

La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada – Un análisis de la Ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos¹

Pablo Octavio Cabral

Abogado (1997, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP) especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (2003, FCJyS, UNLP), profesor de *Derecho Administrativo* (FCJyS, UNLP) y de *Derecho a la Comunicación* (Facultad de Comunicación y Periodismo de la UNLP), Director de Relaciones con el Sector Público de la FCJyS, UNLP y Editor Ejecutivo de la Revista *Derechos en Acción –ReDeA–* (<www.revistas.unlp.edu.ar/ReDeA>). Autor de diversos artículos de la especialidad y coautor del libro “El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires” (Editorial Abeledo Perrot). *E-mail*: <pablooctaviocabral@yahoo.com.ar>.

Resumen: La Ley de Cautelares contra el Estado nacional es la primera norma procesal de relevancia que reconoce expresamente la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Argentina. Además de la trascendencia jurídica y cultural de tal reconocimiento, esta norma protege en forma diferenciada a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna y, en especial, garantiza los derechos económicos, sociales y culturales de los sectores populares de la sociedad (salud, derechos alimentarios, ambientales, laborales, etc.), como hasta ahora ninguna norma procesal lo había hecho, cumpliendo con el principio internacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial y diferenciada.

Palabras claves: Administración-cautelar-tutela-procesal-diferenciada.

Sumario: I Introducción – II Conceptualización de las medidas cautelares en el derecho procesal administrativo – III El nuevo régimen de la Ley 26.854. Un ejemplo de política pública de tutela procesal diferenciada – IV Análisis del texto de la Ley 26.854 – V La nueva ley frente a normas internacionales de protección de Derechos Humanos – VI Conclusiones provisórias

¹ El presente trabajo fue realizado en base a la ponencia presentada en el Congreso Nacional sobre la Reforma Judicial “Hacia la democratización de la Justicia”, organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y realizado el 14 de mayo de 2013 en la Universidad Nacional de La Matanza. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-5768-4958>>.

I Introducción

En este trabajo pretendo analizar una de las leyes recientemente aprobadas por el Poder Legislativo de la Nación, en el marco de la llamada *Democratización de la Justicia*, dedicada a la reglamentación procesal de las medidas cautelares contra el Estado en la esfera federal.

Adelanto mi opinión general favorable respecto del actual proceso histórico de reforma del Poder Judicial conocido como *Justicia Legítima*, encontrando en particular que la ley 26.854 es una norma procesal de avanzada que recepta la moderna doctrina² y jurisprudencia de la materia, en total cumplimiento de la Constitución Nacional y la normativa internacional de Derechos Humanos. Nuestro sistema judicial no reconoce aún plenamente la operatividad de los derechos económicos, sociales, y culturales negando en muchos casos la posibilidad de exigir en tribunales las obligaciones prestacionales del Estado en materia social.³ Esta situación comenzó a modificarse paulatinamente, gracias en parte a la última reforma constitucional, a la incorporación de normativa internacional protectora de derechos humanos a nuestro ordenamiento interno, a los señeros avances de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación y su seguimiento por tribunales inferiores, a la creación de los fueros contencioso administrativos descentralizados y con jueces especializados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires, a los trabajos de la doctrina y –por último– a la relevancia que nuestra sociedad le ha otorgado al cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos, voluntad popular reflejada en las políticas públicas del Estado Nacional en la última década.⁴

² Berzonce, Roberto Omar, “*Tutelas procesales diferenciadas*”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009; Ucin, María Carlota, “*La tutela de los derechos sociales*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2011; Nogueira, Juan Martín y Schapiro, Hernán, “Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia”, Librería Editora Platense, La Plata, 2012; Augusto M., El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1994; Ferrajoli, Luigi, El Garantismo y la filosofía del Derecho, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, N° 15.

³ Como veremos en el desarrollo de este trabajo, aún hoy, en la mayoría de las jurisdicciones provinciales la posibilidad de efectivizar derechos humanos fundamentales se encuentra seriamente limitada –y la mayoría de las veces directamente imposibilitada– por la estructuración de una justicia contencioso administrativa vetusta que desconoce las garantías constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en violación de tratados internacionales de protección de Derechos Humanos incorporados a nuestro derecho interno en la reforma constitucional de 1994.

⁴ Para una opinión crítica de este proceso histórico, ver Luqui, Roberto Enrique, “Socialización de la Justicia”, La Ley, 16 de diciembre de 2011: “La socialización de la justicia es un fenómeno que parte de una idea equivocada de la función que tiene el Poder Judicial en nuestro sistema jurídico político, pues pretende atribuirles a los jueces la misión de controlar la legalidad objetiva y asegurar el ejercicio regular y eficiente de las funciones de la Administración. Más aún, se ha sostenido que los jueces tienen la misión de hacer efectivas las políticas públicas... La finalidad es aparentemente loable, pero peligrosa, porque tiende a transformar nuestro sistema liberal en un sistema paternalista, al proceso dispositivo que adoptó la legislación nacional en proceso inquisitorio, todo lo cual implicaría un regreso al Estado policía. Además existe un trasfondo de corporativismo. Y de ahí a la dictadura hay un paso, aunque tenga un origen democrático”, p. 3.

La nueva ley de cautelares contra el Estado Nacional es la primer norma procesal de relevancia que reconoce expresamente la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en nuestro país. Además de la trascendencia jurídica y cultural de tal reconocimiento en relación con la exigibilidad de tales derechos, esta norma protege en forma diferenciada a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna, y en especial garantiza los derechos económicos sociales y culturales de los sectores populares de la sociedad (salud, derechos alimentarios, ambientales, laborales, etc.), como hasta ahora ninguna norma procesal lo había hecho, cumpliendo con el principio internacional en materia de derechos económicos sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial y diferenciada.⁵

Así, la nueva ley recoge los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos –ambos reinterpretados por la Corte Suprema de Justicia a la luz de la Constitución Nacional y de la normativa internacional de los Derechos Humanos– constituyendo una novedosa política pública de tutela procesal diferenciada llevada a cabo por el Poder Legislativo de la Nación.

Lo dicho hasta aquí no me lleva a desconocer que algunos aspectos de la ley han sido objeto de críticas y observaciones por parte de la doctrina⁶ e instituciones académicas,⁷ así como de otros sectores de opinión de nuestra

⁵ Ver Observaciones generales N° 3 y N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶ Gozáini, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13. También respecto del proyecto de modificación ampliar en Ratti Medaña, Florencia Soledad, “*Los proyectos de Ley de Modificación del Régimen de Medidas Cautelares contra la Administración; reflexiones críticas*”, DJ, 17/02/2013, p.95.

⁷ *Declaración del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires* a raíz de los proyectos sobre Reforma Judicial ingresados en el Senado de la Nación (<www.derecho.uba.ar>): “La idea general del proyecto sobre medidas cautelares apunta más a custodiar los intereses del Estado que a tutelar los derechos de las personas. No asume una perspectiva de derechos humanos, que hoy es esencial para toda legislación democrática y, por ello, desconoce las obligaciones contraídas en virtud de tratados de derechos humanos con rango constitucional. En caso de conflicto entre los derechos humanos y razones basadas en el interés general o el bien común, la perspectiva de derechos humanos afirma la preeminencia de los derechos, también lo hace la Constitución Nacional. El proyecto asume la visión contraria, que no es novedosa: hace prevalecer el llamado interés general (que usualmente coincide con los intereses del partido de gobierno). Ataca los síntomas de un problema real, pero no las causas. Las medidas cautelares hoy se extienden excesivamente porque los procesos judiciales son demasiado largos, lo que conlleva una masiva denegación de justicia, que generalmente perjudica a las personas y grupos más vulnerables. Es urgente abrir una reflexión sobre cómo agilizar estos procedimientos y cómo brindar soluciones justas a los problemas de la ciudadanía. El proyecto perjudica a los ciudadanos cuyos derechos han sido violados por el Estado, al establecer un plazo máximo de seis meses (prorrogable por otros seis) cuando los procedimientos judiciales duran en general varios años. El problema es que la idea misma de las medidas cautelares es que duren mientras dure el proceso, si no, no tienen sentido. El texto del artículo 9 es particularmente preocupante, en tanto establece 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”. Resulta difícil imaginar una medida cautelar que ordene salvaguardar un derecho humano de los ciudadanos, que en muchos casos implica la provisión de servicios, que no requiera afectar en manera alguna los recursos del Estado”; *Declaración del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata* (<www.jursoc.unlp.edu.ar>): “La limitación

sociedad,⁸ compartiendo algunos aspectos de tales objeciones, pero –al mismo tiempo– no dejando de destacar que en muchos casos se trata de las clásicas prerrogativas procesales –integrantes del régimen exorbitante del derecho privado– presentes en todos los sistemas procedimentales de la justicia contencioso administrativa provinciales y federal. Así, hoy en día, las estructuras judiciales

de medidas cautelares está orientada a tutelar los intereses del Estado y no los derechos de todas las personas, apartándose de lo establecido por instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Argentina”; *Informe del Instituto de Cultura Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*: “Respecto al proyecto referido a las medidas cautelares (mensaje PEN 377), consideramos que el proyecto del PEN, aún con las modificaciones introducidas, no establece un equilibrio entre quienes reclaman, en forma urgente, una limitación efectiva al poder del Estado, cuando éste violenta sus derechos. Existe un análisis valioso y vigente que ha realizado Botassi, destacando los obstáculos históricos, frecuentemente insalvables, para las personas cuando tienen que enfrentar las decisiones de los órganos gubernamentales. Las personas individuales deberían tener un acceso irrestricto a la administración de justicia. Diferente es la situación, objetivamente, de los grupos de poder (“corporaciones”) cuando utilizan las medidas cautelares para dilatar las decisiones judiciales de fondo, en los casos en que estas resultarían contrarias a sus intereses económicos. Consideramos este tipo de prácticas como ilegítimas desde el punto de vista social y como mínimo cuestionables desde lo jurídico-institucional. No obstante, resulta imperioso comprender cabalmente las consecuencias indeseables que podría acarrear el acrecentamiento de las herramientas de contención del Estado. En este punto no estamos de acuerdo con el fortalecimiento del poder del Estado frente a las personas –especialmente los sectores vulnerables, que son los mayoritarios–. Constituiría un retroceso para su protección jurídica y social”; *Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP* (<www.derechoshumanos.unlp.edu.ar>): “Sobre las medidas cautelares. La restricción de los supuestos de procedencia de las medidas cautelares, aquellas que debieran caracterizarse por su eficacia, es decir por la efectiva capacidad de proteger y garantizar el disfrute de derechos en el marco de procesos judiciales entablados frente a presuntos atropellos provenientes de particulares o del Estado, afecta el concepto mismo de la tutela judicial oportuna. El proyecto de modificación inicial generaba preocupación, similar a la que motiva hoy la ley nacional N° 26.854, a pesar de los cambios experimentados antes de su reciente aprobación. Dicha norma merece un estudio profundo en perspectiva de derechos humanos, siendo, sólo a título de ejemplo, inicialmente preocupante la limitación de su ámbito de aplicación, como así también la ambigüedad con las que se expresan los supuestos protegidos en el artículo 2. Así, se habla de “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso” sin determinar parámetros válidos de medición, o se alude al caso en el que “se encuentre comprometida la vida digna conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos” sin que el referido instrumentos recepte de ese modo al derecho señalado. Aún cuando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un valioso desarrollo del llamado “proyecto de vida”, la construcción jurídica no es pacífica en la producción del tribunal, ya que en casos que han sido fácticamente similares no siempre ha referido al “proyecto de vida” o a la “vida digna” en sus abordajes al interpretar y aplicar el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica. También debe evaluarse el alcance de los derechos expresamente tutelados, “a la salud, a un derecho de naturaleza alimentaria”, e incluso el de “un derecho de naturaleza ambiental”, y la omisión de otros tales como la integridad física, psíquica y emocional, la libertad personal, la libertad sindical, el acceso a la información pública, o la educación, entre otros. Otra cuestión a revisar cuidadosamente es la posible afectación de derechos esenciales que puedan desprenderse de la puesta en marcha del nuevo mecanismo de informe previo que la ley exige, lesionando la inmediatez de los pronunciamientos judiciales frente a las circunstancias que la ameriten, propias de la naturaleza del remedio procesal. Asimismo, también alarma la amplitud de las restricciones frente a la llamada afectación de los recursos y bienes del Estado, previstas en el artículo 9, la limitada exención de la contracautela contemplada en el artículo 11, y los efectos de la suspensión de un acto estatal”, entre otros.

