

DICTAMEN SOBRE LA REFORMA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO

El Poder Ejecutivo remitió al Congreso Nacional el 8 de abril pasado un proyecto de ley para regular las medidas cautelares que se dicten contra el Estado Nacional o sus entes descentralizados.

El texto, aprobado este jueves 25, tiene como finalidad inocultable limitar o impedir las medidas cautelares contra el Estado, bajo la pantalla del interés público y en desmedro de la tutela judicial efectiva que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional, reafirmada enfáticamente por el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, por el art. 2 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), tratados que tienen jerarquía constitucional (art. 31 y 99. inc. 22 CN).

Son varias las objeciones que se pueden formular a la iniciativa. Por razones de método comenzaremos por las más importantes, no sólo en razón de las consecuencias que se producirían si la ley es sancionada, sino por los errores conceptuales de que adolece.

1. La finalidad de las medidas cautelares. Contrariamente a lo que se desprende del mensaje de elevación, las medidas cautelares no tienen como finalidad impedir un perjuicio irreparable, o proteger solamente bienes como la vida, la salud o el sustento material de las personas. Desde el punto de vista económico, todo perjuicio es reparable, y como la solvencia del Estado se presume, de aceptarse la posición del Poder Ejecutivo nunca procederían las medidas cautelares contra él, pues siempre podría resarcir los perjuicios que causen sus actos ilegítimos.

El principio que sustenta las medidas cautelares es *evitar que las sentencias sean remedios tardíos para reconocer o reparar el derecho vulnerado*. Como dice Calamendrei, "la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva"¹. Cuando la decisión jurisdiccional llega tarde y no es posible restablecer el derecho en la forma correspondiente, el Estado incumple con su función de asegurar la garantía de defensa en juicio y la tutela judicial efectiva, en desmedro de quien resultó vencedor en el pleito.

De nada sirven los derechos y garantías reconocidos por la constitución y las demás leyes, si las sentencias que dictan los jueces se convierten en reconocimientos abstractos. En tales condiciones una sentencia, por acertada que sea, no constituirá un acto de justicia, sino un responso. García de Enterría cita un pensamiento clarificador de esta materia: "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón".²

Por ello hay que tener presente que el fin de las medidas cautelares es asegurar la posibilidad de que la sentencia satisfaga *la pretensión* deducida en la demanda, y no una reparación pecuniaria del perjuicio. Si así no fuera, en lugar de la garantía de defensa en juicio de las personas y de sus derechos que establece la Constitución Nacional deberíamos reemplazarla por el derecho a un resarcimiento patrimonial.

Advertimos en el texto la ausencia de toda mención al requisito esencial de las medidas cautelares: el *periculum in mora*. De los dos presupuestos básicos es el que tiene mayor significación, el que determina su razón de ser. La verosimilitud del derecho invocado es el recaudo preliminar, sin el cual el juez no puede entrar en el análisis de su

procedencia. El *periculum in mora* es, como señala Calamandrei, "la base de las medidas cautelares", que no se debe confundir con el peligro común a toda contienda judicial, sino "el peligro de ulterior daño marginal". ³ Es el fundamento o la razón por la cual el juez dispone la suspensión del acto o de la norma para evitar que la sentencia sea un remedio tardío para reconocer o reparar el derecho vulnerado.⁴ En este sentido sostiene el ilustre maestro florentino: "Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de *asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva* que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia".

Toda restricción o limitación a la vigencia de las medidas cautelares que impida la eficacia de la sentencia con respecto a la pretensión deducida en el pleito, desnaturalizaría no sólo la razón de ser del proceso, sino la garantía de defensa en juicio y la tutela judicial efectiva.

2. El Estado en juicio es un litigante más. Otro aspecto objetable es confundir el papel que tiene el Estado cuando es parte en un juicio. El mensaje señala como supuesta deficiencia de nuestra legislación la falta de una ley que regule especialmente los procesos en los cuales el Estado es parte, lo que hace que se deba recurrir a la ley procesal civil y comercial.

