

## ***Las medidas cautelares contra el Estado nacional. Cuando el poder no tiene límites\****

**Por Maximiliano A. Ceballos**

### **1. Introducción**

Nuestro Congreso nacional sancionó la ley 26.854<sup>1</sup> de reglamentación del instituto de las medidas cautelares ordenadas en contra, o a favor, del Estado nacional o sus entes descentralizados.

La normativa adolece de serios reparos constitucionales, pues afecta de modo directo preceptos de la Constitución nacional, y de tratados internacionales de los sistemas universal y americano de derechos humanos. Esta ley es una muestra más, pero muy grave, del desborde del poder de sus cauces normales previstos en la carta magna.

Parece poco serio que en el siglo XXI tengamos que recordar las importantes lecciones que nos enseñó el constitucionalismo clásico a lo largo de la historia universal. Parece poco serio que debamos recordar que el derecho (como elemento del Estado) es un límite al poder. Parece poco serio que debamos repasar que el modelo constitucional argentino es personalista y no totalitario. Parece poco serio que debamos recordar que nuestras formas de Estado y de gobierno (ambas) son democráticas, pues están al servicio del pueblo, no en su contra. Y parece poco serio que debamos reafirmar que Argentina vive en un Estado de derecho, cuya principal función es el respeto de la ley por gobernantes y gobernados, y la ley primera es la Constitución nacional.

No podemos opinar de otra manera, ya que nos parece poco serio todo este debate, debido a que estamos frente a un gobierno poco serio, que parece no formar parte de un Estado forjado por la espada, la sangre y las bayonetas, por la lucha por la libertad, la dignidad humana y el respeto de los derechos fundamentales.

Analicemos, entonces, los distintos aspectos normativos de la ley 26.854, y veamos cómo ella resulta insuperable a un control de constitucionalidad y de convencionalidad. Luego, el lector podrá apreciar que se podría haber legislado sobre temas realmente serios (como el hambre); con el mismo tiempo récord con que contó la sanción de la ley en comentario.

La ley 26.854 forma parte de un paquete de seis proyectos de leyes, remitidos por el Poder Ejecutivo al Congreso, que pretenden “democratizar la justicia”. Con este objetivo, y bajo el latiguillo del vocablo “democratizar” (que a todas luces resulta atractivo), pocas veces en la historia argentina existió semejante sofisma para controlar al Poder Judicial, último resguardo de las garantías individuales, y *palladium* de las libertades.

---

\* [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Sancionada el 24/4/13, promulgada el 29/4/13, publicada el 30/4/13 en el BO n° 32.629, y efectivamente vigente desde el 8/5/13 (cfr. art. 2°, Cód. Civil).

El objetivo de la ley 26.854 está encaminado a modificar sustancialmente los pasos procesales, en lo que a medidas cautelares respecta, cuando sea el Estado nacional, o alguno de sus entes descentralizados, partes en el proceso judicial, como actor o como demandado.

## **2. La desnaturalización de las medidas cautelares en los artículos 2° a 5°**

No comentamos nada del primer artículo pues sólo se limita a aclarar los alcances de la ley, el cual es la reglamentación de las medidas cautelares en contra y a favor del Estado.

Dice el art. 2° que, antes que el juez resuelva sobre la medida cautelar, debe expedirse sobre su competencia. Es decir, el primer inciso considera más importante y prudente que quede en claro quién es el juez natural, que el resguardo del derecho en juego<sup>2</sup>. Nunca hay una garantía constitucional más importante que otra, ni un ranking de derechos en la Constitución nacional. Son todos importantes, y deben compatibilizarse mutuamente, cuando hubiera tensión entre ellos.

Desde un primer ángulo, la disposición del inc. 1 del art. 2°, ataca el nudo central del art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto éste compromete al Estado argentino a crear normas de derecho interno que garanticen un recurso sencillo y rápido, que “ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención”. Con el mismo temperamento lo dispone el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>3</sup>, y el art. 2, inc. 3, apdo. a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>4</sup>. Es decir, la normativa sobre medidas cautelares va totalmente a contramano de lo dispuesto en estos preceptos de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos, que tienen jerarquía constitucional y por ende alcurnia superior a las leyes (arts. 31 y 75, inc. 22, Const. nacional).

Sin embargo, el inc. 2 del art. 2° de la ley 26.854, pone como excepción que “la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental”.

Es decir, en ese caso, el juez debe ponderar el derecho en juego, y si considera que, por ejemplo, se encuentra comprometida la vida digna conforme a la Con-

---

<sup>2</sup> Esta situación viene a modificar notablemente el sistema diseñado por el art. 196 del CPCCN, en cuanto el juez debe dictar cautelares, si las considera procedentes, y luego remitir la causa a quien considere competente.