⁸ Entre las opiniones de Organizaciones no Gubernamentales dedicadas a la justicia y los derechos humanos se destacan; Opinión del *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS, <www.cels.org.ar>): “La idea general del proyecto sobre medidas cautelares apunta más a custodiar los intereses del Estado que a tutelar los derechos de las personas. No asume una perspectiva de derechos humanos, que hoy es esencial para toda legislación democrática y, por ello, desconoce las obligaciones contraídas en virtud de tratados de derechos humanos con rango constitucional. En caso de conflicto entre los derechos humanos y razones basadas en el interés general o el bien común, la perspectiva de derechos humanos afirma la preeminencia de los derechos, también lo hace la Constitución Nacional. El proyecto asume la

en las que se juzga a los Estados en la Argentina desconocen las garantías constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en violación de

visión contraria, que no es novedosa: hace prevalecer el llamado interés general (que usualmente coincide con los intereses del partido de gobierno). Ataca los síntomas de un problema real, pero no las causas. Las medidas cautelares hoy se extienden excesivamente porque los procesos judiciales son demasiado largos, lo que conlleva una masiva denegación de justicia, que generalmente perjudica a las personas y grupos más vulnerables. Es urgente abrir una reflexión sobre cómo agilizar estos procedimientos y cómo brindar soluciones justas a los problemas de la ciudadanía. El proyecto perjudica a los ciudadanos cuyos derechos han sido violados por el Estado, al establecer un plazo máximo de seis meses (prorrogable por otros seis) cuando los procedimientos judiciales duran en general varios años. El problema es que la idea misma de las medidas cautelares es que duren mientras dure el proceso, si no, no tienen sentido. El texto del artículo 9 es particularmente preocupante, en tanto establece 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". Resulta difícil imaginar una medida cautelar que ordene salvaguardar un derecho humano de los ciudadanos, que en muchos casos implica la provisión de servicios, que no requiera afectar en manera alguna los recursos del Estado"; opinión de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC, <www.adc.org.ar>): "La propuesta de limitación de las medidas cautelares en los casos que una parte sea el Estado nacional o sus entes descentralizados disminuye la protección de los derechos humanos que no sean a la vida, a la salud o cuando se trate de cuestiones alimentarias. El proyecto además resulta una medida del derecho administrativo aislada de los principios básicos de nuestra Constitución; tiene por objetivo favorecer la posición del Estado frente a los reclamos de los ciudadanos. Las reformas impulsadas por el gobierno desvirtúan severamente una valiosa herramienta procesal, que resulta fundamental al momento de poner freno a actos del Estado arbitrarios y lesivos de los derechos de los individuos. Su mal uso por parte de una minoría nunca debería haber dado lugar a una reacción exagerada de tamaño envergadura como la impulsada por el gobierno, que terminará disipando los valiosos institutos de protección de derechos obtenidos tras décadas de lucha, de discusiones jurídicas y debates políticos en pos del freno a la discrecionalidad e impunidad del Estado."; Poder Ciudadano: "La regulación de las medidas cautelares como la creación de nuevas Cámaras de Casación no son medidas que vayan a mejorar el sistema judicial. En el caso de las cautelares las limitaciones propuestas plantean una fuerte disparidad entre los derechos de defensa del Estado y el de los ciudadanos. La creación de nuevas Cámaras de Casación generará mayores dilaciones a los ya lentos trámites judiciales. Poder Ciudadano considera que estos proyectos ponen en juego la calidad de la democracia e invita a la ciudadanía a participar de un debate amplio en pos del mejoramiento de la justicia en la Argentina." Además, las siguientes organizaciones no gubernamentales; Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ); Asociación por los Derechos Civiles (ADC); Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas; CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento); Consumidores Libres; Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN); Fundación Directorio Legislativo; Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS); Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura (FECIC); Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (FORES); Unidos por la Justicia; Poder Ciudadano, en un documento conjunto expusieron la siguiente opinión: "Sobre la propuesta de limitar las medidas cautelares: Las medidas cautelares tienden a hacer efectivo el derecho constitucional a la defensa en juicio y a proteger con eficacia derechos constitucionales vulnerados, tanto por privados como por el Estado nacional, las provincias o los municipios. Su restricción implica un retroceso en la protección del derecho de las personas a una respuesta judicial oportuna. Las medidas cautelares fueron incorporadas para proteger a las personas de los abusos de Estado, han sido una herramienta clave utilizada en la historia de nuestro país y corrigen la asimetría de poder entre el Estado y los particulares. Su limitación menoscaba los derechos humanos cuya protección tanto nos costó conseguir. A su vez, eliminar la caución juratoria en el otorgamiento de las medidas cautelares y la consecuente exigencia de depositar las sumas de dinero necesarias para afrontar posibles daños y perjuicios derivados de la medida representa una manifiesta violación al derecho de acceder a la justicia y a la igualdad ante la ley de quienes no cuentan con los recursos para hacerlo. En la práctica impide que puedan dictarse medidas cautelares frente a obras de gran valor patrimonial (como, por ejemplo, inversiones mineras, hidroeléctricas y de infraestructura de cualquier tipo). Los abusos que en muchos casos se producen en el uso de las cautelares deben remediarse mediante una evaluación del comportamiento de los jueces y litigantes en el caso de que se trate, pero en modo alguno justifican la imposición de restricciones en el derecho a peticionar y obtener medidas de protección cautelar, especialmente cuando los juicios duran varios años debido a la falta de tribunales y la burocracia de los procedimientos".

tratados internacionales de protección de Derechos Humanos incorporados a nuestro ordenamiento interno en la reforma constitucional de 1994. Es por ello que una crítica descontextualizada que ponga la lupa sólo en una parte del complejo sistema de justicia encargado de controlar a los Estados, sin reparar un minuto en su estructura general, en sus normas constitutivas, en sus procedimientos judiciales, en sus prácticas cotidianas, en su funcionamiento defectuoso, puede convertirse en el árbol que no nos deje ver el bosque.

En este sentido, debo reconocer que el trascendente paso dado mediante la sanción de la ley 26.854 en el camino hacia la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales, será insuficiente si no se proyecta y materializa una reforma integral de la justicia administrativa argentina –federal y locales– que proteja en forma diferenciada a los grupos vulnerables, garantizándoles una prioritaria tutela procesal de sus derechos fundamentales.

Por último, en cuanto a los planteos sobre la inconstitucionalidad de la nueva ley, éstos serán resueltos por los magistrados intervinientes en las causas concretas en que se puedan ver afectados derechos fundamentales por la aplicación de esta norma procesal, recordando que es obligación de los jueces en su tarea interpretativa aplicar la legislación interna de forma tal que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado, posibilitando la plena protección de los derechos humanos.⁹

Más allá de la propia valoración positiva de la norma en análisis –postura epistemológicamente intersubjetiva–, propongo desarrollar argumentos concretos respecto de cada disposición de la nueva ley, y poner en discusión el texto y contexto de la norma en cuestión, evitando afirmaciones dogmáticas, generalizaciones sin fundamento y opiniones carentes de motivación. Bajo el cumplimiento estricto de dichas premisas, todo diálogo y discusión –necesariamente– darán buenos frutos.

⁹ El Poder Judicial se ha manifestado en dos causas iniciadas pretendiendo la declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.854, disponiendo su rechazo, en un caso por ser prematura y en otro por la inexistencia de caso, causa o controversia. En la causa “Gil Domínguez, Andrés c/ EN- PEN s/ amparo 16.986”, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 8, rechazó la demanda por impugnar la misma un proyecto de ley aún no aprobado por el Poder Legislativo (Ver. La Ley de fecha 06/05/2013, p. 11). En la causa “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ EN- PEN-Ley 26854 s/proceso de conocimiento”, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 5, en resolución de fecha 07-05-2013, resolvió el rechazo “in límine la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada en autos por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal por inprocedente por inexistencia de caso, causa o controversia (conf. art. 116 de la CN y art. 2º de la ley 27)” (Ver La Ley, de fecha 10/05/2013, p. 7).

II Conceptualización de las medidas cautelares en el derecho procesal administrativo

Las medidas cautelares reflejan una actividad de tipo preventiva dentro del proceso que, enmarcado en esa objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca al peticionante, según las circunstancias, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento.¹⁰

Los requisitos clásicamente establecidos para la procedencia de medidas cautelares contra el Estado son: 1) Verosimilitud del derecho;¹¹ 2) Peligro en la demora, 3) No afectación del interés público y 4) contracautela. Los requisitos de verosimilitud del derecho invocado y del peligro que se cause un daño grave e irreparable, se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se debe atenuar.

El requisito característico del derecho procesal administrativo para la procedencia de una medida cautelar contra el Estado es la no afectación de un interés público, criterio expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver la causa “Astilleros Alianza vs. Nación Argentina”.¹²

Las medidas cautelares se caracterizan por su accesoriedad, provisoriedad y transitoriedad, y –como lo explica Gozaíni con precisión: “A partir de la instrumentalidad se derivan las notas características de las medidas cautelares: sumariedad del conocimiento y cosa juzgada formal; provisionalidad de las disposiciones sobre la materia como de las medidas que se dictan en consecuencia; mutabilidad o variabilidad de las precautorias dispuestas; discrecionalidad para

¹⁰ De Lázzari, Eduardo, “*Medidas Cautelares*”, Librería Editora Platense, La Plata, 1995. Ampliar en Camps, Carlos Enrique; “*Tratado de las medidas cautelares*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. Ver también el completo trabajo de Rizzi, Guillermo “Protección Cautelar en el Derecho Contencioso Administrativo”, en la obra de Camps, Carlos Enrique (director), “*Tratado de las Medidas Cautelares*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1545 y sgtes.