En nuestro sistema jurídico político el Estado en juicio es un litigante más, igual que un particular. Tiene algunas prerrogativas formales que en modo alguno inciden en la igualdad de las partes en el proceso. De ahí que los jueces deban decidir las cuestiones planteadas y sólo ello. No importa que el Estado, a cuyo cargo está la gestión del interés público actúe como actor o como demandado, porque la misión de la justicia es resolver conflictos entre partes por aplicación del derecho vigente, y no velar por el interés público, o por el interés general, o por el interés del Estado. El único interés que se debe perseguir en el juicio es la justicia de sus decisiones. Si el Estado tuviera privilegios en este sentido con el argumento de que su misión es preservar el interés público existiría una parcialidad institucional, que desnaturalizaría la misión de impartir justicia que tiene el Poder Judicial con la imparcialidad e independencia propias de su función.

3. La duración de las medidas cautelares. Las medidas cautelares son siempre provisionales. Duran el tiempo que sea necesario para cumplir con su finalidad de asegurar la eficacia de la sentencia, cualquiera sea la duración del proceso. Si se modifican los presupuestos que determinaron su dictado, el juez puede dejarlas sin efecto o modificarlas. Este es un principio establecido en la ley procesal, reconocido unánimemente por la jurisprudencia y la doctrina. Establecer objetivamente un plazo máximo para la vigencia de las medidas cautelares es un contrasentido, porque el legislador no puede señalar de antemano cuánto han de durar los pleitos hasta que se dicte la sentencia definitiva. Por la misma razón tampoco lo puede fijar el juez cuando la decreta, salvo que las particularidades del caso lo permitan.

Si establecer un plazo de vigencia para las medidas cautelares es un contrasentido, fijarlo en seis meses para los juicios ordinarios y en tres meses en los procesos sumarísimos y de amparo, es un absurdo. En un sistema judicial donde la duración promedio de los juicios ordinarios es superior a cinco años, llegando en algunos casos a superar los diez años o más -sin contar los juicios por reajustes provisionales, que se

eternizan deliberadamente por el Estado- fijar plazos tan exigüos equivale a suprimir de plano las medidas cautelares contra el Estado.

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que al convertirse en ley el proyecto que comentamos, no existirá juicio alguno contra el Estado en el que subsista una medida cautelar. Esto es por demás evidente, y dudamos que haya un argumento para rebatir tal afirmación. Poner plazo a las medidas cautelares contra el Estado equivale lisa y llanamente a suprimirlas.

4. Los requisitos exigidos. Otro aspecto objetable es el relativo a los requisitos exigidos para que proceda como medida cautelar la suspensión de los efectos de una ley, un reglamento o un acto general o particular del Estado.

Establece cinco requisitos que se deben dar en forma simultánea, y paso a analizar.

La exigencia de acreditar *sumariamente* que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior (art. 13, inc. 1 ap. a), no se corresponde con la finalidad de las medidas cautelares, en las cuales, como vimos, no es necesaria la existencia de un "perjuicio grave de imposible reparación ulterior". Basta con demostrar que si no se decreta la suspensión de los efectos de la norma o del acto administrativo, la sentencia que se dicte no se podrá hacer efectiva satisfaciendo la pretensión deducida en el pleito. La mayor o menor gravedad del perjuicio puede depender de las condiciones económicas del agraviado y demás circunstancias que rodean el caso.

Por la misma razón no es necesario acreditar la imposible reparación posterior, pues, como vimos, la reparación por resarcimiento patrimonial siempre es posible, sobre todo cuando el Estado deudor se presume solvente. Reiteramos que lo determinante es *asegurar la eficacia de la sentencia* que se dicte, satisfaciendo la pretensión deducida en el juicio.

La necesidad de acreditar la verosimilitud del derecho invocado es un requisito que está en todos los códigos procesales. Lo que resulta sobreabundante es exigir, además, que se acredite la *ilegitimidad* de la norma o acto estatal por existir "indicios serios y graves al respecto". Cuando el peticionario acredita la verosimilitud del derecho invocado lo hace con relación a la norma o acto que le causa agravio y, va de suyo que en esa actuación deberá demostrar la ilicitud del acto estatal que vulnera su derecho.

La no afectación del interés público, sin ningún aditamento, es un concepto jurídico indeterminado demasiado general como para constituir una exigencia imprescindible en el otorgamiento de una medida cautelar.