<sup>3</sup> Art. XVIII: “toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

<sup>4</sup> Art. 2.3.a: “cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

vención Americana sobre Derechos Humanos<sup>5</sup>, en ese caso no se pronunciará sobre su competencia, sino sobre la cautelar, y luego remitirá la causa al juzgador que considere el juez natural.

Aunque el ejemplo citado en el inciso que comentamos parece adecuado, también peca de inconvenional<sup>6</sup>, pues viola el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que ésta dispone que corresponde al Estado parte, el respeto de los derechos humanos, sin distinción de raza, sexo, religión, opinión política, condición social, etcétera.

En el caso que nos ocupa, la disposición de derecho interno sólo es aplicable al sujeto más vulnerable, mientras que los demás ciudadanos sólo podrán soportar las consecuencias del peligro en la demora, hasta tanto el juez decida sobre su competencia, y si ocurre un conflicto negativo o positivo, tendrá que esperar que los mecanismos procesales funcionen en lenta marcha para decidir, en primer término, quién es el juez natural, y luego, si el derecho a tutelar urgentemente sigue en pie se decidirá sobre la medida cautelar. Caso contrario, no sólo la cautelar, sino la causa misma se tornará abstracta, pues la justicia tuvo que determinar previamente cosas “más importantes”, como ser quién es el magistrado a intervenir, que parece que resulta de mayor urgencia que la tutela inhibitoria.

También este artículo resulta inconstitucional, pues hace diferencias insuperables, violando el art. 16 de la Const. nacional, ya que no trata de modo igual a los iguales. Los derechos pueden ser diferentes, pero si la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora son los mismos, hay iguales sujetos tratados de modo desigual ante la ley.

El inc. 4 del art. 3° plantea algo que parece muy sensato: la prohibición de la tutela anticipatoria. El problema es que, la suspensión de los actos estatales (por medio de una medida cautelar) es el único medio para evitar que con el transcurso del tiempo el derecho se vea eliminado. La sentencia directamente declarará inaplicable, o anulará (en su caso, según la acción judicial impetrada) el acto del poder público. Y éste será inaplicable a futuro para ese caso concreto (cfr. art. 2°, ley 27). Es de pura lógica, pues por más legítimos y ejecutorios que puedan resultar los actos administrativos, al igual que las leyes, todas esas normativas tienen un límite: la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos.

El Estado es para la persona, y no la persona para el Estado<sup>7</sup>. Pensar lo contrario y abrir el juego a la nula posibilidad de medidas anticipatorias, sería lo mismo que negar el acceso a la justicia. Pues hasta tanto concluya el juicio, el acto administrativo o la ley autoaplicativa pueden ejecutarse y, de ser así, al particular sólo le quedará un derecho patrimonial contra el Estado, si gana el proceso y su derecho sin embargo ya hubiera sido vulnerado. De qué servirá la justicia en ese caso, si to-

---

<sup>5</sup> Lo cual será más que complejo para el juez, teniendo en consideración que hasta los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se contradicen en temas tan complejos como el derecho a la vida. Ver, v.gr., “Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 28/11/12, serie C, n° 257. Y de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)”, sentencia del 19/11/99, serie C, n° 63.

<sup>6</sup> Pues frente a las convenciones internacionales no podemos hablar de inconstitucionalidad, ya que no son la Constitución política de nuestro país.

<sup>7</sup> Cfr. Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, Bs. As., La Ley, 2004, p. 18 a 22.

do se reduciría a reclamos patrimoniales posteriores. Esto demuestra a las claras el desborde del poder, que ahora tiene una carta franca para hacer lo que quiera, avasallando libertades, gobernando en nombre de la ley (de su ley), y no en nombre de la Constitución. Sinceramente, entre este Estado y la monarquía absoluta, hay una línea muy delgada, sino invisible.

El art. 4° es el colmo del quiebre de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares. Las precautorias se ordenan *inaudita pars*, es decir, sin sustanciación e intervención de la contraparte. Por una sencilla razón: resguardar el derecho verosímil, que por razones temporarias pueda resultar extinguido. Es una tutela urgente que no admite demoras, planteos de competencia, ni informes previos.

El art. 4° dice: “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 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”.