¹¹ Deberá invocarse un derecho verosímil en relación al objeto del proceso. Debe entenderse como la probabilidad de que el derecho existe, y no como una incontestable realidad, que sólo se logrará al final del proceso. No se requiere la prueba plena del mismo, siendo suficiente su acreditación prima facie. Se vincula con las características del acto administrativo –presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria-, que hacen a las prerrogativas del régimen exorbitante del derecho privado. Pustelnik. Nulidad manifiesta. La existencia de un vicio manifiesto compromete la presunción de legitimidad. El fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un examen sumario encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

¹² CSJN, *Fallos* 314:1202; “De ahí, pues, que a los requisitos exigibles para la admisión de toda medida cautelar, cuando se trate de semejante a la ordenada en autos deba agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público”.

resolver el tipo de medidas cautelares; preventividad como fundamento y razón de procedencia; y responsabilidad emergente por los daños potenciales que pueda ocasionar la traba, dentro del cual se encuentra, la caducidad de las medidas”.¹³

III El nuevo régimen de la Ley 26.854. Un ejemplo de política pública de tutela procesal diferenciada

1.) El derecho procesal administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado

Antes de ingresar al análisis de la ley en estudio, y a fin de contextualizar en el tipo de proceso judicial que se enmarca la nueva regulación de las medidas cautelares contra el Estado Nacional, debo desarrollar brevemente el estado actual del derecho procesal administrativo en la Argentina, y en especial detenerme en los sistemas de justicia administrativa vigentes en las jurisdicciones provinciales.

El derecho procesal administrativo es el conjunto de normas y principios que reglamentan los juicios en que el Estado es parte o en los que una de las partes ejerce una función administrativa por delegación estatal,¹⁴ siendo uno de los clásicos ámbitos en el que las prerrogativas estatales se hacen presente.¹⁵ Un ejemplo de ello lo constituyen los requisitos especiales de habilitación de la instancia judicial en materia administrativa que obligan a los ciudadanos en determinados casos a reclamar en forma previa ante la propia administración pública, agotando la instancia administrativa, presentando la demanda en un breve plazo de caducidad, o cumpliendo con el pago previo exigido por el principio *solve et repete*. En el ámbito cautelar la tradicional prerrogativa procesal se manifiesta en la incorporación del requisito de no afectación del interés público para la procedencia de tales medidas contra el Estado.¹⁶ Finalmente, respecto de las sentencias contra el Estado, en muchos casos tienen efecto declarativo, son de difícil ejecución y no existen procesos especiales de cumplimiento en casos complejos de afectación de derechos colectivos o bienes de la comunidad. A esto deben adicionarse dos principios respecto de la actuación administrativa que dificultan su escrutinio judicial, la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, prevista legalmente en la esfera nacional y en muchas regulaciones provinciales. Este arsenal de medidas, principios y limitaciones

¹³ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13, p. 3.

¹⁴ La atribución material de competencia de la justicia administrativa puede variar según se adopte en el ordenamiento jurídico un criterio subjetivo, material o mixto.

¹⁵ González Pérez, Jesús, “Derecho procesal administrativo hispanoamericano”, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

¹⁶ Padrós, Ramiro Simón, “La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004. Al respecto dijo: “Como sucedió con la interpretación acerca de la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la materia cautelar ha estado por tradición sujeta a una visión particularmente restrictiva sobre la posibilidad de disponerse medidas provisionales que modifiquen los efectos propios de los actos administrativos y, dentro de esta categoría, sólo respecto de aquellos actos ejecutorios con capacidad para provocar una transformación en la situación jurídica del demandante”, p. 125.

de la revisión judicial de la actividad estatal se encuentra presente –en mayor o menor medida– desde su nacimiento en todas las legislaciones procesales administrativas en los ámbitos federal, de las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹⁷

¹⁷ Ampliar en Argañarás, Manuel: *“Tratado de lo contencioso administrativo”*, Editorial Lex, Buenos Aires, 1988; Aberastury, Pedro: *“La Justicia Administrativa”*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006; Berizonce, Roberto O: *“Efectivo acceso a la justicia”*, Librería Editora Platense, La Plata, 1987; Bielsa, Rafael: *“Sobre lo contencioso-administrativo”*, Editorial Catelvi, Sante Fe, 1964; Botassi, Carlos (coordinador): *“El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires”*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2000; Dana Montañó, Salvador M.: *“Código de procedimientos de lo Contencioso- Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y Jurisprudencia”*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1955; D’Argenio, Inés: *“La justicia administrativa en Argentina. Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional”*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003; De Santis, Gustavo Juan: *“El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva”*, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1995; Diez, Manuel María: *“Derecho procesal administrativo (lo contencioso administrativo)”*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1996; Fiorini, Bartolomé: *“¿Qué es el contencioso?”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965; García de Enterría, Eduardo: *“La lucha contra las inmunidades del poder”*, Editorial Civitas, Madrid, 1995; *“Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial”*, Editorial Civitas, Madrid, 1998; *“Democracia, jueces y control de la administración”*, Editorial Civitas, Madrid, 1998; García Pullés, Fernando R.: *“Tratado de lo contencioso administrativo”*, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2004; González Pérez, Jesús: *“Derecho procesal administrativo hispanoamericano”*, Editorial Temis SA, Bogotá, 1985; *“El derecho a la tutela jurisdiccional”*, Editorial Civitas, Madrid, 1989; Gordillo, Agustín: *“La Administración paralela”*, Editorial Civitas, Madrid, 1982; *“Después de la reforma del Estado”*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996; *“Derechos Humanos”*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997; Grau, Armando Emilio: *“Habilitación de la instancia contencioso administrativa”*, Librería Editora Platense, La Plata, 1971; Hutchinson, Tomás: *“La acción contencioso administrativa”*, F.D.A., 1981; *“Código Procesal Contencioso Administrativo. Provincia de Buenos Aires. Concordado y comentado. Jurisprudencia”*, Scotti Editora, Avellaneda, 2005; Palacio, Julio A.: *“La acción contencioso administrativa”*, Editorial Fides, La Plata, 1975; Rejtman Farah: *“Impugnación Judicial de la Actividad administrativa”*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000; Retortillo, Cirilo Martín: *“Nuevas notas sobre lo Contencioso Administrativo”*, Ediciones Aguilar SA, Madrid, 1951; Rosatti, Horacio: *“El derecho a la jurisdicción antes del proceso”*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984; Sammartino, Patricio Marcelo: *“Principios Constitucionales del Amparo Administrativo”*, Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003; Tribiño, Carlos: *“El Fiscal de Estado. La representación judicial del Estado y el control de la actividad administrativa”*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001; Tristán Bosch: *“¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?”*, Víctor P. De Zavalia editor, Buenos Aires, 1951; Tawil, Guido Santiago: *“Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa”*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993; Ubierna Eusa, José Antonio: *“De lo contencioso Administrativo”*, Librería General Victoriano Suarez, Madrid, 1948; Maljar, Daniel Edgardo: *“El proceso contencioso administrativo en la nación y en la provincia de Buenos Aires, La nueva justicia administrativa”*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002; Mairal, Héctor A.: *“Control judicial de la administración pública”*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984; Martín-Retortillo, Cirilo: *“Nuevas notas sobre lo contencioso administrativo”*, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, 1951; Morello, Augusto M.: *“El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos”*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1994; Vallefin, Carlos A.: *“Proceso administrativo y habilitación de instancia”*, Librería Editora Platense, La Plata, 1994; Varela, Luis: *“Estudio sobre lo Contencioso-Administrativo”*, Tureano, Varel y C^o Editores, Montevideo, 1901; Andreucci, Carlos A.: *“Sin fuero no rige el nuevo Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad declarada de oficio.”* ED, 176, 747; Bezzi, Osvaldo M., Bezzi, Ana María y Bezzi Osvaldo H.: *“El cambio jurisprudencial de la Suprema Corte de Buenos Aires sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa”*, La Ley, 1997-D, 102; Bidart Campos, Germán: *“El Pacto de San José de Costa Rica y el acceso fácil a la justicia”*, El Derecho, 137, 314; Botassi, Carlos A. y Morello, Augusto: *“Amparo por omisión política: la puesta en marcha del fuero contencioso-administrativo en la provincia de Buenos Aires”*, JA 2003-II-172. Botassi, Carlos A.: *“Un cambio sustancial en el proceso administrativo bonaerense”*, JA 2002-IV-69; *“Legalidad y control judicial de la Administración pública en la provincia de Buenos Aires”*, La Ley- 1987-B,1118; *“Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos”*, La Ley- 2000-F, 594; *“Proceso administrativo bonaerense con base en el interés legítimo (Un fallo histórico)”*, La Ley 1996-C, 20;

En el ámbito federal no existe un código procesal administrativo, quedando el trámite judicial reglado, en cuanto a los requisitos de habilitación de instancia en la ley nacional de procedimientos administrativos (Ley 19.549)¹⁸ y respecto del proceso en sí, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.¹⁹

“El nuevo fuero y los casos de responsabilidad del Estado”, JA 2000-III-1141: “*El derecho frente a la corrupción política*”, JA 2002-I-1029: “*Ejecución de sentencias contra el Estado. En el nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*”, La Ley 2000-E, 1116; “*Contrarreforma del proceso administrativo bonaerense (inconstitucionalidad parcial de la ley 13101)*” JA, revista de fecha 3/11/04: “*La defensa del Estado en el nuevo Código Procesal Administrativo*”, ED, 197, 456; Carrillo, Pedro: “*La regla del solve et repete y la ejecutoriedad del acto administrativo*”, La Ley, 30, 1090; Cassagne, Juan C.: “*La legitimación procesal (en el Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires)*”, JA SDA, 3 de noviembre de 2004, pág. 32; “*El acceso a la justicia administrativa*”, La Ley, Suplemento del 16 de junio de 2004; Christensen, Eduardo Alberto: “*El solve et repete (incidencia de la reforma constitucional)*” La Ley, 1996-B, 1189; Fiorini, Bartolomé: “*Sistema y crítica del código contencioso administrativo de la Prov. de Buenos Aires*”, La Ley, 96, 829; Gambier, Beltran y Mamberti, Carlos: “*El recurso de revocatoria, la habilitación de instancia contencioso administrativa y una incongruencia jurisprudencial*”, La Ley- 1987-D, 1215; Giuliani Fonrouge, Carlos: “*Acerca del Solve et Repete*”, La Ley, 82, 616. Gordillo, Agustín: “*Privación sistemática de justicia en la provincia de Buenos Aires*”, La Ley 1995-D, 299; “*Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional*”, La Ley, 1995-E, 988; “*Privación sistemática de justicia 2 (dos) en la provincia de Buenos Aires*”, La Ley, 1996-C, 39; “*La justicia administrativa en la provincia de Buenos Aires (una contrarreforma inconstitucional)*”, ED Administrativo, 30 de noviembre de 2001, pág.1: “*Axel en la justicia administrativa de la provincia de Buenos Aires*”, RAP, N°13, 11; Hutchinson, Tomás: “*La actualidad de un viejo código*”, La Ley- 1983-A, 389. “*El recurso administrativo previo como mera traba ritual para impedir el acceso a la justicia*”, ED 8/9/87: “*Legitimación suficiente para entablar la acción contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires*”, ED, 113, 629; “*La proyectada reforma constitucional en la Provincia de Buenos Aires. Oportunidad para cambiar la justicia contencioso administrativa*”, La Ley, 1989-E, 1254; Jarach, Dino: “*Constitucionalidad del principio solve et repete*”, La Información, T° XXXIX, pág. 179; Linares, Juan Francisco: “*Lo contencioso administrativo en la Prov. de Buenos Aires (La deformación jurisprudencial de un código)*”, La Ley- 96, 852; Cabral, Pablo Octavio y Maljar, Daniel: “*El solve et repete en el nuevo código contencioso administrativo*”, El Derecho, 29/9/2000: “*Responsabilidad del Estado por no poner en marcha la nueva justicia administrativa bonaerense*”, JA, 20 de diciembre de 2000; Marafuschi, Miguel Angel: “*Reflexiones acerca de la conveniencia y oportunidad de la modificación de la competencia de la Suprema Corte de Buenos Aires en materia contencioso administrativa*”, La Ley, 1989-E, 1260; Martiarena, Juan J.: “*Fundamentos constitucionales del proceso administrativo en la provincia de Buenos Aires*”, JA, número especial del 23 de agosto de 2000.; Padilla, Miguel M.: “*La tutela del debido proceso legal mediante la acción de amparo*”, ED-113, 349; Perrino, Pablo: “*El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense*”, ED 184, 825; “*El plazo para deducir la pretensión procesal administrativa en el Código Procesal Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires*”, JA SDA, 3 de noviembre de 2004, pág. 45; Rodríguez Fox, Alberto: “*Litigantes pudientes y no pudientes*”, La Ley-T°, 1130; Santamaría Pastor, Juan A.: “*Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa*”, RAP, N° 77, pág. 83; Spacarotel, Gustavo: “*El nuevo fuero contencioso administrativo. Garantía del estado de derecho*”, RAP, N° 13, pág. 25; Tawil, Guido Santiago: “*El Código Varela y la necesidad de una profunda transformación en el contencioso administrativo provincial argentino*”, La Ley- 189-A, 1127; Tribiño, Carlos R.: “*El recurso administrativo de revocatoria y habilitación de la instancia contencioso administrativa*”, La Ley- 67, 735; “*El plazo de extinción de la acción contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires*”, La Ley, 1990-D, 785; “*La exigencia del Solve et Repete en el régimen contencioso administrativo bonaerense*”, JA, 1985-III-632; Valcarce, Arodin: “*Derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia*”, JA-1996, 736; Villanfañe, Homero: “*Estado actual del fuero contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires*”, JA SDA, 3 de noviembre de 2004, pág.7.

