y lesiva para la eficaz actividad jurisdiccional que la Carta Magna atribuye a los jueces (art. 116, CN), declarando su inconstitucionalidad.

### *3. Informe previo*

El inc. 1° del art. 4° de la LMC estipula que una vez 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.

El juez podrá tramitar y decidir sin informe previo de la demandada las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2°, inc. 2°, es decir, los llamados sectores socialmente vulnerables.

De una rápida lectura podemos decir que ello no es nuevo, ya que lo tenemos, por ejemplo, en el art. 15 de la Ley de Amparo de la Ciudad de Buenos Aires[11]; allí se dispone que cuando la medida cautelar solicitada afectase la prestación de un servicio público o perjudicara una función esencial de la administración, el juez previamente le correrá traslado a la autoridad pública demandada para que se expida dentro de un plazo máximo de dos (2) días sobre la inconveniencia de adoptar dicha medida, pudiendo el juez rechazarla o dejarla sin efecto declarando a cargo de la autoridad demandada o personalmente por los que la desempeñan, la responsabilidad por los perjuicios que se deriven de su ejecución.

Este comparativo nos servirá para señalar con sólidos argumentos los serios inconvenientes que trae aparejados la adopción de este artículo. En primer término, debemos decir que el informe previo pretendido por la LMC no debe ser utilizado, pues la regla general es que todas las medidas cautelares deben dictarse sin audiencia a la otra parte. Pero, si podría utilizarse excepcionalmente para algunos juicios, sabido es que juicios ordinarios seguramente la urgencia sea menor que en los juicios sumarísimos (por ej. Amparos), del mismo modo interés público.

En segundo lugar, la LMC establece en forma obligatoria y previo a resolver, el Estado deberá verificar si la medida cautelar solicitada afectase la prestación de un servicio público o perjudicara una función esencial de la administración, invirtiendo de este modo el análisis de la medida afectación a la parte demandada, pues la LMC da una presunción en contra de la medida y el demandado es quien debe justificarlo. Algo por demás inconducente para toda medida cautelar que no logra subsanar la excepción a los sectores socialmente vulnerables, que describe el inc. 3° del art. 4° de la LMC.

Lo correcto sería realizar una regulación como se encuentra desarrollado en el art. 15 de la Ley N° 2145, que hasta la fecha jamás ha sido planteada su ilegitimidad o inconstitucionalidad, donde el juez es quien evaluará en cada caso concreto la afectación de algún servicio público o alguna función esencial del Estado; en dicho caso el juez correrá traslado para que la accionada se expida.

Pero lo más dramático se encuentra en la segunda parte del inc. 1° del art. 4° de la LMC, que permite a la parte demandada que en dicho informe previo se expida sobre las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada, produciendo de este modo la ruptura de una de las características esenciales de toda medida cautelar, que es justamente la unilateralidad y urgencia.

Han existido muchos fallos adversos al art. 4° de la LMC. Nos aventuramos a decir que fue uno de los artículos más declarados inconstitucionales de toda la ley. Como por ejemplo, el Juzgado Federal N° 1 de San Nicolás, en las causas ya citadas[12], advierte que la nueva normativa —al requerir un informe previo al dictado de la cautelar— desconoce un principio inherente, que hace a la naturaleza propia de la figura cautelar, que debe ser decretada “inaudita parte”; a través de esta normativa a todo aquel que accione cautelarmente contra el Estado o sus entes se le impone una carga adicional, pero además de ello colocan a éste en una posición ventajosa sobre cualquier otro litigante particular, al tomar conocimiento anticipado de las pretensiones y los fundamentos del accionante, antes de que le sea notificada la demanda. Se entendió que ello constituye un menoscabo a los derechos de los



particulares, los que pese a encontrarse amparados por las garantías de los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional se encuentran en una situación enojosa o irritante de desigualdad en las condiciones de acceso a la justicia. Por tales motivos consideramos que el artículo cuestionado es lesivo a las garantías constitucionales señaladas.

Del mismo modo, el Juzgado Federal N° 4 de Mar del Plata en la causa “Tirrelli”[13] ha resuelto que dicha normativa restringe el dictado de medidas cautelares, limitando la evaluación de las circunstancias del caso que debe formular el magistrado, alterando la división de poderes con relación a la causa.

Por su parte, el Juzgado Federal N° 1 de Neuquén en la causa “Spinelli”[14], ha dicho que el informe del art. 4°, inc. 1°, produce la desnaturalización de la medida cautelar que origina esta bilateralidad obligada. La previa sustanciación de la medida cautelar permitirá que el Estado consume los hechos que intentan evitarse con la traba de la medida, y conozca de antemano el contenido de la demanda. Declara la inconstitucionalidad del art. 4°, inc. 1° de la Ley N° 26.854.