El inciso en comentario, en su primer párrafo, resulta violatorio del art. 116 de la Const. nacional, pues sólo a los jueces compete el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, un tratado o una ley del Congreso<sup>8</sup>. Como bien sabemos, las causas no son cuestiones de puro derecho. En la gran mayoría de los casos se impone la apreciación de los hechos (controvertidos o no) y el derecho invocado. De este modo, un juez que se disponga a decidir si admite o rechaza un pedido de medida cautelar, deberá evaluar los hechos expuestos en el petitorio, el derecho invocado y la urgencia del reclamo. Si los requisitos se cumplen, entonces, dictará la medida cautelar.

De acuerdo a lo dicho, y al texto del art. 116 de la Const. nacional, es el juez quien decide, sin obligación de requerir la opinión de nadie, la admisión o denegatoria de la precautoria.

Con la vigencia del artículo en comentario, el juez debe preguntarle al Estado si hay un interés público comprometido, y luego recién evaluar el dictado de la medida. La inconstitucionalidad surge por sí sola, debido a que resulta ser el magistrado quien estimará si hay o no un interés público comprometido, ése es su deber y su función asignada por la carta magna. No debe solicitar un pedido de informes para que la futura perjudicada con la medida le indique si es o no es válida la cautelar, pues de ordinario el Estado responderá que no corresponde el dictado de ella, ya

---

<sup>8</sup> Ley federal (en sentido formal y material), o derecho común si la competencia federal lo fuera en razón de las personas o del lugar.

que como cualquier parte en el juicio, no está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18, Const. nacional).

Al mismo tiempo, si el juez que debe dictar una cautelar<sup>9</sup> pero condicionado a lo que el Estado opine de ella, se rompe la garantía de imparcialidad (art. 8.1, CADH)<sup>10</sup>, pues su decisión queda obligada luego de escuchar a ambas partes, cuando en realidad el magistrado no está por resolver sobre el fondo de la cuestión, sino sobre algo provisorio que tiene por objeto darle tiempo a la justicia para que tome la decisión final, asegurando la eficacia de su sentencia definitiva.

Por otro lado, el tercer párrafo, del inciso en comentario, establece la potestad de dictar la cautelar de modo urgente, pero ella caducará cuando el Estado conteste el informe, o venza el plazo para hacerlo. Es decir, por más urgente que sea la medida, si el juez la admite, la misma tendrá una vida muy corta, pues cuando el Estado conteste el informe, o fenezca el término para hacerlo, la medida concluirá en sus efectos. Y nos preguntamos entonces, si fue admitida la medida y el Estado no la cumple ¿de qué sirvió la medida cautelar, si no es posible ejecutarla? pues ya puede haber vencido el plazo para contestar el informe, o haber sido él contestado. En sendos casos, la cautelar caduca. Y volverá a tener vigencia sólo si el juez nuevamente la admite, luego de leído el informe del Estado, y convencido de que no se afecta un interés público. La única excepción al pedido de informe, es la prevista en el art. 2°, inc. 2, en donde el juez que deba entender en relación a su competencia, meritara nuevamente sobre la validez de la medida cautelar. Es decir, se realiza un nuevo examen sobre la verosimilitud del derecho y peligro en la demora, juzgando dos veces el mismo hecho, violando el principio non bis in ídem previsto en el art. 8.4 de la CADH (si la cautelar hubiera quedado firme ante el juez que primero dictó la medida).

En cuanto al art. 5° de la ley en comentario, referido al plazo de vigencia de las precautorias, se prevé que: “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 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 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.

Al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundada-

<sup>9</sup> Que tiene por objeto poner en un pie de igualdad a las partes en el proceso, para no tornar ilusoria la sentencia que se dicte.

<sup>10</sup> Artículo convencional aplicable no sólo para el ámbito penal, como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha aclarado a través de la opinión consultiva OC-11/90, 10/8/90, serie A, n° 11, párr. 28, que dice: “en materias que conciernen con la *determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter* el art. 8 no especifica *garantías mínimas*, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de *debidas garantías* se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”.

mente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis 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 art. 8° segundo párrafo”.

Este artículo continúa con un manejo ilógico de la situación. Pretende darle un límite temporal muchísimo menor al que tiene un proceso judicial. Es sabido que los juicios tienen un procedimiento bastante lento (algunos más, como el caso de los juicios ordinarios de pleno conocimiento), y que es prácticamente imposible que concluyan en el plazo de seis meses, y mucho menos en el de tres.

No hay duda que las medidas cautelares se desnaturalizan si tienen una vigencia prolongada, casi eterna, y sin resultado definitivo<sup>11</sup>. Pero tampoco hay dudas de que las precautorias deben subsistir mientras dure el peligro y no se modifiquen las circunstancias de hecho o de derecho que justificaron su dictado.