¹⁸ Cassagne, Juan Carlos, “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009; Comadira, Julio Rodolfo, “Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

¹⁹ Ver Rejtman Farah, Mario, “Impugnación judicial de la actividad administrativa”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000.

Los procesos contencioso administrativos en los que tramitan los juicios contra los Estados provinciales y sus municipios pueden ser clasificados según el modelo de justicia administrativa que construyen. Un primer grupo histórico encabezado por el Código Contencioso Administrativo “Varela” de la provincia de Buenos Aires²⁰ de 1905²¹ (hoy derogado) y seguido por las provincias de Salta,²² Mendoza,²³ Catamarca,²⁴ Córdoba,²⁵ Corrientes,²⁶ Chaco,²⁷ Entre Ríos,²⁸ La Rioja,²⁹

²⁰ Ley 12.008 (modif. por ley 13.101), Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1998. Ampliar en Isabella, Diego P. (director), “Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. La Justicia Administrativa.”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010; Botassi, Carlos (coordinador): “*El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*”, Librería Editoria Platense, Buenos Aires, 2000; Dana Montaña, Salvador M.: “*Código de procedimientos de lo Contencioso- Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y Jurisprudencia*”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1955; Caiella, Pascual y Pittatore, Pamela, “Alcances del nuevo proceso contencioso administrativo bonaerense. Hacia la justiciabilidad plena de la actuación administrativa”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 91 y sgtes.

²¹ Dana Montaña, Salvador M.: “*Código de procedimientos de lo Contencioso- Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y Jurisprudencia*”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1955; Linares, Juan Francisco: “Lo contencioso administrativo en la Prov. de Buenos Aires (La deformación jurisprudencial de un código)”, La Ley- 96, 852.

²² Ley 793, Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1908. Ampliar en Padrós, Ramiro Simón, “El Contencioso Administrativo en la Provincia de Salta”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 301 y sgtes.

²³ Ley 3918, Código Procesal Administrativo, sancionada y promulgada en 1973. Ampliar en Pérez Hualde, Alejandro, “El proceso administrativo en Mendoza. Constitución provincial, Código Procesal Administrativo y jurisprudencia”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 249 y sgtes.

²⁴ Ley 2403, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1971. Ampliar en Peracca, Ana G y Pernasetti, Laureano H., “El sistema contencioso administrativo en la Provincia de Catamarca”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 783 y sgtes.

²⁵ Ley 7182, Código Procesal Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1984. Ampliar en Vélez Funes, Ignacio María (director), “Derecho Procesal Administrativo”, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003. Ver también Sesin, Domingo J, “El contencioso de Córdoba y la Habilitación de Instancia”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 175 y sgtes. Ver también Villafañe, Liliana, “Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Córdoba. Ley 7182. Notas y Comentarios. Jurisprudencia. Modelos de Escritos.”, Editorial Lerner, Córdoba, 2006.

²⁶ Ley 4106, Proceso Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1986. Ampliar en Sotelo de Andraeu, Mirta G, “El sistema procesal administrativo en la Provincia de Corrientes”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 507 y sgtes.

²⁷ Ley 848, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1967. Ampliar en Leguizamón, Gustavo, “Lo contencioso administrativo en la Provincia del Chaco”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 667 y sgtes.

²⁸ Decreto Ley 7061, Código Procesal Administrativo, sancionada y promulgada en 1983. Ampliar en González Elías, Hugo, “El contencioso administrativo en la Provincia de Entre Ríos”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 451 y sgtes.

²⁹ Ley 1005, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1946. Ampliar en Casullo, María Carolina, “El control contencioso administrativo en la Provincia de La Rioja”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 743 y sgtes.

La Pampa,³⁰ San Juan,³¹ Neuquén,³² Formosa,³³ Santiago del Estero³⁴ y Jujuy³⁵ integran el modelo de la vieja justicia contencioso administrativa revisora de los actos formales de la administración. El antiguo régimen de justicia administrativa –aún vigente en las provincias mencionadas– se caracteriza por estar regulado constitucionalmente, ser de competencia del máximo tribunal provincial que resuelve en única instancia y juicio pleno, encontrar limitada la legitimación a los derechos subjetivos de carácter administrativo, excluir la revisión tanto de la actividad pública discrecional como de las cuestiones políticas, controlar únicamente la actuación administrativa formal impidiendo la judicialización de omisiones estatales, establecer un criterio de acceso estrecho a la jurisdicción (habilitación de instancia; agotamiento de la vía administrativa previa, plazos de caducidad y pago previo), impedir que se ventilen en el proceso cuestiones que no hayan sido previamente planteadas en sede administrativa, disponer únicamente como medida cautelar la suspensión del acto administrativo, y otorgar una mejor posición procesal respecto de los diversos trámites del juicio a la Administración Pública.

Siendo el requisito de habilitación de instancia, el mayor obstáculo para el ingreso a la jurisdicción administrativa, quisiera desarrollar brevemente algunos de los argumentos que sostienen su inconstitucionalidad. En tanto examen inicial del cumplimiento de las condiciones de admisibilidad de la acción (agotamiento de

³⁰ Ley 952, Código Procesal Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1979. Ampliar en Sappa, José y Vanini, José, “El contencioso administrativo en la Provincia de La Pampa”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 857 y sgtes.

³¹ La falta de ley especial hace que se aplique a los juicios contra el Estado el Código Procesal Civil (arts. 766, 767, 768 y 769) y por la Ley 3784, Procedimientos Administrativos, sancionada y promulgada en 1973. Ampliar en Cuadros, Oscar A., “Control Judicial de la actividad administrativa del Estado en la Provincia de San Juan”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 423 y sgtes.

³² Decreto Ley 1305/1981, Código Procesal Administrativo, emitido en 1981. Si bien la competencia es del Tribunal Superior de Justicia de la provincia (Art. 1), por la reforma de la Constitución de la Provincia de Neuquén, la competencia fue trasladada a un nuevo fuero especializado y descentralizado, que aún no se ha constituido. Finalmente por disposición del Tribunal (Acuerdo 4312) la competencia contencioso administrativa la ejerce la Sala Procesal Administrativa. Ampliar en Gutierrez Cuolantuono, Pablo, “El caso administrativo en el escenario constitucional neuquino”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 961 y sgtes.

³³ Decreto Ley 584/1978, Código Procesal Administrativo, emitido en 1978. Ampliar en Martínez, Sergio A., “El proceso administrativo o contencioso administrativo de la Provincia de Formosa”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 703 y sgtes.

³⁴ Ley 2291, Procedimiento Administrativo, sancionada y promulgada en 1951. Ampliar en Abalos Gorostiaga, Raúl F, “El contencioso administrativo en el ámbito de la Provincia de Santiago del Estero analizado a través de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 743 y sgtes.

³⁵ Ley 1888, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1948. Ampliar en Insausti, Hugo O., “El proceso contencioso administrativo en la Provincia de Jujuy”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 623 y sgtes.

la vía administrativa, plazo de caducidad y pago previo), como vimos aún presente hasta en los sistemas procesales más avanzados, plantea una limitación esencial a la garantía de acceso a la justicia y obstaculiza la efectivización de derechos humanos fundamentales. Así, para Miguel López Olvera, “La habilitación de la vía judicial y el agotamiento de la vía administrativa funcionan en la actualidad con base en esquemas antiguos, que condicionan previamente el acceso a la justicia, lo cual es sin duda alguna una irrazonable restricción a la garantía constitucional, supranacional e internacional de acceso inmediato y expedito a una instancia judicial pronta y cumplida”.³⁶ A similar conclusión arribó Andrés Gil Domínguez al afirmar que “En el marco de un Estado constitucional de derecho, no existe ningún argumento que sustente la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, la existencia de un plazo de caducidad fatal de la acción contenciosa y de la consecuente habilitación de instancia de oficio”.³⁷

Otro grupo de legislaciones que puede identificarse es el de las regulaciones procesales administrativas de las provincias de Misiones,³⁸ Santa Cruz,³⁹ Santa Fe,⁴⁰ San Luis,⁴¹ Tucumán⁴² y Tierra del Fuego,⁴³ ya que si bien fueron establecidos mediante leyes sancionadas en la década de los noventa, en algunos casos aún

³⁶ López Olvera, Miguel Alejandro, “La instancia administrativa. Problemas actuales de la justicia administrativa. Principios y fuentes del proceso administrativo. Órgano y procedimientos judiciales”, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2008.

³⁷ Gil Domínguez, Andrés, “Tutela judicial efectiva y agotamiento de la vía administrativa. Derecho constitucional administrativo”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 88.

³⁸ Ley 1-95, Código Procesal Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1993. Ampliar en Becerra, Julio C y Acosta, Fernando A., “proceso contencioso administrativo de la Provincia de Misiones”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 599 y sgtes.

³⁹ Ley 2600, Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 2001. Ampliar en Salazar, Clara; Bonyuan, Fabián; Cima, Gustavo; Cobas, Cecilia; Coppola, Sebastián y Ramón, Juliana, “Contencioso Administrativo de la Provincia de Santa Cruz”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1025 y sgtes.

⁴⁰ Ley 11.330, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1995. Ampliar en Lisa, Federico J y Weder, Rubén L., “El Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Santa Fe. Ley 11.330. Doctrina jurisprudencial.”, Editorial Juris, Rosario, 2000. Ver también Weder, Rubén y Lisa, Federico, “El proceso contencioso administrativo en la Provincia de Santa Fe”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 119 y sgtes.