La actividad administrativa del Estado siempre debe perseguir el interés público. No se conciben que persiga un interés privado, aunque sí patrimonial, que es un interés público indirecto o mediato. Cuando el Estado dicta una ley o un acto por el cual persigue la satisfacción de un interés público en forma *directa e inmediata*, el otorgamiento de las medidas cautelares se debe decidir con carácter restrictivo.

Esta es una regla no escrita en una ley procesal, que fue elaborada por la jurisprudencia de nuestros tribunales, al extremo de constituir un principio adicional a los enumerados en el art. 230 del Cód. Procesal, para los actos administrativos.⁵ Si la suspensión cautelar afecta *la prestación de un servicio público*, o el *ejercicio de una función pública*, o *impide una actividad de policía*,⁶ la regla es que, en principio, no proceden las medidas cautelares contra la Administración.

La razón de que las medidas cautelares no pueden afectar un interés público primario es por demás lógica, y está en consonancia con las normas y principios que rigen el derecho administrativo. El interés público no puede quedar postergado por el hecho de que un

particular promueva una demanda para atacar la legalidad de un acto. Pero, esta regla, por lógica que sea, no es absoluta y mucho menos de aplicación automática. Por constituir un concepto jurídico indeterminado, es preciso analizar e interpretar si existe o no un interés público comprometido, su importancia o entidad, y si es posible que la suspensión cautelar de la norma o del acto lo afecte y en que medida.

El interés público no se puede utilizar como una fórmula *dogmática*. En el dictado de una providencia cautelar que ordene suspender los efectos de una ley o de acto administrativo la presencia del interés público no tiene el valor de una verdad absoluta que impida su otorgamiento.

Aun cuando le corresponda al Estado decidir cuáles son las acciones necesarias para cumplir con sus cometidos, los jueces pueden considerar si esas acciones comprometen o no el interés público *de manera directa e inmediata*, como presupuesto para el dictado de medidas cautelares. Lo contrario importaría conferirle un privilegio personal, una facultad absoluta, incompatible con un Estado de derecho.

Por lo demás, no se persigue el interés público por leyes inconstitucionales o por actos ilegales. Cuando para satisfacer el interés público el Estado se aparta de la legalidad excediéndose en sus atribuciones, o utiliza instrumentos que la ley no le confirió, o lo hace de manera manifiestamente irrazonable y con ello lesiona derechos de los administrados, éstos pueden pedir al juez que decreta la suspensión cautelar de las normas o los actos ilegales. El fin público no legitima cualquier acción del Estado.

Cuanto mayor sea la verosimilitud del derecho invocado o más ostensible sea la ilegitimidad del acto o más evidente la violación del derecho, menor ha de ser la exigencia de que no afecte la prestación de los servicios o de las funciones públicas. Ninguna acción del Estado se puede realizar al margen de la ley y con perjuicio de los individuos. La preeminencia del interés público sólo procede cuando el Estado se ajusta a las normas que rigen su funcionamiento. La Administración debe satisfacer el interés público, prestar los servicios públicos, ejercer las funciones públicas y realizar las acciones de policía dentro de legalidad, con los instrumentos que le confiere el derecho y no por cualquier medio. Como dice Bielsa, *El principal interés público en un Estado de derecho es, precisamente, que se respete la ley*.

El último requisito enumerado en el art. 13 del texto es que los efectos que pueda producir el dictado de la suspensión de la ley o del acto administrativo no sean irreversibles. Si bien no aclara con respecto a quién esos efectos no deben ser irreversibles, sólo cabe interpretar que para el Estado.

Esta es una exigencia contradictoria, porque si la "irreversibilidad" -que en realidad debió decirse irreparabilidad- no juega para los particulares, que a los seis o tres meses quedan desprotegidos de la medida cautelar, tampoco debería tener vigencia para el Estado. O importa para los dos, o no importa para ninguno.

5. Los efectos de la concesión del recurso. La iniciativa prevé que los recursos contra las medida cautelares dictadas en los juicios donde el Estado es parte se deben conceder con efecto suspensivo. En este aspecto sigue el criterio de la ley 16.986, tan criticado por la doctrina, que se aplica en materia de amparo. Señalamos que, no obstante los términos de esta ley, en muchas oportunidades los jueces conceden los recursos de apelación con efecto devolutivo, al considerar que de otra manera no se produce una tutela judicial efectiva.