Respecto del objeto de las medidas cautelares, ha dicho reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>12</sup> que “el carácter cautelar de las medidas provisionales está vinculado al marco de los contenciosos internacionales. En tal sentido, estas medidas tienen por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo, y de esta manera evitar que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final... En cuanto al carácter tutelar, esta Corte ha señalado que, siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas”<sup>13</sup>. Es decir, son una de las garantías previstas en los arts. 8 y 25 de la CADH, que tienen carácter preventivo.

Con lo dicho hasta aquí, y en base a la jurisprudencia internacional, la cual debe ser seguida de modo obligatorio por nuestra judicatura<sup>14</sup>, basta para tener por cierta la afrenta constitucional y convencional a la que está encaminada la ley 26.854, pues en vez de poner límites al poder, los amplía y pone límites a los ciudadanos.

---

<sup>11</sup> Lo cual fue plenamente puesto de resalto en el caso “Grupo Clarín SA y otros s/medidas cautelares”, *Fallos*, 335:705. Y por su parte, en similar situación se encuentra el periodista y abogado Mémoli, inhibido en sus bienes por hace casi más de 15 años, cuyo caso tramita ante la Corte Interamericana, caratulado como “Mémoli y otros vs. Argentina”, por una circunstancia similar a la decidida en el caso “Kimmel vs. Argentina, fondo, reparaciones y costas”, 2/5/08, serie C, n° 177.

<sup>12</sup> En cuyo ámbito las medidas cautelares tienen el nombre de medidas provisionales, según lo prevé el art. 63.2 de la CADH.

<sup>13</sup> “Asunto del periódico ‘La Nación’”, medidas provisionales respecto de Costa Rica. Resolución de la Corte de 7/9/1 (consid. 4°), y “Asunto Wong Ho Wing”, medidas provisionales respecto del Perú. Resolución del presidente en ejercicio de la Corte de 6/12/12 (consid. 5°). “Asunto B”, medidas provisionales respecto de El Salvador, resolución de la Corte del 29/5/13 (consid. 5°).

<sup>14</sup> *Fallos*, 318:514, caso “Giroldi”.

Esto no significa que las medidas cautelares no deban tener una frontera, sino más bien que ese límite debe estar acordado por la prudencia judicial o por la finalización del proceso. Es decir, en todo caso el foco de atención, de acuerdo a los estándares internacionales del sistema interamericano de derechos humanos del art. 25 de la CADH, debe ser una legislación que haga que los procesos judiciales sean más céleres, ágiles y efectivos.

### **3. Medidas que afecten los recursos del Estado**

El art. 9° de la ley 26.854 dice que: “los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”.

La intención de los particulares y del juez nunca van a estar encaminadas a querer perjudicar al Estado, pues se daña a toda la comunidad. Pero la imposibilidad lisa y llana de dictar cautelares por el sólo hecho de que estas pudieran perjudicar al erario público, no es razón suficiente para no dictar la misma. Por un lado, resulta atentatorio del art. 28 de la Const. nacional, pues no pueden dictarse normativas que reglamenten el debido proceso y la defensa de los derechos en juicio, si estas leyes vulneran los derechos que pretenden proteger<sup>15</sup>. Por otro lado, si parece un pecado mortal dictar una cautelar que afecte el patrimonio público, ¿qué quedará entonces para una sentencia definitiva (y firme) que ordene al Estado a pagar sumas millonarias de dinero, o sumamente abultadas? Sencillamente, se vulneraría el principio preambular de “afianzar la justicia” por no poder ser aplicada en el caso concreto<sup>16</sup>.

### **4. La caución real o personal del artículo 10**

Dice el art. 10, inc. 1° que: “las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar”.

Este precepto es el colmo de la discriminación al no pudiente. Quien no cuente con recursos suficientes para ofrecer un bien (mueble o inmueble) a los efectos de una caución real, o de gente amiga que le provea de garantía personal (fianza judicial), no tendrá derecho a solicitar una medida cautelar, pues no contará con la suficiente solvencia para asegurar el pago de los eventuales daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar, a pesar de tener un “humo del buen derecho”, y demostrar peligro en la demora.

---

<sup>15</sup> El art. 28 de la Const. nacional dice: “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

<sup>16</sup> Piénsese en los miles de casos de jubilados que tienen sentencias firmes (y con liquidaciones también firmes) que ANSES aún no abona, pues prefiere ejecutar su presupuesto para otros fines. De hecho, hubieron casos en donde la verosimilitud del derecho era patente, y por medio de fallos de la Cámara Federal de la Seguridad Social, se ordenó de modo provisorio el pago de los haberes conforme a la correcta liquidación, en razón de la avanzada edad del beneficiario de la medida.