⁴¹ El proceso administrativo está previsto en el Título IV –Causas Contencioso Administrativas– del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Luis, Ley VI-0150-2004, sancionada y promulgada en 2004. Ampliar en Allende, Eduardo S. y Domínguez, Jorge A., “Procedimiento contencioso administrativo en la Provincia de San Luis”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 275 y sgtes.

⁴² Ley 6205, Código Procesal Administrativo, sancionada y promulgada en 1991. Ampliar en Goane, René M., “El proceso contencioso administrativo en el ordenamiento jurídico positivo, constitucional y legal en la Provincia de Tucumán”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 351 y sgtes.

⁴³ Ley 133, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1994. Ampliar en Francavilla, Ricardo, “Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1053 y sgtes.

posteriores a la reforma constitucional de la nación –1994–, mantienen la mayoría de las características esenciales y distintivas de la antigua justicia administrativa. En forma separada se pueden ubicar las provincias de Chubut⁴⁴ y Río Negro,⁴⁵ que –al igual que la nación– no cuentan con un código procesal administrativo que regule en forma especial dicho proceso judicial.

Por último es de destacar el nacimiento de una nueva justicia administrativa, cuyos ejemplos los encontramos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁶ y en la provincia de Buenos Aires,⁴⁷ donde se dispuso la creación de un fuero descentralizados, con jueces especializados en la materia, con dos instancias (primera instancia de juzgados individuales y la segunda instancia integrada con Cámaras de Apelaciones), se abandona el modelo de justicia revisora de la actuación formal de la administración, se establece un amplio abanico de pretensiones procesales, entre las que se destaca la posibilidad de accionar ante una omisión estatal en materia social –pretensión prestacional⁴⁸–, se incorpora una gran variedad de herramientas cautelares, y, aunque no se eliminan, se flexibilizan algunos requisitos de la habilitación de instancia.

Desde la doctrina más conservadora –acorde con la tradicional justicia contencioso administrativa aún presente en la mayoría de las jurisdicciones locales– se sostiene que la socialización de la justicia es un fenómeno que erróneamente le atribuye funciones al poder judicial que altera el principio de

⁴⁴ La falta de ley especial hace que se aplique a los juicios contra el Estado el Código Procesal Civil y Comercial y la ley de organización del Poder Judicial de la Provincia. Ampliar en Panizzi, Alejandro, “Apuntes sobre los litigios contencioso administrativos en la provincia del Chubut”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 981 y sgtes.

⁴⁵ Río Negro no cuenta con código procesal administrativo, estableciendo los requisitos de habilitación en la ley de procedimientos administrativos 2938. La competencia contencioso administrativa es ejercida transitoriamente por las Cámaras de Apelaciones en los Civil, Comercial y de Minería. Ampliar en Sodero Nievas, Víctor y Pereyra, Juan Claudio, “El derecho administrativo en la Provincia de Río Negro”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 893 y sgtes.

⁴⁶ Ley 189, Código Contencioso Administrativo y Tributario, sancionada y promulgada en 1999. Ampliar en Balbín, Carlos “Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y Concordado”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003; Said, José, “Régimen contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 47 y sgtes.

⁴⁷ Botassi, Carlos (coordinador): “*El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*”, Librería Editoria Platense, Buenos Aires, 2000; Caiella, Pascual y Pittatore, Pamela, “Alcances del nuevo proceso contencioso administrativo bonaerense. Hacia la justiciabilidad plena de la actuación administrativa”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 91 y sgtes; Villanfañe, Homero: “*Estado actual del fuero contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires*”, JA SDA, 3 de noviembre de 2004, pág. 7.

⁴⁸ Ampliar en Cabral, Pablo Octavio, “La pretensión prestacional en el proceso contencioso Administrativo Bonaerense”, en la obra de Bastons, Jorge Luis, “Derecho Público para Administrativistas”, Librería Editora Platense, La Plata, 2008; y en “La pretensión prestacional frente a la inactividad material de la Administración” y “Puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo y entrada en vigencia de su nuevo código procesal”, en la obra de Isabella, Diego, “Código Contencioso Administrativo Comentado”, Editorial RAP, Buenos Aires, 2010.

división de poderes, por ejemplo al permitirle controlar y hacer efectivas políticas públicas, transformando nuestro sistema liberal en un sistema paternalista. Así, por ejemplo Roberto Luqui, al efectuar una dura crítica a las transformaciones que traen aparejada la socialización de la justicia, afirma “Esta tendencia socializante se manifiesta por varias acciones concurrentes. La primera es el reconocimiento de nuevos derechos e intereses, que vendría a configurar el núcleo de la cuestión. Las restantes, que podríamos considerar instrumentales, consisten en ampliar la legitimación activa, aumentar las facultades de los jueces, simplificar los proceso y extender el efecto de las sentencias”.⁴⁹

Todas estas prerrogativas –que conforman el llamado régimen exorbitante del derecho privado⁵⁰–, que se hallan presentes desde su propio origen en los sistemas judiciales de revisión de la actividad administrativa, dificultan la efectivización de derechos humanos fundamentales y niegan la garantía del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.⁵¹

En ninguna de las normas procesales vigentes en las distintas jurisdicciones se efectúa una atenuación o flexibilización de los requisitos de admisibilidad de la acción o de medidas cautelares o de los efectos de la sentencia, respecto de los grupos sociales desaventajados económicamente o de aquellos que pretendan hacer valer derechos fundamentales vinculados a su situación social. Es decir, las leyes procesales administrativas hoy en vigencia y aplicación en todos los ámbitos de nuestro país no efectúan tutela procesal diferenciada alguna.

2) Hacia una nueva justicia administrativa legítima

Frente a esta defensa de la tradicional justicia contencioso administrativa se opone una visión socializante y transformadora del rol de los jueces en nuestra sociedad, que también se articula con una concepción participativa de una democracia en la que los derechos fundamentales son garantizados por el Estado en forma igualitaria.⁵²

⁴⁹ Luqui, Roberto Enrique, “Socialización de la Justicia”, La Ley, 16 de diciembre de 2011, p. 3.

⁵⁰ Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002: “El sistema del Derecho Administrativo posee, como nota peculiar, una compleja gama de poderes o potestades jurídicas que componen lo que se ha llamado régimen exorbitante, que se determina y modula en los distintos países de un modo diferente”, p. 124.

⁵¹ Saggese, Federico, “El derecho a un nivel de vida adecuado”, Librería Editora Platense, La Plata, 2009: “Así, resulta necesario comenzar remarcando la cuestión de la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico –y en el Derecho Comparado en general– de mecanismos procesales idóneos para la tutela de los DESC. En efecto: las acciones judiciales tipificadas por nuestro Derecho han sido pensadas y diseñadas para la protección de los derechos clásicos (civiles y políticos); lo cual además repercute negativamente en la procura de la protección para los derechos sociales, así como en problemas vinculados con la incidencia colectiva en la legitimación activa; la restricción probatoria en los procesos tradicionales; las medidas a disponerse en casos de omisiones estatales; y la dificultad de ejecución de las condenas contra el Estado”, p. 167.

⁵² Ampliar en Cabral, Pablo Octavio, “La Justicia Administrativa como herramienta para la efectivización de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente en la Provincia de Buenos Aires”, Revista de la

El poder judicial comenzó a intervenir activamente en las decisiones públicas a través del control de constitucionalidad de las leyes (en nuestro país en forma difusa, es decir tal declaración puede ser emitida por cualquier juez) y mediante el control de legalidad del accionar de las administraciones públicas (especialmente mediante el control efectuado por la justicia contencioso administrativa). También las reformas de las Constituciones estatales generalizaron el control de la administración mediante la creación de un nuevo fuero descentralizado con especialidad administrativa. Así desde hace unos años tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como en la provincia del mismo nombre, funcionan los juzgados en lo contencioso administrativo que desarrollan una actividad de control de las respectivas administraciones públicas.

Esta combinación entre reconocimiento de derechos sociales y activismo judicial en el control de las acciones del gobierno (denominada por algunos medios judicialización de la política), tanto en su esfera legislativa como administrativa, generó un espacio institucional de discusión racional de las decisiones públicas del gobierno.

El Judicial es un poder complejo –integrado por varios órganos– compuesto, porque algunos Tribunales son colegiados, y jerárquico, pues la Constitución califica de “suprema” a la Corte. La función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, ejercida por el Poder Judicial, independientemente de los restantes órganos de poder, en especial del presidente de la Nación e indelegable en los particulares. La creación de tribunales inferiores a la Corte suprema de carácter permanente constituye una obligación estatal en cabeza del Poder Legislativo para asegurar la garantía del juez natural.

El sistema jurídico argentino es tributario de dos tradiciones normativas:

1) Derecho Continental Codificado: El juez es percibido como la boca que pronuncia las palabras de la ley y debe, en consecuencia, resolver conflictos de interés aplicando y, sobre todo, interpretando las normas vigentes con particular deferencia a los motivos y voluntad del legislador. Esta tradición es particularmente fuerte en las llamadas materias de derecho común y codificado. Se considera al juez como un administrador, quien dispensa, entre las partes en controversia, la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador en quién reside la soberanía popular.

2) Derecho Norteamericano: Se manifiesta en el diseño del poder que emerge de la Constitución Nacional –escrita, rígida y suprema– y en el cual el

Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA). AÑO 1, Nº 1/2, Enero/Agosto 2007; y “El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia deliberativa”, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el mes de septiembre de 2008 (año 2, Nº 2).

Judicial es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado. El juez recrea el derecho por vía interpretativa, y se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad. Sin duda, en este caso, el papel del juez es político en un doble sentido. En principio, porque al resolver conflictos de interés va desarrollando el derecho y a través de él, desplegando las relaciones sociales. En segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, toca a sus hacedores en lo que éstos expresan como decisión política general.⁵³

Como se sabe los jueces, en nuestro país, –aún luego de la reforma del Consejo de la Magistratura– no son elegidos democráticamente, no los elige el pueblo soberano, sino que su nombramiento se produce mediante un procedimiento en el que intervienen el poder político (legislativo y ejecutivo) y, luego de la creación de los consejos de la magistratura, algunos grupos de interés (académicos, abogados, magistrados).

Roberto Gargarella dice que “En la mayoría de las democracias modernas aceptamos como un irremovible dato de la realidad que los jueces revisen lo actuado por el Poder Legislativo o Poder Ejecutivo y que, en caso de encontrar sus decisiones constitucionalmente cuestionables, las invaliden. Sin embargo, la decisión de dejar dicho extraordinario poder en manos de los jueces no resulta obvia o naturalmente aceptable. Menos aún en un sistema republicano democrático, en el que queremos que las decisiones que se tomen reflejen, del modo más adecuado posible, la voluntad mayoritaria”.⁵⁴

El poder judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa, mediante la declaración, por parte de cualquier juez, de inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el parlamento. Además, la justicia contencioso administrativa, existente a nivel federal como provincial, realiza un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los poderes ejecutivos nacionales, provinciales y municipales.

Así se objeto en el marco del debate sobre los alcances del control judicial de la administración que los jueces deben respetar el papel constitucional que al poder ejecutivo le reserva el sistema político. Al describir este argumento, el catedrático español García de Enterría explica que: “Ese respeto es tanto más exigible en cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para

⁵³ Gelli, María Angélica, *Constitución Argentina comentada*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006.