También podemos citar la resolución del Juzgado Federal Contencioso Administrativo N° 9 en la causa “Soto”[15], en el que se expresa que el requerimiento del informe previsto en el art. 4°, inc. 1° de la Ley N° 26.854 puede acarrear una grave afectación al principio de la tutela judicial efectiva, en tanto vulnera los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, precedentemente enunciados, declarando su inconstitucionalidad.

#### *4. Medidas interinas*

El párrafo tercero del inc. 1° del art. 3° de la LMC indica que sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o el tribunal podrán 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 el tribunal podrán ordenar una vista previa al Ministerio Público.

Si la LMC establece estas medidas interinas para circunstancias graves y objetivamente impostergables hasta la presentación del informe y justamente consideramos que el informe previo es inconstitucional, no tendrían, por ende, sentido alguno estas medidas, ya que al no existir la obligación del traslado para expedir el informe previo, los jueces podrán dictar directamente la medida cautelar sin dictar previamente ninguna medida interina.

El Poder Judicial se ha expedido sobre esta temática. El Juzgado Federal N° 1 de Neuquén en la causa “Spinelli”[16] advierte que esta medida interina sólo puede ser dictada en circunstancias excepcionalísimas que determinen que el dictado de la tutela es objetivamente impostergable, lo que restringe significativamente su ámbito de aplicación, sin que por lo demás la redacción dada a la norma permita asegurar que la medida interina proteja adecuadamente a su destinatario, desde que su vigencia cesaría al momento de presentarse el informe —o de vencer el plazo para hacerlo— y no cuando se dicte la

resolución posterior, que no necesariamente coincidirá en el tiempo con aquel hito temporal.

### *5. Vigencia temporal*

El art. 5° de la LMC fija un límite razonable para la vigencia de las medidas cautelares, 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 art. 2°, inc. 2°, es decir, los llamados sectores socialmente vulnerables.

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.

La fijación de un plazo de seis (6) meses de vigencia de las medidas cautelares dictadas en los procesos ordinarios de conocimiento o de tres (3) en procesos sumarísimo y en los juicios de amparo implica desconocer la finalidad del instituto cautelar, como garantía del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, y del principio de la tutela judicial efectiva, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica, de jerarquía constitucional[17].

Resulta dificultoso pensar la fijación de un plazo general en términos razonables, pues se estaría dejando de lado uno de los elementos más importantes de toda medida cautelar, que es justamente el peligro en la demora que motiva cada dictado.

No debe pasarse por alto que las medidas cautelares son hoy en día la herramienta más eficaz para controlar a la Administración Pública. Fijarles un plazo de vigencia desnaturaliza un instituto importante dirigido a preservar la jurisdicción del Poder Judicial, tan caro a todo Estado de Derecho, y priva a los administrados de una tutela efectiva por parte de los jueces[18].

Ahora bien, la propia Corte Suprema de Justicia ha desarrollado esta cuestión en sendos pronunciamientos en el caso “Grupo Clarín SA y otros s/medidas cautelares”, en el que se vieron opiniones divergentes del propio tribunal, e incluso antes de la sanción de la LMC.

En su primera etapa, el 10 de octubre de 2010 por el voto de la mayoría si bien se desestimó el recurso extraordinario presentado por el Estado Nacional que pretendía revocar la medida cautelar que había suspendido la aplicación del art. 161 de la Ley de Medios Audiovisuales 26.522, esto es, la cláusula que fijaba a la actora un plazo de un año para desinvertir y vender sus canales y radios, obiter dictum aconsejó la fijación de un plazo razonable para la vigencia de la medida cautelar —ex officio o en su defecto, a pedido de parte— en el entendimiento de que la sentencia de fondo podría demorar un tiempo excesivo, y ello permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado. Los jueces Argibay y Petracchi no adhirieron a este voto, y simplemente desestimaron el recurso extraordinario por no dirigirse contra una sentencia definitiva o asimilable a tal.

En una segunda etapa, en los mismos autos, el 22 de mayo de 2012 la Corte confirmó el plazo de treinta y seis meses de vigencia de dicha cautelar establecido por la Cámara en lo Civil y Comercial Federal, ponderando que “no resulta irrazonable y se ajusta a los tiempos que insume la vía procesal intentada (acción meramente declarativa), a la prueba ofrecida por las partes y a la naturaleza debatida”. En ese mismo pronunciamiento, en el que se fija un plazo de tres años de vigencia para una medida cautelar en particular, el Alto Tribunal ordenó que dicho plazo contara desde el dictado de la medida cautelar, pues a su criterio la actora —Grupo Clarín— había demorado casi un año en la notificación de la demanda, lo cual a juicio de la Corte “resultaría demostrativo de un interés más centrado en lo provisional que en la resolución definitiva del pleito”.