La justicia no es para la gente con caudal económico, pues todos somos iguales ante la ley (art. 16, Const. nacional), es para absolutamente todos los argentinos (incluso los extranjeros que gozan de los mismos derechos civiles que los argentinos, art. 20, Const. nacional).

Podría decirse que el instituto procesal del beneficio de litigar sin gastos es el que asegura la igualdad procesal, pues en esas circunstancias no será obligatorio prestar caución real o personal. Sin embargo, se está obligando al justiciable a iniciar ambos expedientes al mismo tiempo. Uno para el beneficio de litigar sin gastos (que tiene efectos provisionales desde el momento mismo del inicio según el art. 83 del CPCCN), y otro para el pedido de medidas cautelares.

Empero, el beneficio de litigar sin gastos está dispuesto para “los que carecieren de recursos” (art. 73, CPCCN). Hay personas que pueden afrontar los gastos de una tasa de justicia y eventuales honorarios, sin embargo no cuentan con el caudal suficiente para garantizar una medida cautelar, o sencillamente temen que se ejecute la fianza, lo que desalienta su voluntad de instar la vía judicial. Es decir, por un normal miedo, es preferible no actuar.

Esta circunstancia es violatoria del derecho a un recurso sencillo y rápido, tal como lo dispone del art. 25 de la CADH, y por ende de su art. 1.1 del mismo instrumento internacional.

## **5. Los efectos suspensivos de la apelación del artículo 13, inciso 3, segundo párrafo**

Si algo le faltaba al abuso que se comete con esta ley, es que además de ponerle a las precautorias un límite temporal y sustancial (en cuanto a los requisitos para su admisión), también se dispone que para el caso que la misma sea concedida, ante la eventual impugnación en grado de alzada por el Estado, ésta suspenda los efectos de la medida, mientras tramita ante el superior jerárquico.

Nuevamente, y aunque pequesmos de reiterativos vuelve a vulnerarse el compromiso internacional asumido por Argentina en el art. 25 de la CADH.

No hay recurso judicial expedito y efectivo, si la mera apelación permite que la situación vuelva al estado anterior del dictado de la medida, permitiendo que con el transcurso del tiempo, fenezca el derecho mientras tramita la causa ante una cámara de apelaciones.

## **6. Jurisprudencia actual sobre la ley 26.854**

Con motivos de las variadas demandas de amparo y de inconstitucionalidad planteadas a la ley 26.855 de reforma del Consejo de la Magistratura de la Nación, los distintos actores que iniciaron el reclamo ante diferentes juzgados federales de primera instancia del país, solicitaron la aplicación de una medida cautelar, que suspendiera provisoriamente los efectos del decr. 577/13 de convocatoria a elecciones de Consejeros de la Magistratura por medio del sufragio popular, para los representantes de los jueces, abogados y académicos. Esta causa tuvo una decisión definiti-



va, con efectos expansivos de la cosa juzgada *erga omnes*, decidida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>17</sup>.

Pero antes de que la Corte resolviera el fondo del asunto en sólo un caso, con extensión de su decisorio a los restantes, varios jueces del país dictaron medidas cautelares suspendiendo la convocatoria a elecciones. Para ello, debieron analizar, a pedido de parte, la constitucionalidad de ciertos artículos de la ley 26.854 de medidas cautelares, en este caso concreto, declarando su incompatibilidad con la carta magna, lo que les permitió adoptar una resolución precautoria sobre el caso de la reforma del Consejo de la Magistratura.

Sobre esta ley se dijo: “con respecto al art. 4º, se 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 coloca a éste en una posición ventajosa sobre cualquier otro litigante particular, al tomar conocimiento anticipado de las pretensiones y fundamentos del accionante, antes que le sea notificada la demanda.

Entiendo 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 Const. nacional se encuentran en una situación enojosa o irritante de desigualdad en las condiciones de acceso a la justicia. Por tales motivos considero que el artículo cuestionado es lesivo a las garantías constitucionales señaladas<sup>18</sup>.

“Los arts. 4º; 5º; 6º, inc. 1; 10 y 13, inc. 3 de la ley 26.854 afectan gravemente el principio de tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y división de poderes vulnerando de forma palmaria los arts. 14, 17, 19 y 28 de la Const. nacional; máxime que la misma es un instituto procesal tuitivo del derecho de fondo por el cual se pretende garantizar el mismo a fin que no se vuelva ilusorio, por ello y con más razón se debe declarar la inconstitucionalidad de la normativa que lo enerva.