⁵⁴ Gargarella, Roberto, “Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras”, *Claves para todos*, Editorial Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.

que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre”.⁵⁵ Si bien este autor se manifiesta en contra del gobierno de los jueces, su postura auspicia que el poder judicial revise la legalidad del actuar discrecional de la administración y garantice una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses fundamentales de los ciudadanos.

Si bien es cierto que el poder judicial tiene un origen contramayoritario o no democrático, lo que me interesa destacar es que en su seno se deciden políticas públicas institucionales mediante procedimientos deliberativos que constituyen verdaderas prácticas democráticas.

Este tipo de control judicial de la actividad legislativa y administrativa permite que el juez analice las decisiones tomadas por dichos poderes en ejercicio de las llamadas potestades discrecionales, a la luz de los argumentos expuestos por el particular que impugna la decisión y por el gobernante que la sostiene y que han sido ordenadamente discutidos en el proceso judicial desarrollado en sus estrados.

Los procedimientos judiciales se encuentran previamente regulados por ley, a través de los llamados códigos procesales, y permiten un diálogo entre las posturas de las partes arribando a una decisión que debe inclinarse por el mejor argumento, sin importar si tal decisión tiene el respaldo de las mayorías. Además existe la colaboración de técnicos (peritos), terceros (testigos y *amicus curiae*) y en algunos casos relevantes se pueden realizar audiencias públicas, dónde se escucha a todos los interesados.

Recientemente, con la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el rol del Poder Judicial respecto de las otrora denominadas *cuestiones políticas no justiciables*, ha sido replanteado interviniendo el máximo tribunal en decisiones públicas de trascendencia cuya competencia le corresponde a los poderes políticos.

El Poder Judicial, en especial la justicia contencioso administrativa, a pesar de no tener una legitimidad democrática de origen, posibilita prácticas concretas de toma de decisiones mediante procedimientos propios de la democracia deliberativa. El componente democrático de esta intervención está dado por la posibilidad que tiene cualquier ciudadano, sin importar su poder político o económico (siempre que funcionen bien los órganos estatales de asesoramiento y representación jurídica gratuita), de abrir la discusión en el ámbito judicial, acceder a la justicia, y exponer sus argumentos en contra o a favor de una determinada decisión pública institucional. El componente deliberativo se encuentra, tanto en la estructura del propio proceso judicial, como en la realización de audiencias

⁵⁵ García de Enterría: “Democracia, jueces y control de la administración”, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 34.

públicas donde no sólo participan las partes sino dónde también intervienen terceros, interesados y *amicus curiae*.

Refiere Habermas que la teoría discursiva, a diferencia de la concepción liberal y la republicana, entiende que los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como la más importantes exclusas para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración sujetos al derecho y a la ley.⁵⁶

A diferencia de las prácticas deliberativas que se desarrollan en el Poder Legislativo (En tanto órgano central del sistema representativo) en el procedimiento judicial las partes de la relación procesal se encuentran identificadas, los ciudadanos recuperan la palabra, hablan por sí mismos, libremente exponen sus argumentos, cuentan sus necesidades y exigen sus derechos, frente a la administración, en un pie de igualdad formal garantizado por el principio de *igualdad de armas*. Aquí no importa el peso político del accionante sino sus razones, no interesa si el reclamo proviene de un sector minoritario y excluido de la sociedad (presos, enfermos, minorías sexuales, desocupados, cartoneros, etc.) lo que importa son sus argumentos, en fin, sus derechos fundamentales.⁵⁷

En nuestro sistema representativo es difícil que estos grupos minoritarios encuentren la respuesta de aquellos candidatos a quienes votaron en la última elección y que, según reza nuestra constitución, los representan y gobiernan. La acción judicial es una estrategia más para que estas personas puedan decir presente e intervenir en la arena pública con una voz propia, recuperando así su identidad política y rompiendo el conjuro mágico de la representación.

Pienso que aquel ciudadano que percibe que el Estado no está actuando correctamente, ya sea porque el accionar de la administración lesiona sus derechos o porque la omisión de ésta genera un incumplimiento de su obligación prestacional, y canaliza su disconformidad a través de la interposición de una acción judicial, está participando, de una forma racional y activamente, en la gestión de la cosa pública.

Es por intermedio del poder judicial, independiente de los poderes formales y reales o fácticos, que el ciudadano obtiene alguna respuesta a su problema, inquietud o necesidad. Aún en el caso de no prosperar su demanda, el ciudadano obtiene una explicación argumentada y con fundamentos del rechazo a su pretensión,

⁵⁶ Habermas, Jürgen: "La inclusión del otro. Estudios de teoría política", Editorial Paidós, Barcelona, 1999, p. 244.

⁵⁷ Dejo aclarado que si bien esto teóricamente es así, el correcto funcionamiento del poder judicial se encuentra directamente vinculado con la forma de elección de los jueces y con su real independencia del poder político que lo nombra. Es un ejemplo de independencia judicial la actual integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo su contracara la llamada Corte de la *mayoría automática* del gobierno de Carlos Saúl Menem.

recreándose con cada acción judicial un modelo de acción comunicativa racional entre el particular y el Estado. El juez que, a partir de dicha acción interpuesta por un particular, solicita un informe a la administración, le ordena que cumpla con las obligaciones por ella asumidas, anula un acto viciado en sus elementos, condena a indemnizar a un ciudadano, manda a prestar un servicio o le impone el cumplimiento de un plazo legal, está dando una respuesta positiva a la demanda del ciudadano y está ayudando al Estado a administrar mejor.

Es entonces, a partir de esta necesaria contextualización histórica y normativa, que realizaremos un estudio crítico de la Ley 26.854, sin omitir el estado actual de las diversas regulaciones procesales administrativas a las que se suma esta nueva norma procesal.

3) La tutela procesal diferenciada en la nueva ley de cautelares contra el Estado Nacional

La idea de las tutelas procesales diferenciadas y su articulación mediante específicas técnicas orgánico-funcionales o procesales, parte del presupuesto de la inexistencia de la neutralidad del proceso respecto del derecho material que se pretende tutelar en juicio. A partir de allí el tratamiento formal privilegiado responde a la necesidad de una protección y trato preferencial de ciertos derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente.⁵⁸

Roberto Berizonce enseña que “mediante la utilización de las técnicas orgánico-funcionales y procesales se persigue como objetivo central asegurar en concreto la tutela de los derechos de linaje preferencial, fundamentalmente en el escrutinio de la Constitución. Se enfatizan a tales fines, entre otros, los postulados de accesibilidad para todos al sistema judicial, sin trabas ni cortapisas, simplificación de los trámites, aceleración de los tiempos del reconocimiento del derecho en lapso razonable, búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva (“primacía de la realidad”), consagración en fin del Derecho material, cuyo reconocimiento y efectividad no puede frustrarse por razones puramente formales (instrumentalidad y condena del excesivo rigor formal)”.⁵⁹

A diferencia de lo hasta ahora legislado en la materia, la nueva ley procesal regulatoria del régimen de medidas cautelares contra el Estado, en el ámbito federal, efectúa una división esencial que provoca un tratamiento diferenciado del proceso judicial según se trate de un derecho fundamental o de un interés

⁵⁸ Ampliar en Ucin, María Carlota, “La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal”, Librería Editora Platense, La Plata, 2011; Nogueira, Juan Martín y Schapiro, Hernán, “Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia”, Librería Editora Platense, La Plata, 2012.

⁵⁹ Berizonce, Roberto Omar, “*Tutelas procesales diferenciadas*”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 29 y sgtes.

patrimonial o meramente económico (art. 2º, inc. 2, y concordantes de la Ley 26.854).

Luigi Ferrajoli, al desarrollar su teoría del derecho, desgana las diferencias estructurales entre derechos fundamentales –en tanto universales (de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los derechos políticos y sociales)– y derechos patrimoniales –en cuanto singulares (del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito)–, que en mi opinión, justifican por sí el tratamiento procesal diferenciado, basado en una visión jurídico-política más igualitaria de la sociedad. Comienza por establecer que “Los derechos fundamentales son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos –potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar”,⁶⁰ caracterizándolos como derechos subjetivos –intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas–, universales –pertenecientes a todos en condiciones de igualdad– e indisponibles y que “se afirman una y otra vez como leyes del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”.⁶¹ Agrega que estos derechos “pertenecen sólo a las personas naturales y no también a las artificiales: estas últimas si acaso no son más que un instrumento para su tutela, como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos”. Así, en virtud de tales caracteres, los derechos fundamentales se corresponden con deberes absolutos (*erga omnes*), pudiendo ser dirigidos a todos –como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida– o a determinados sujetos públicos –como la obligación de la asistencia sanitaria, garantía del derecho a la salud–, y en tanto conferidos en el interés de todos, postulan para su garantía funciones de carácter público.

A partir de esta configuración teórica, Ferrajoli distingue los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales de la siguiente forma: “La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical, residiendo en el hecho de que los derechos patrimoniales, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado singulares en lugar de universales, y por otro lado disponibles en lugar de indisponibles...el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad: estos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente a favor de sus titulares por normas téticas, sino predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos... Las dos clases de derechos

⁶⁰ Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho”, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 686.

⁶¹ Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris...”, ob. cit., p. 776.

se hallan por ello en relación de contrariedad: los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa”.⁶² Los derechos patrimoniales parten de la exclusión de aquellos que no son sus titulares, a diferencia de los derechos fundamentales que se caracterizan por ser inclusivos y formar parte de la base de igualdad jurídica.

La relación de esta clasificación con la igualdad radica en la necesidad que desde el ordenamiento jurídico positivo se intervenga mediante políticas públicas garantizando el conjunto de situaciones de las que todos somos titulares y que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía, ello porque “mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales –para los que además el derecho positivo, aunque sólo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces– están en la base de la desigualdad jurídica”.⁶³

Es decir, frente a la existencia de diferencias sociales y económicas entre distingos grupos de personas dentro de una sociedad (diferencias como hechos) el ordenamiento jurídico puede reaccionar con indiferencia (las diferencias no son tuteladas ni reprimidas, ni protegidas ni violadas, simplemente ignoradas) mediante un contenido mínimo de la esfera pública y por el libre y desregulado juego de los poderes privados; también puede otorgar una jerarquía diferente a las distintas identidades sociales; o –por último– las diferencias pueden ser homologadas jurídicamente, es decir negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad (las diferencias son reprimidas o violentadas como desviaciones, en el cuadro de una neutralización uniformadora). Frente a dichas respuestas insuficientes ante la configuración jurídica de las diferencias Ferrajoli opone un modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

⁶² Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris...”, ob. cit., p. 718. Agrega luego: “Se manifiesta de este modo un ulterior perfil de la igualdad en los derechos fundamentales y de la desigualdad en los patrimoniales. Los derechos fundamentales son iguales no sólo en el sentido de que pertenecen a todos, sino también en el sentido de que les pertenecen invariable y normativamente en igual forma y medida. Los derechos patrimoniales son en cambio desiguales en el doble sentido de que son contingentes y mudables a causa de las vicisitudes a las que están sometidos, tanto en los titulares como en los contenidos. Éstos se acumulan y se extinguen, aquéllos permanecen siempre iguales a sí mismos. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento o igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas distintas y en diferente medida. Se puede ser y llegar a ser más o menos rico, mientras que no se puede ser ni devenir más o menos libre. Los derechos patrimoniales, al tener por objetos cosas o prestaciones patrimoniales, se adquieren, se cambian y se venden. Los derechos fundamentales, al contrario, no se cambian ni se acumulan. Unos son alterables en su cantidad y calidad y acaso es posible que se extingan por su ejercicio; los otros permanecen invariables, cualquiera que sea su ejercicio. Se consume, se vende, se permuta o se da en arriendo una cosa que se posee. No se consumen en cambio, y tampoco pueden venderse, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, o los derechos civiles y políticos, a menos que se transformen en derechos patrimoniales”, p. 722.