En la última etapa de la causa “Clarín”, la Cámara Civil y Comercial Federal de la Nación[19] tuvo que expedirse nuevamente sobre el plazo de vigencia de dicha medida cautelar, dado que la parte actora, al vencimiento del plazo fijado por la Corte —el ya famoso “7D”, término que refiere al siete de diciembre de 2012, fecha en el que se cumplían los tres años de vigencia de la medida cautelar— requirió se prorrogue la medida cautelar hasta el dictado de la sentencia definitiva en la causa de fondo. En dicha oportunidad, el Tribunal, luego de analizar la conducta procesal de la parte actora y el avance del juicio, admitió, de manera acertada, el requerimiento formulado y, por ende, prorrogar la medida cautelar hasta la sentencia definitiva “a fin de no alterar significativamente las circunstancias y asegurar la utilidad, oportunidad y eficacia del fallo que habrá de recaer en los autos principales”[20].

Posteriormente, la Corte Suprema confirmó este último pronunciamiento jurisdiccional. Para así decidir, el Alto Tribunal entendió que la decisión de prorrogar la vigencia de la medida cautelar por considerar que la acción principal se encontraba en una etapa próxima al dictado de una sentencia de fondo es fruto de una solución posible, siendo además un dato relevante “el hecho de que se hubiera disipado el riesgo de una excesiva prolongación del proceso”[21].

Como vemos, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación vio que la posibilidad de aplicar un plazo en un mismo caso, aunque sea considerado razonable, altera directamente la esencia de toda medida cautelar, disponiendo en su último pronunciamiento la duración de la medida cautelar hasta el dictado de la sentencia definitiva, que en este caso estaba próximo a dictarse.

Con lo que nos lleva a concluir que la vigencia temporal de toda medida cautelar no puede estar supeditada a ningún plazo, y tan sólo debe perdurar hasta el dictado de la sentencia definitiva, que es precisamente el motivo de toda instancia cautelar, siempre que no se modifiquen las circunstancias del caso, que puede de este modo modificar, o dar por finalizada la medida cautelar atento que los motivos que la originaron han disminuido o desaparecido.

Y en dicho contexto consideró que los arts. 5° y 6°, en cuanto limitan temporalmente, y de manera totalmente arbitraria el plazo de duración de las medidas cautelares, también atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva.

Como reflexión final podemos decir, que si bien es cierto que en ciertas demandas los letrados han abusado de la utilización de las medidas cautelares, la Corte dictó sentencia en la causa “Radio y Televisión Trenque Lauquen”[22]; los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, además de desestimar el recurso del Estado por esa misma causal, volvieron a aconsejar la fijación de un plazo razonable de vigencia de la medida cautelar, de oficio o a pedido de parte. En este voto conjunto, que a diferencia del caso “Clarín” no logró mayoría, se sostuvo, entre otras cosas, que la prolongación indefinida de una medida precautoria constituye una verdadera desviación del objetivo tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto cautelar, y que dicha situación no encuadra en la mala fe procesal, pero constituye un abuso del derecho que no debe ser tolerado por los magistrados.

Sin embargo, todo ello no puede tener como solución la fijación de un plazo de vigencia de las medidas cautelares, sino por el contrario está en los jueces dentro del activismo judicial activar los procesos para que las medidas cautelares no se eternicen y se pueda obtener sentencia en debido tiempo y forma, que es justamente lo que se resguarda con la tutela judicial efectiva.

#### *6. Agotamiento de la vía administrativa*

En su parte in fine el art. 5° de la LMC establece que si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de dicha medida se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 8°, segundo párrafo.

Precisamente, este segundo párrafo del art. 8° de la ley indica que “cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa”. Va de suyo que, en cualquier caso, siempre la medida cautelar debe subsistir durante la tramitación de la vía administrativa, en la medida en que hasta su conclusión el administrado no tiene habilitada la instancia judicial.

#### *7. Interés público*

El art. 13 de la LMC establece que la suspensión de los efectos de un acto estatal podrá ser ordenada a pedido de parte; además de los requisitos tradicionales, se incluye la no afectación del interés público.

El interrogante no sería si esta requisitoria es correcta o incorrecta, sino que debemos establecer el correcto alcance que debe tener el interés público, lo que nos va a llevar a determinar el verdadero resguardo institucional.