Particularmente el ya mencionado art. 10 vinculado a la caución, el art. 4º que altera la regla de las medidas cautelares cuya naturaleza es que deben dictarse *inaudita parte* una vez acreditada la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora reconocido unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia.

Respecto a los arts. 5º y 6º, inc. 1 también corren la misma suerte, en virtud que el plazo de duración de las medidas cautelares contra el Estado nacional, con independencia de existencia de sentencia definitiva en el expediente principal, resulta una incongruencia pues las mismas tienen como finalidad asegurar que el derecho no se frustre antes del dictado de la sentencia de fondo, resultando entonces irrazonable que caduque antes de la misma.

<sup>17</sup> CSJN, “Rizzo, Jorge G. (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c/Poder Ejecutivo nacional, ley 26.855, medida cautelar”, expte. 3034/13, R.369.XLIX.

<sup>18</sup> JuzgFed San Nicolás n° 1, 31/5/13, “De Felipe, Ricardo c/Estado nacional s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, expte. 5966/13.

En cuanto al art. 13, inc. 3, resulta también manifiesta la inconstitucionalidad del efecto suspensivo del recurso de apelación fulminando la tutela judicial efectiva<sup>19</sup>.

“Desde siempre se ha dicho, y en esto la doctrina es conteste, que las medidas cautelares deben ser decretadas *inaudita parte*. Dicha modalidad no obedeció al mero capricho del legislador, ni al de los jueces. Tuvo el propósito elemental de asegurar la adecuada administración de justicia, en tanto permite adoptar todas aquellas diligencias que, a juicio de los magistrados, resulten de inmediata aplicación, fijando el statu quo existente, hasta tanto pueda debatirse con mayor amplitud la legitimidad de los hechos que se denuncian. Es la noción de Carnelutti, considerando al proceso cautelar como ‘instrumental’, para resolver su finalidad y su objetivo de paz social; y ‘final’, destinado a garantizar los resultados prácticos de la sentencia (Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, t. I, Bs. As., Ejea, 1986, p. 45). Y debe ser en un pie de igualdad, ya que el Estado no puede situarse frente al individuo con mayores prerrogativas que las que le acuerda la Constitución nacional, so pena de transgredir la idea de libertad, tan cara al constitucionalismo moderno. Todo el transcurso del siglo XX desnuda el esfuerzo doctrinario por elaborar y demostrar la imperiosa necesidad de situar al Estado bajo el régimen del derecho... Estimo que la nueva normativa –al requerir un informe previo al dictado de la cautelar– desconoce tales premisas. A través de esta nueva legislación, el Estado o sus entes vienen a situarse en una posición ventajosa sobre cualquier otro litigante particular –al tomar conocimiento anticipado de las pretensiones y fundamentos del accionante, antes que le sea notificada la demanda–. Se consagra así aquella ‘supremacía’ que nuestra Constitución –y la mayoría de las constituciones modernas– pretenden dejar para la historia.

Hay también razones meramente prácticas: ‘finalmente, en el plano fáctico, no debe descartarse que el Estado, al conocer en forma previa los requerimientos cautelares, disponga todos sus esfuerzos para evitar su concesión, desde su posición privilegiada de poder’ (Cassagne, Ezequiel, *El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares*, Bs. As., La Ley, 2013, p. 57).

Este menoscabo al derecho de los individuos, genera una desigualdad que lesiona el derecho de acceso a la justicia, y como acertadamente lo señala el actor, no es simplemente una norma procesalista, ni se está frente a una mera discusión de orden formal. Considero que la implementación *inaudita parte* de las medidas cautelares, constituye el *leit motiv* de toda la teoría que consagra la vigencia y eficacia de las mismas. No encuentro entonces, fundamentos valederos para considerar que el requisito del informe previo pueda ser aplicable, sin trasgredir la manda de los arts. 16, el 18 y concc. de la Const. nacional”.

Respecto a la limitación a las cautelares si la misma es de carácter anticipatorio, conforme a su art. 9º, se dijo: “esta injustificada prerrogativa no encuentra fundamento constitucional alguno, contraviene toda la doctrina a la que ya he hecho alusión, y vuelve a poner al Estado en ejercicio de un privilegio legal que nuestra carta magna no admite, por lo que considero que debe ser declarada inconstitucional” (arts. 16 y 18, Const. nacional). Y respecto de la vigencia temporal de las medidas cautelares se apuntó que “el establecimiento de un plazo (3 ó 6 meses, según sea el proceso sumarísimo u ordinario) implica desconocer la finalidad misma del

<sup>19</sup> JuzgFed Mar del Plata n° 4, 3/6/13.

proceso cautelar, en punto a los principios procesales y constitucionales que venimos desarrollando.