⁶³ Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris...”, ob. cit., p. 718.

Afirma este autor que: “Lo opuesto a la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros; son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación del principio de igualdad, o sea, por las discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos igualdad sustancial: la cual no es ya *contradicha* sino *no actuada*, si de hecho son ignoradas las necesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos igualdad formal; la cual a su vez es, no ya *contradicha*, sino *violada*, cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar”.⁶⁴

En breve síntesis de lo hasta aquí dicho, la respuesta que el Estado debe dar frente a la existencia de personas que sufren carencias económicas y sociales derivadas de una determinada forma de distribución de recursos y bienes, es garantizar mediante acciones positivas y tutelas procesales diferenciadas el ejercicio y efectividad de sus derechos fundamentales.

Dicho esto, la protección diferenciada tiene suficiente fundamento normativo en el nuevo sistema integrado de protección de los derechos humanos nacido de la última reforma de la Carta Magna federal. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el PIDESC ha dicho que “Los Estados Parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás” (Observación General N° 4, párr. 11).

Por otra parte, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, establece como uno de sus objetivos la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, otorgándoles un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Para alcanzar dicho objetivo, recomienda “priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas” (Sección 1ª, párr. 2).⁶⁵

⁶⁴ Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris...”, ob. cit., p. 752.

⁶⁵ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008.

El origen de esta diferenciación legal puede encontrarse, entre otras fuentes, en los criterios jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal federal.⁶⁶ Especialmente en lo resuelto por la Corte Suprema de la Nación en la causa “*Grupo Clarín S. A. y otros s/ medidas cautelares*” de fecha 5 de octubre de 2010,⁶⁷ en la que diferenció las distintas necesidades de protección cautelar cuando se trata de proteger un derecho fundamental de cuando se garantiza un derecho de contenido patrimonial. Así lo hizo al afirmar que “La protección de los derechos fundamentales está inescindiblemente unida a la tutela oportuna, la cual requiere de procedimientos cautelares o urgentes, y de medidas conservativas o innovativas”, agregando que “esta regla requiere ser ponderada en los casos en que se trata de cuestiones de naturaleza patrimonial, en las que no está en cuestión la solvencia porque el Estado es demandado”. Según la Corte la protección de derechos fundamentales se debe diferenciar de cuando se trata de daños reparables, como pueden ser los intereses puramente patrimoniales en demandas contra el Estado.

La Corte entendió que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial y que tal contralor debe efectuarse a la luz de los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos, debiendo tales derechos ser respetados por quienes deciden políticas públicas.⁶⁸ En cumplimiento de esta obligación constitucional de respetar los derechos fundamentales de los sectores excluidos protegiéndolos en forma especial y diferenciada, es que nuestra legislatura sancionó la nueva ley de medidas cautelares contra el Estado. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio del Estado. La tutela diferencial, como lo ha sostenido la Corte, no sólo debe materializarse al momento de decidir una política pública, sino también al momento de disponer una garantía judicial, como la que aquí se analiza.

El máximo Tribunal federal, al reconocer pretorianamente la “acción de clase” en el precedente “Halabi” como una nueva herramienta procesal para garantizar derechos fundamentales, entendió que el acceso a la justicia debe asegurarse en

⁶⁶ En el proyecto de elevación del proyecto de ley se lee: “Con arreglo a estas pautas, el proyecto de ley que se pone a vuestra consideración tiende a concretar, en una norma jurídica, la más reciente doctrina asumida por el Alto Tribunal en relación con las medidas cautelares frente a las autoridades públicas del Estado Nacional”.

⁶⁷ CSJN, G. 456.XLVI.

⁶⁸ CSJN, Causa Q. 64. XLVI; “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, res de fecha 24-08-2012.

forma diferenciada cuando “exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”, especificando que el novedoso carril procesal será procedente “en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos”.⁶⁹

Sin perjuicio del mantenimiento de los requisitos tradicionales que regulan la materia desde antaño y cuya constitucionalidad no ha sido declarada por ningún órgano judicial a pesar de existir robustos argumentos para hacerlo, como se anticipó, la pretensión cautelar contra el Estado Nacional resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el derecho a una vida digna, a la salud, al ambiente, derechos de carácter alimentario o en lo que se afecten a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. Ello es así porque la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección procesal diferenciada.

IV Análisis del texto de la Ley 26.854⁷⁰

1. Ámbito de aplicación (art. 1º)

Esta Ley regula el régimen de medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado Nacional, estableciendo en su primer artículo que el ámbito de aplicación se limita a la actuación y omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados. También se aplica la ley a las medidas cautelares solicitadas por dichos organismos estatales.⁷¹ Es decir que afecta sólo a las relaciones que vinculan a los ciudadanos con el Estado Nacional, en cualquier parte del territorio argentino, quedando fuera las vinculaciones con estados provinciales o municipales, que se encuentran reguladas por las leyes especiales que establecen los procesos judiciales contencioso administrativos.

Una primera apreciación respecto del ámbito de aplicación de la norma es que la ley utiliza el criterio subjetivo que en forma general se utiliza para determinar la competencia contencioso administrativa. Es decir, existe causa en dicha materia

⁶⁹ CSJN, Causa H. 2070.XLII, “Halabi, Ernesto c/ PEN s/Amparo”, sentencia de fecha 24-02-2009.

⁷⁰ Un análisis detallado de la norma se puede leer en: Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13. También respecto del proyecto de modificación ampliar en Ratti Medaña, Florencia Soledad, “*Los proyectos de Ley de Modificación del Régimen de Medidas Cautelares contra la Administración; reflexiones críticas*”, DJ, 17/02/2013, p. 95.

⁷¹ *Artículo 1º - Ámbito de Aplicación*. Las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos, se rigen por las disposiciones de la presente ley.

cuando una de las partes –actor o demandado– es el Estado Nacional. Similar criterio es el adoptado por otras jurisdicciones locales y es el estándar propuesto por parte de la doctrina especializada.

Otra cuestión destacable del primer artículo de la ley en análisis es que entiende que la conducta estatal impugnable judicialmente –en el caso específico mediante una pretensión cautelar– puede consistir, tanto en una actuación como en una omisión. La posibilidad de judicializar –a través de un proceso o mediante una pretensión cautelar– la conducta pública omisiva es un reciente avance normativo y jurisprudencial que permite exigir al Estado el cumplimiento de obligaciones de carácter positivo, como por ejemplo en materia de prestaciones sociales. Es decir, frente a la omisión del Poder Ejecutivo de cumplir con la obligación de garantizar el derecho a la salud a todos los ciudadanos –por ejemplo no brindando una medicación–, un magistrado en una causa judicial puede ordenar al gobierno que le entregue al actor la prestación de salud incumplida. Como desarrollaremos luego, la ley prevé especialmente este tipo de medidas cautelares de contenido positivo en su artículo 14º.

2. La exclusión parcial de la acción de amparo (art. 19º)

La ley en su artículo 19⁷² excluye la aplicación de los nuevos preceptos en materia de cautelares a los procesos regidos por la ley de amparo, con excepción de lo establecido respecto del plazo especial para presentar el informe previo (artículos 4º inciso 2), la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado (artículo 5º), el plazo de traslado de la solicitud de modificación de la medida cautelar (artículo 7º) y el régimen de inhibitoria (artículo 20º).

Esta exclusión parcial ha sido atacada por el Dr. Gozaíni, quien argumenta que se convierte a la acción de amparo en un proceso contradictorio, dejando sin efecto la bilateralidad diluida de la ley de amparo (16.986) calificando al traslado del informe previo previsto en el artículo 4 de la ley 26.854 como una “incorporación inconstitucional”.⁷³

El artículo cuatro dispone que solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir –en la acción de amparo– a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de tres (3) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Agrega la norma que 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.

⁷² *Artículo 19 - Procesos excluidos.* La presente ley no será de aplicación a los procesos regidos por la ley 16.986, salvo respecto de lo establecido en los artículos 4º inciso 2, 5º, 7º y 20 de la presente.

⁷³ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13.

Este traslado tiene dos importantes excepciones dispuestas en el artículo 4 que debilitan fatalmente la crítica del Dr. Gozaíni. En primer lugar establece que no surtirá efecto cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, quedando habilitado el juez o tribunal para 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. Además la ley exceptúa del traslado los casos en que se encuentre en juego un derecho protegido constitucionalmente, al disponer que las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los derechos fundamentales (vida digna, salud, derechos alimentarios y medioambientales) podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

Es decir, será el magistrado interviniente el que, evaluando las circunstancias del caso, los intereses y derechos en juego y la urgencia de la medida solicitada, podrá en los términos de la nueva ley de medidas cautelares, hacer lugar a la solicitud precautoria sin necesidad que se presente la demandada a contestar informe o se venza el plazo para ello.

Aún cuando sea necesario cumplimentar con el traslado previo al demandado—por ejemplo de tratarse de un caso de contenido únicamente patrimonial y no existan circunstancias graves que justifiquen eximir del traslado previo—, tal exigencia se encuentra debidamente alineada con las garantías constitucionales que en materia procesal protegen a todas las partes de un litigio.

Ello es así por resultar evidente que el principio de bilateralidad de los procesos judiciales posibilita a la contraria el ejercicio de su derecho de defensa siendo una manifestación de las garantías de debido proceso, acceso a la justicia, igualdad de armas y tutela judicial efectiva, que deben estar presentes para efectivizar los derechos, tanto del actor, como del demandado, se trate en este último caso del Estado como de cualquier ciudadano o particular. Por ello es que la ley nacional de amparo prevé en su artículo 8º que el magistrado interviniente requiera a la autoridad pública un informe circunstanciado, posibilitando a la demandada el ofrecimiento de la prueba que considere pertinente.

Los profesores Morello y Vallefn explican que el principio de bilateralidad “significa, en sustancia, que las decisiones judiciales no pueden ser adoptadas sin el previo traslado a la parte contra la cual se pide o, lo que es lo mismo, sin que se otorgue a esta última oportunidad de defensa”.⁷⁴ Este principio, que si bien no es absoluto, exige que cualquier postergación o aplazamiento de tal garantía —como puede ser ante determinadas situaciones extremas la necesidad de disponer una medida cautelar in audita parte— se acuerde con la mayor racionalidad posible. A

⁷⁴ Morello, Augusto y Vallefn, Carlos; “El amparo. Régimen procesal”, Librería Editora Platense, La Plata, 2004, p. 103 y sgtes.

este respecto, la ley de cautelares contra el Estado Nacional establece que en las causas de contenido patrimonial en las que no existan circunstancias graves y objetivamente impostergables el juez interviniente deberá correr traslado mediante un pedido de informe, que deberá ser evacuado en un breve plazo, garantizando para estos casos el principio de bilateralidad y contradicción analizados. Por el contrario, una norma que quebrante el principio de bilateralidad y contradicción en un proceso judicial –garantizado en el caso por el artículo 4º de la ley en estudio– infringiría la garantía constitucional del debido proceso (arts. 18 de la C.N.; artículo 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo XXVI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8.1., Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 37, inc. d) y 40, inc. 2, ap. b.iii, Convención sobre los Derechos del Niño, integrantes del cuerpo mismo de la Carta Magna, por remisión de su art. 75, inc. 22).