La opinión generalizada de la doctrina considera que los recursos de apelación contra las medidas cautelares se deben conceder con efecto devolutivo, cualquiera sea la

naturaleza del proceso, pues de lo contrario puede carecería de eficacia la decisión que la otorgó.

No constituye un precedente válido la regla establecida en el art. 15 de la ley 16.696. En primer lugar, el amparo no es un acto de justicia sino un acto de seguridad, aun cuando en los últimos tiempos se lo haya utilizado como un medio ordinario para impugnar los actos administrativos y hasta la constitucionalidad de las leyes. La ley 16.986 se dictó hace más de medio siglo, para casos excepcionales y como un remedio extremo frente a actos de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta contra los cuales no existen vías ordinarias de impugnación. Se lo concibió como una especie de habeas corpus para los derechos que no atañen a la libertad física de los individuos.

Hoy las cosas han cambiado, y el amparo tiene sustento constitucional. Además, la concesión del recurso con efecto suspensivo es contraria al principio de tutela judicial efectiva. Además, el Estado no puede alegar razones genéricas o abstractas de interés público, pues las medidas cautelares *siempre tienen carácter provisional*, circunstancia que le permite pedir su levantamiento si acredita verdaderas razones de interés público que justifiquen su levantamiento.

6. Medidas cautelares positivas. En general, la regulación de las medidas cautelares ha sido siempre pensando en la protección del administrado frente a los actos del poder público. Esto es así, porque quien tiene el monopolio de la fuerza, ejerce la autoridad y el privilegio de la ejecutoriedad de sus actos, no necesita del auxilio de un juez para hacerlos efectivos, salvo en los derechos que tienen una protección especial (inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, de la propiedad, etc.).

El texto innova en esta materia, al contemplar las medidas cautelares solicitadas por el Estado cuando exista riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público (debió decir "al" interés público), el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad. En esto no hay mayores comentarios que formular, salvo lo innecesario de su regulación, pues tiene a su disposición las normas del Código Procesal a las cuales puede recurrir.

Sin embargo, en el art. 17, bajo el título de "Tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de un servicio público", introduce un "Caballo de Troya" en el sistema que le permitiría ir más allá de lo que anuncia dicho título.

Como en el caso anterior (art. 16) no es necesario dictar una ley especial para facultar al Estado a aquello que puede hacer en forma directa como Administración Pública, o a solicitar la habilitación judicial en los casos de ejecutoriedad impropia, cuando están las normas procesales aplicables.

Pero, este nuevo artículo contiene una expresión sumamente peligrosa, pues lo faculta para solicitar la tutela judicial urgente, además de los casos en que se amenace, interrumpa o entorpezca la continuidad y regularidad de los servicios públicos -para lo cual no tiene por qué pedirle auxilio a la justicia- sino en el caso de ejecución de *actividades de interés público*, con lo cual el espectro de su intervención se amplía enormemente.

¿Qué se entiende por actividades de interés público? Todo lo que atañe a la comunidad puede ser de interés público. La educación, el deporte, el suministro de alimentos, los medios de comunicación, la producción de bienes esenciales, etc. Pues bien, según la norma, el Estado puede solicitar como medida cautelar urgente el dictado de una providencia que ordene a los particulares a seguir determinadas conductas que afecten la ejecución de esas actividades, perturben su integridad o destino de los bienes afectados a

esos cometidos. Sería un caso más de intervencionismo, pero esta vez apoyado por providencias cautelares.

Como es sabido, entre los conceptos jurídicos indeterminados uno de los que adolece de mayor imprecisión es el de interés público. Si la noción de servicio público es contingente, y ha variado a través del primer tercio del siglo pasado, la de interés público podemos decir que la triplica de imprecisión. No puede ser que con la excusa del interés público el Estado pretenda intervenir en las más diversas actividades particulares, vulnerando el ámbito de libertad que tienen los individuos en el sistema jurídico político que consagra la Constitución Nacional.