Es que la vigencia de las medidas cautelares no se supedita al transcurso del tiempo, sino a la existencia misma de los motivos que las originan. De hecho, siempre son provisorias y sujetas –en cualquier momento– a la sustitución, modificación o limitación que dispongan los jueces. Fijarles un plazo de vigencia implica un contrasentido. Es suponer que luego de ese plazo –aunque la causa esté plenamente en trámite– los hechos que la motivaron han perdido virtualidad y ya no incidirán en el resultado del pleito. “Fijarles un plazo de vigencia desnaturaliza un instituto importante dirigido a preservar la jurisdicción del Poder Judicial, tan caro al Estado de derecho, y priva a los administrados de una tutela efectiva por parte de los jueces” (Cassagne, *El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares*, p. 59)<sup>20</sup>.

La justicia federal de San Martín también dijo que “el proceso de bilateralización previsto en el art. 4° de la ley 26.864 resulta inoficioso e importa un dispendio jurisdiccional en tanto lo cuestionado se trata de una norma emanada del Congreso cuya trascendencia, por ende, es pública y notoria, al igual que el interés público comprometido. Por otra parte, las vicisitudes propias de toda demanda... permiten vislumbrar que el eventual reconocimiento del derecho del actor en la sentencia intermedia o definitiva se vería frustrado sin la consideración inmediata sobre la procedencia de una medida cautelar. Ello emerge sin hesitación si tenemos en cuenta el curso del cronograma electoral para elegir a los candidatos a Consejeros de la Magistratura en el marco de la nueva ley y el inminente vencimiento del plazo para presentar listas ante las juntas electorales partidarias.

Luego, el eventual reconocimiento del derecho llegaría tarde en desmedro del principio de tutela judicial efectiva y en consecuencia no corresponde requerir el mentado informe (art. 8.1, Convención Americana de Derechos Humanos).

Por otro lado, el art. 3°, inc. 4, de la ley 26.854, al prever que las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal, ha venido a recibir pacífica jurisprudencia en tal sentido por consistir su resultado en la satisfacción anticipada de la pretensión, tal como fue deducida. Mas, debe prevalecer la facultad del juzgador para apreciar el supuesto de excepción, bajo aquellas premisas, cuando la aplicación dogmática del precepto se traduce en la desprotección del justiciable, porque ante todo debe garantizarse el acabado cumplimiento de los extremos que informan la garantía de tutela judicial efectiva”<sup>21</sup>.

Por último, a pesar de que la Corte Suprema ya resolvió sobre el fondo de la ley de reforma del Consejo de la Magistratura, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, resolvió confirmar la declaración de inconstitucionalidad de ciertos artículos de la ley 26.854 y por ende ratificar la suspensión de la convocatoria a elecciones de consejeros de la Magistratura,

<sup>20</sup> JuzgFed La Plata n° 4, 5/6/13, “Gascón, Alfredo J. M. c/Poder Ejecutivo nacional s/acción de inconstitucionalidad”, expte. 102.118/13.

<sup>21</sup> JuzgCivComContAdmFed n° 1, 7/6/13, “Colegio de Abogados de San Isidro c/E.N. (PEN) s/acción declarativa de certeza”, expte. 121.252/13.

adoptada por una medida cautelar dictada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 2 de la Capital Federal<sup>22</sup>.

Muchos más fallos se dictaron, incluso contradictorios entre sí, o declarándose incompetentes y remitiendo la causa a la justicia federal con competencia electoral<sup>23</sup>, pero aún no existió una decisión de fondo y firme referida a la validez o invalidez constitucional *erga omnes*. Sencillamente creemos que ello no será posible pues en nuestro sistema casuístico (caso por caso) será necesario analizar la situación en cada situación concreta, donde exista una lesión y controversia entre partes (art. 2°, ley 27) siendo solicitada la declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.854 para impetrar una medida cautelar en contra del Estado nacional o alguno de sus entes descentralizados.