Y debe quedar claro que el interés público no es el que el propio Estado establece sino, por el contrario, Escola sostiene que “en ciertas ocasiones, sobre todo en regímenes políticos de sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público ‘del pueblo’, como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el Gobierno, por la Administración Pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el jefe de Gobierno, conductor o líder de turno ... podrá darse la presencia de un interés, en cuanto se trata y consiste en una cosa o un bien a los que se considera valiosos, y que son queridos y pretendidos por quien los propone y define. Pero nunca podrá sostenerse, con propiedad, que ese interés sea un interés público, pues faltará esa coincidencia mayoritaria de intereses individuales que es la que otorga aquel carácter. Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del Gobierno, de la Administración Pública, etc., pero no de un interés público, condición que no adquiriría ni aun cuando ese interés, al que no se ha trepitado en llamar a veces superior, pudiera ser impuesto coactivamente a toda la comunidad: es que el interés público es sólo el resultado de querer voluntaria y libremente formulados, y nunca impuestos forzosamente a los componentes de la comunidad...”[23].

Por otra parte, Comadira señala que “las nociones de interés público o bien común reconducen no ya al interés propio de la Administración sino a los intereses generales de la comunidad a la cual la Administración sirve, por lo que exigir su valoración no supone afirmar, en nuestra opinión, la primacía de un interés público superior al de la propia legalidad del accionar administrativo porque éste no se puede desarrollar, en un Estado de Derecho, en contradicción con aquélla...”[24].

#### *8. Otras reglas que entorpecen el buen funcionamiento de la justicia*

Por último, y antes de volver sobre el análisis respecto al plazo, es importante señalar otras reglas contenidas en la Ley N° 26.854, que entorpecen el buen funcionamiento de la justicia y están orientadas a frustrar el instituto cautelar, a saber:

1) La exigencia de una contracautela material (art. 10, LMC).

2) La exigencia de requerir la suspensión del acto en sede administrativa (art. 13, apartado 2°, LMC).

3) El otorgamiento de efectos suspensivos a la apelación de las medidas cautelares que suspendan leyes, decretos de necesidad y urgencia, o delegados, (art. 13, apartado 3°, LMC).

4) La regulación flexible para las cautelares pedidas por el Estado (art. 16, LMC).

5) La extensión de la procedencia de la vía de la inhibitoria para supuestos de jueces de una misma jurisdicción. (art. 20, LMC).

### III. A modo de conclusión [arriba] -

Una de las garantías más importantes de los derechos a la tutela judicial efectiva son las medidas cautelares, y la unión entre ambas resulta imprescindible; tanto es así que una no podría subsistir sin la otra.

Y, justamente, la LMC dictada este año no ayuda a mejorar esta unión indestructible, sino por el contrario las separa de un modo tal que no logren tocarse y con ello garantizar los derechos constitucionales en juego. Todo ello nos lleva a reflexionar sobre la inconstitucionalidad de la mayoría de los artículos de la LMC.

Entre las inconstitucionales podemos mencionar:

1) la inutilización de la urgencia, atento la imposibilidad del dictado de una medida cautelar por un juez incompetente (art. 2 de la LMC);

2) la restricción de coincidencia entre las medidas cautelares con el objetivo de la demanda principal (art. 3 de la LMC);

3) el informe previo que destruye lo inaudita parte de toda medida cautelar (art. 4 de la LMC) y

4) el inadecuado plazo de vigencia de toda medida cautelar (art. 5 de la LMC).

Además de las inconstitucionalidades descritas, también no debemos olvidar las siguientes:

1) La exigencia de una contracautela material (art. 10, LMC); 2) la exigencia de requerir la suspensión del acto en sede administrativa (art. 13, apartado, 2°, LMC); 3) el otorgamiento de efectos suspensivos a la apelación de las medidas cautelares que suspendan leyes, decretos de necesidad y urgencia, o delegados, (art. 13, apartado 3°, LMC); 4) la regulación flexible para las cautelares pedidas por el Estado (art. 16, LMC); y 5) la extensión de la

procedencia de la vía de la inhibitoria para supuestos de jueces de una misma jurisdicción (art. 20, LMC).

Como hemos dicho, las medidas cautelares deben asegurar la eficacia de la sentencia definitiva, y la lentitud del proceso judicial no puede, en modo alguno, perjudicar a la parte que reclama una tutela judicial efectiva. En rigor, la propia lentitud de la justicia es, en sí misma, una afectación grave de la garantía de defensa en juicio y del principio de la tutela judicial efectiva, como ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “Furlan”[25].