7. El informe previo. Como lo señalamos antes, en nuestro sistema jurídico político el Estado en juicio es un litigante más. Tiene algunas prerrogativas que no inciden en la igualdad de las partes en el proceso, tales como el mayor plazo para contestar el traslado de la demanda, la contestación de las posiciones por oficio, la reclamación administrativa previa cuando no se trata de la vía impugnatoria. Pero, como parte, es igual a un particular. Prueba de ello es que si el Estado no apela una sentencia condenatoria, queda firme y pasa en autoridad de cosa juzgada. Lo mismo si no contesta una demanda, es declarado en rebeldía. Rigen para él los plazos de caducidad, de perención y de prescripción, por mayor que sea el interés público que defienda.

Las providencias cautelares no son actos de justicia, sino de policía judicial. No resuelven pretensiones, tratan de asegurar que la defensa eficaz de las pretensiones. Por eso siempre se dictan *in audita parte*, para evitar que la contraria pueda modificar la situación de hecho o de derecho en desmedro del interés de la otra.

La exigencia impuesta al juez de requerirle a la autoridad administrativa, antes del dictado de la medida cautelar, la presentación de un informe, rompe con el principio de igualdad de las partes en el proceso, que es un presupuesto de la garantía de defensa en juicio establecida en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Es verdad que en otras legislaciones, como ocurre en España y en Francia, el juez pide un informe a la Administración antes de dictar una medida cautelar, por un plazo muy breve. Pero, también es verdad que nuestro sistema jurídico político se diferencia sustancialmente del de esos países, así como también es diferente la idiosincrasia de los funcionarios, jueces y litigantes.

Por ello, consideramos que en las circunstancias actuales, sobre todo frente a las manifestaciones efectuadas por las más altas autoridades del país respecto de nuestra administración de justicia, lo prudente es no innovar en este aspecto, y dejar que las medidas cautelares se sigan dictando *in audita parte*, mas aun cuando tienen carácter provisional y pueden ser dejadas sin efecto o modificadas en cualquier momento.

La lógica indica que si el Estado tiene razones de peso para impedir el dictado de una medida cautelar, da lo mismo que lo haga antes de la providencia o después de que se pronuncie el tribunal, pues, como dije, es provisional, y el juez la puede dejar sin efecto.

8. La excesiva demora de las medidas cautelares. Uno de los argumentos principales expresados en el mensaje de elevación para regular las medidas cautelares contra el Estado, es su excesiva prolongación, al extremo de producir a veces efectos similares a los de una sentencia. Esta circunstancia, como hecho, es verdadera, pero no justifica que se modifique el derecho para impedirla, porque la culpa no es de las leyes, sino de otras circunstancias.

Es posible comprobar que, salvo casos en que existe una deliberada política estatal para dilatar los juicios, como ocurre en materia previsional, la causa principal de la demora

en los pleitos se debe a razones ajenas a la regulación normativa de las medidas cautelares, entre las cuales es posible señalar la excesiva cantidad de juicios, la insuficiencia de tribunales y de medios técnicos, y en algunos casos la falta de diligencia de los profesionales.

Todos querríamos que los juicios se sustancien rápidamente, sobre todo quienes se sienten agraviados por la conducta de otro, pero las formas procesales que dilatan la solución de los pleitos son necesarias para que los individuos puedan ejercer plenamente el derecho de defensa. Es el costo natural de esta garantía. Por eso tiene vigencia permanente la conocida frase de Ihering: *"la forma es hermana gemela de la libertad, y enemiga jurada de la arbitrariedad"*.

Conclusiones. El texto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional no tiene en cuenta cuál es la razón de las medidas cautelares, al confundir la gravedad de un daño con la efectividad de la sentencia, que es de la esencia de la garantía de defensa en juicio y de la tutela judicial efectiva. Contiene disposiciones que violan la garantía de defensa en juicio y la tutela judicial efectiva (art. 18 CN y tratados antes mencionados). También es violatorio del principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN), pues le otorga al Estado un privilegio procesal que altera las reglas del proceso. Lejos de ser una norma tendiente a "democratizar la justicia", frase bastante indefinida que se invocó para apoyar su dictado, rompe el equilibrio de los poderes, al limitar las potestades de los jueces en su misión de resguardar los derechos de los individuos.

Buenos Aires, 25 de abril de 2013

Roberto E. Luqui
Académico Subdirector
Instituto de Derecho Administrativo