## 7. Conclusión

Al principio de este artículo dijimos que parece poco serio que tengamos que estar repasando las viejas lecciones del constitucionalismo<sup>24</sup> clásico, y ello es así pues en los primeros movimientos que tuvieron por objeto lograr una Constitución política y escrita, más que el diseño de los órganos estatales, se pretendió el reconocimiento de un catálogo de derechos que no puedan ser omitidos y violados por el gobernantes. De diversas maneras se expresaron estos movimientos en Europa (Inglaterra y Francia principalmente) y en América, con un objetivo primordial: el respeto de la vida, la libertad y la propiedad. Luego, hubo un mayor desarrollo a los largo de los siglos, donde se incluyeron derechos llamados sociales como obligaciones positivas del Estado, y también el diseño de la organización estatal en la propia Constitución. Esto último con la finalidad de lograr que quien ejerciera el poder tuviera límites. Límites fijados por las competencias asignadas a cada departamento del Estado. Estos límites son garantías constitucionales en sentido amplio para las personas. Y en el caso de la reforma judicial, el art. 114 de la Constitución reformada en 1994, son la garantía de equilibrio en la composición del Consejo de la Magistratura y de la independencia del Poder Judicial; independencia como doble seguridad: para los jueces y para los justiciables que litiguen en contra del Estado, gestándose así un verdadero derecho público subjetivo.

La sanción de la ley 26.854, ha venido a crear un sistema de eliminación de la limitación que el derecho ha puesto al poder en la Constitución nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos. Se ha desoído la manda constitucional del art. 31 en cuanto a que la Constitución política es la ley suprema de la nación.

<sup>22</sup> CNContAdmFed, Sala III, 25/6/13, “Rizzo, Jorge G. - INC. MED. y otros c/EN - PEN - ley 26.855 s/amparo ley 16.986”, expte. 21.897/13.

<sup>23</sup> Donde debieran haber tramitado todas desde un primer momento, ya que la ley 26.855 modifica normas de la ley de partidos políticos y del sistema electoral, razón por la cual su competencia queda dentro de las previsiones de la ley 19.108 y sus modificatorias.

<sup>24</sup> Se entiende por “constitucionalismo” o “movimiento constitucionalista” a aquellas corrientes político-jurídicas que tienen por objetivo establecer una Constitución política (escrita) en un Estado determinado, con el objeto de establecer la organización estatal y el estatuto de las libertades, es decir, el reconocimiento de los derechos constitucionales. Cfr. Sagüés, Néstor P., *Teoría de la Constitución*, Bs. As., Astrea, 2004, p. 1. Toricelli, Maximiliano, *Organización constitucional del poder*, t. 1, Bs. As., Astrea, 2010, p. 3.

Si una ley, cualquiera sea que tenga mayoría o unanimidad en su aprobación en el Congreso contradice las mandas constitucionales, las normas inferiores serán inválidas y así corresponde que el Poder Judicial lo declare.

Es un sofisma decir que el pueblo es quien decide qué es lo bueno y qué no lo es, representado en el Congreso. El Congreso representa a los habitantes de la nación y a las provincias. Pero el pueblo en su más pura expresión como resultado de la soberanía popular y piedra basal de un Estado, se encuentra representado en la Asamblea Constituyente y no en los poderes constituidos.

Ésa es la verdadera expresión de la soberanía popular, pues se da a favor de un solo órgano (el Poder Constituyente, originario o derivado) y no a favor de varios, que si bien son electos por el pueblo, al mismo tiempo son consecuencia y están condicionados por lo que el pueblo decidió previamente en la Asamblea Constituyente.

Es decir, el pueblo decidió los derechos a proteger y las funciones (con sus límites) de cada poder dentro del diseño constitucional. Luego, el pueblo nuevamente elige representantes de cada departamento (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo) los cuales ejercerán sus mandatos sin ataduras ideológicas o mandatos escritos, pero tendrán una valla insuperable: los designios de la Constitución nacional, pues eso es lo que el pueblo ha decidido. Y no podrán los congresistas o el presidente doblar la voluntad del pueblo, so pretexto de su representación, pues ella se encuentra condicionada a lo que el propio pueblo ha determinado en la carta magna.

Por todas estas razones y lo dispuesto por la jurisprudencia reciente, en casos concretos podrá solicitarse la inconstitucionalidad de ciertos artículos de la ley 26.854 por vulnerar lo que el propio pueblo ha decidido desde su fundación en el año 1853. Cualquier argumento en contra formará parte de conductas propias de *vendedores de humo* y gobernantes que no quieren someterse a su soberano: el pueblo.

Esta ley es la demostración lisa y llana del desborde de los límites del poder, el cual deberá ser llevado nuevamente a su cauce con un Poder Judicial independiente, imparcial y decididamente valiente.

© Editorial Astrea, 2013. Todos los derechos reservados.