Hay que tener presente, como señala Juan Carlos Cassagne[26], que “las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público”.

Finalmente, como idea final resulta interesante transcribir las siguientes palabras del profesor García de Enterría: “...La justicia provisional inmediata, que se ventila en el plano de las medidas cautelares, impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial en un momento en que la justicia definitiva no puede ser decidida sino tras larguísimos plazos temporales...”[27].

---

[1] Trabajo expuesto en las Jornadas de Análisis sobre “La Tutela Judicial Efectiva a la luz de la ley 26854”, celebrada el 08 de octubre de 2013, organizada por la Comisión de Derecho Procesal Constitucional de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

[2] Falcón, Enrique M., Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias, Abeledo Perrot, 1998, p. 299.

[3] CSJN in re “Estado Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) vs. Provincia de Río Negro s/su solicitud de medidas cautelares”, del 24/07/1991.

[4] CSJN in re “Cámara de Senadores de la Provincia de Corrientes vs. Estado Nacional s/inconstitucionalidad”, del 09/12/1993.

[5] Maraniello, Patricio, Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires comentado y anotado, Grun Editora, 1999, p. 96.

[6] O muchos más si nos inclinamos por cierta parte de la doctrina que lo considera inmerso dentro del debido proceso legal anglosajón regulado en la Carta Magna inglesa de 1215 o las enmiendas constitucionales de EE. UU. En este sentido podemos incluir la regulación establecida por el art. 18 de nuestra Constitución histórica de 1853/60.

[7] El Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS– estuvo presente en el debate que se llevó a cabo en el Congreso Nacional y propició reformas al Proyecto de Ley, algunas de las cuales fueron acogidas por el bloque del oficialismo y se vieron cristalizadas en la ley 26.854.

[8] [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar).

[9] Juzgado Federal Contencioso Administrativo N°. 6 in re “Asociación Argentina de

Abogados Ambientalistas de la Patagonia vs. en ley 26.854 s/amparo ley 16.986”, causa 6.513/2013, del 8 de mayo de 2013.

[10] Juzgado Federal N° 1 de San Nicolás in re “De Felipe, Ricardo vs. EN s/AMDI” y “CASN y otro vs PEN s/AMDI”, del 31/05/2013.

[11] Ley 2145.

[12] “De Felipe” y “Colegio de Abogados de San Nicolás”.

[13] Juzgado Federal N° 4 de Mar del Plata (Dr. López) “Tirrelli Carlos Gabriel y otro vs. Estado Nacional - PEN s/declarativa de Inc.”, del 03/06/2013.

[14] Juzgado Federal N° 1 de Neuquén, causa “Spinelli” del 04/06/2013.

[15] Juzgado Federal Contencioso Administrativo N°. 9 en la causa “Soto Lidia Beatriz y otros s. EN -PEN- LEY 26855 s/proceso de conocimiento”, 17/07/2013.

[16] Juzgado Federal N° 1 de Neuquén en la causa “Espínola Ana María vs. Estado Nacional s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, del 04 de junio de 2013.

[17] Cassagne, Ezequiel, “El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la ley 26.864”. Suplemento especial Cámaras Federales de Casación, del 23/05/2013.

[18] Cassagne, Ezequiel, ob. cit.

[19] CNACCF in re “Grupo Clarín SA y otros s/medidas cautelares”, del 06/12/2012.

[20] Cassagne, Ezequiel, ob. cit.

[21] CSJN in re “Grupo Clarín SA y otros s/medidas cautelares”, del 27/12/2012.

[22] CSJN in re “Radio y Televisión Trenque Lauquen”, del 15 de marzo de 2011. En estos autos se desestimó un recurso extraordinario del Estado Nacional contra la medida cautelar dictada a favor de la actora en las dos instancias inferiores, por medio de la cual se ordenó al Estado Nacional que se abstuviera de autorizar la transferencia de una licencia de radiodifusión a dos empresas extranjeras en violación de lo dispuesto por la Ley de Radiodifusión 22.285 (Adla, XL-D, 3902), la Ley de Bienes Culturales 25.750 (Adla, LXIII-D, 3817), y ahora la nueva Ley Medios Audiovisuales 26.522 (Adla, LXIX-E, 4136).

[23] Escola Héctor J., El interés público, Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 240/241.

[24] Comadira, Julio R., Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada, Buenos Aires, La Ley, 2003, ps. 257/258.

[25] CIDH, in re “Furlan y familiares vs. Argentina”, 31/08/2012.

[26] Cassagne, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL 2001-B, 1090.

[27] García de Enterría, La batalla por las medidas cautelares, Civitas, Madrid, 1992, p. 203.