La bilateralidad previa al otorgamiento de las medidas cautelares, frente al cuestionamiento del procedimiento unilateral, es la postura que han adoptado algunas provincias en sus códigos procesales administrativos, como Mendoza,⁷⁵ Santiago del Estero,⁷⁶ Neuquén,⁷⁷ Tierra del Fuego,⁷⁸ Formosa,⁷⁹ Jujuy,⁸⁰ Santa

⁷⁵ Artículo 22: “Sin perjuicio de las medidas precautorias que fueren procedentes conforme a lo dispuesto en el art. 76 de este cuerpo legal, previa simultánea o posteriormente a la interposición de la acción, podrá solicitarse al tribunal de la suspensión de la ejecución de las disposiciones administrativas involucradas en ella. El tribunal resolverá la solicitud en el plazo de tres (3) días, previa vista por dos (2) días a la demandada...”. Ampliar en Sarmiento García, Jorge, “Proceso administrativo. Su caracterización en el Código de Mendoza”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1981. Sarmiento García entiende que el traslado previo al dictado de la medida tiene fundamento en que “el tribunal pueda obtener una mejor información antes de decidir”, p. 73.

⁷⁶ Ley 2297, Artículo 29: “Al interponer el recurso los interesados podrán pedir en escrito fundado que decrete la suspensión de la medida que lo motiva, rindiendo fianza bastante a juicio del Tribunal. El incidente se sustanciará con audiencia del representante de la demandada corriéndosele vista por el término de tres días, después de los cuales se dictará la providencia llamados para resolver, y la sentencia será dictada dentro de los cinco días subsiguientes a aquel en que la providencia de “autos” quede consentida. Si la sentencia acordara la suspensión solicitada, podrá no obstante, la Administración en los casos que aprecie existir un grave daño del interés público, ejecutar la resolución administrativa ofreciendo abonar los daños y perjuicios emergentes para el caso de prosperar la demanda”.

⁷⁷ Ley 1305, Artículo 21. “Oportunidad y trámite: Sin perjuicio de las medidas cautelares, las partes, previa, simultánea o posteriormente a la interposición de la acción, pueden solicitar al Tribunal la suspensión de la ejecución de las disposiciones administrativas involucradas en ella. El Tribunal debe resolver la solicitud en el plazo de cinco (5) días. previo traslado por cinco (5) días a la demandada. Este incidente se sustancia por cuerda separada, sin interrumpir ni suspender el proceso en los principales”.

⁷⁸ Ley 133, Artículo 18: “El Tribunal dará vista por el plazo de tres (3) días a la demandada, vencido el cual resolverá la solicitud en igual término, salvo que por la naturaleza de la medida solicitada o la urgencia en su provisión, deba hacerlo sin sustanciación...”.

⁷⁹ Decreto Ley 584, Artículo 21º: “Sin perjuicio de las medidas precautorias que fueren procedentes conforme a lo dispuesto en este cuerpo legal, previa, simultánea o posteriormente a la interposición de la acción, podrá solicitarse al tribunal la suspensión de la ejecución de las disposiciones administrativas involucradas en ella. El tribunal resolverá la solicitud en el plazo de cinco (5) días, previa vista por cinco (5) días a la demandada. Este incidente se sustanciará por cuerda separada, sin interrumpir ni suspender el proceso en los principales”.

⁸⁰ Ley 1.888, Artículo 30: “Al interponer la demanda podrán los interesados pedir que se decrete la suspensión de la medida que la motiva, rindiendo fianza bastante. El incidente se substanciará con

Fe,⁸¹ Córdoba⁸² y Buenos Aires⁸³ que prevén el traslado o vista de la solicitud realizada por la parte actora a la demandada. En ninguna de dichas jurisdicciones locales el traslado ha sido impugnado por su inconstitucionalidad ni de tal forma se ha declarado judicialmente. En el derecho extranjero se pueden ver los ejemplos de Estados Unidos de América y España que también bilateralizan el trámite cautelar. Por último, el Código Procesal Administrativo modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo establece –al regular las medidas cautelares adoptadas en el proceso administrativo– que “se dará traslado a las partes que se hubiesen personado por plazo de diez días, a fin de que aleguen lo que estimen conveniente sobre la procedencia de la medida y, en su caso, sobre la contracautela y cuantía”, agregando que “Si no hubiese conformidad, se convocará a las partes a una audiencia, en la que se practicarán las pruebas pertinentes” (art. 81).⁸⁴

Más allá de las comparaciones normativas, como explica Vallefín; “la Flexibilidad que se reconoce a las providencias cautelares debe, en alguna medida, aplicarse al trámite, entendido esto como la posibilidad de escoger la unilateralidad o bilateralidad inicial, según la naturaleza de la cuestión debatida”.⁸⁵ En la ley 26.854 es el criterio legislativo el que establece los casos en que, debido

audiencia del representante de la demandada, corriéndosele vista por el término de cinco días, después de los cuales se dictará la providencia llamando “autos” a resolución, la que se resolverá dentro de los diez días subsiguientes a aquel en que quede consentida. Si la resolución acordara la suspensión solicitada, podrá la Administración, en los casos que aprecie existir un grave daño del interés público, proceder a su cumplimiento ofreciendo abonar los daños y perjuicios emergentes para el caso de prosperar la demanda.- Art. 30º.- NOTA: Modificatoria introducida según texto Ley 4141”.

⁸¹ Ley 11.330, artículo 15: “Trámite de la cautelar. Inexigibilidad de caución. El Tribunal resolverá la solicitud correspondiente en el término de cinco días, previa vista por igual plazo a la recurrida...”. Ampliar en Lisa, Federico J y Weder, Rubén L., “El Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Santa Fé. Ley 11.330. Doctrina jurisprudencial.”, Editorial Juris, Rosario, 2000: “Esta *vista* plantea dos cuestiones interesantes. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que debe ser corrida a quien todavía no se lo ha emplazado a que comparezca a estar a derecho, ni, por tanto, se lo ha tenido por parte. Por ello, es que, a los fines de correr esta vista, se dispone cursar las notificaciones pertinentes siguiendo el mismo criterio que el del emplazamiento a estar a derecho (al Gobernador y al Fiscal de Estado, si la demandada es la Provincia de Santa Fe; al Intendente, si es una Municipalidad; y al Presidente de la Comisión comunal, si se trata de una Comuna). En segundo lugar, la ley 11.330 –al igual que la 4106- refiere a vista (no a traslado), lo que suscita dudas acerca de si genera o no la carga procesal de contestar”, p. 439.

⁸² Ley 7182 (Modif. por Ley 9874), Artículo 19º: “Al interponerse la demanda podrán los interesados solicitar al Tribunal la suspensión de la ejecución del acto administrativa materia de la causa. El Tribunal resolverá la solicitud en el plazo de diez días, previa vista por cinco días a la demandada. ...”.

⁸³ Ley 12.008 y modif., artículo 23 (según ley 13.101): “Oportunidad. Caducidad de las medidas cautelares. 1. Las medidas cautelares podrán solicitarse en modo anticipado, simultáneo o posterior a la promoción de la demanda. Se decretarán sin audiencia de la otra parte; sin perjuicio de lo cual el juez, en atención a las circunstancias del caso, podrá requerir un informe previo a la parte demandada o a la alcanzada por la medida solicitada, que deberá ser contestada en un plazo no mayor de cinco (5) días...”. Ampliar en Hutchinson, Tomás, “Código Procesal Contencioso Administrativo Provincia de Buenos Aires. Concordado y comentado. Jurisprudencia”, Scotti Editora, La Plata, 2005: “esta norma faculta al juez, en atención a las circunstancias del caso, podrá requerir un informe previo a la parte demandada”, p. 182.

⁸⁴ Ver el anexo de la obra de González Pérez, Jesús y Cassagne, Juan Carlos, “La Justicia Administrativa en Iberoamérica”, Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

⁸⁵ Vallefín, Carlos A., “Protección Cautelar Frente al Estado”, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 130.

a la naturaleza de la cuestión en debate, corresponde otorgarle al procedimiento mayor bilateralidad. Es decir, la valoración ya no la hace únicamente el juez interviniente, sino que, desde la propia norma, se indica un criterio de protección o tutela diferenciada a fin de brindar mayores garantías a determinados derechos y sujetos de especial protección, por imposición expresa de normativa de derechos humanos constitucionalizada en 1994.

Hutchinson considera que “La conveniencia de que el trámite de las medidas cautelares sea un proceso tiene ventajas. El juez tiene mayor conocimiento de la situación; conoce los argumentos de ambas partes; la medida que dicta tiene mayor fuerza, pues ha escuchado los argumentos de ambas. Esta situación lleva a que, para la sustitución o suspensión de la cautelar decretada, la Administración deberá demostrar que ha habido un cambio de situación (pues en su defensa argumentó o debió hacerlo, acerca del perjuicio al interés público que significaría su dictado)”.⁸⁶ Finalmente, adhiero a los argumentos vinculados a la práctica judicial expuestos por el Profesor Vallefin quien se manifestó a favor de otorgar traslado de la solicitud de la medida cautelar, cuando las circunstancias objetivamente lo permitan, y –agrego por mi parte– cuando además no estén en juego derechos fundamentales. Así dijo “Pero, a nuestro juicio, el sistema procesal, sin sacrificio de ningún principio, puede mejorar las posibilidades de acierto del régimen cautelar. Si, como se expuso supra la unilateralidad se justifica cuando concurren obvias razones de efectividad, cuando ésta no esté comprometida, puede abrirse camino para la bilateralidad... Además, el magistrado contaría con mayores elementos para decidir. En otros términos, incrementarían las posibilidades de acierto y honraría más –si se quiere– el principio de contradicción, permitiendo que aún tratándose de medidas cautelares, éste rigiera con plenitud desde antes de que se dispusiera su traba”.⁸⁷

3. Medidas cautelares dictadas por jueces incompetentes (art. 2º)⁸⁸

El artículo 2º en cuestión es una de las normas centrales de la ley ya que, al resolver la cuestión de las medidas dictadas por jueces incompetentes,

⁸⁶ Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, Tomo III, p. 542 y sgtes.

⁸⁷ Vallefin, Carlos A., “Protección...”, ob. cit., p. 130.

⁸⁸ *Artículo 2º - Medidas cautelares dictadas por Juez incompetente*. 1. Al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia, si no lo hubiera hecho antes. Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. 2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental. En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días.

establece la clasificación central de la norma que permite diferenciar los casos en que se intenta proteger derechos fundamentales (vida digna, salud, derechos alimentarios y medioambientales) de aquellos en que se defienden derechos de contenido patrimonial (Esta cuestión será abordada con mayor profundidad en el siguiente punto).

La competencia es el derecho y el deber de los órganos judiciales de juzgar un caso concreto, con excepción de otros órganos jurisdiccionales. Así, la competencia es “la aptitud que la ley otorga a los jueces para conocer en las distintas controversias que le son planteadas, en atención a la materia, grado, valor o respecto de un territorio determinado”.⁸⁹ El principio en materia de competencia es que, al ser las medidas cautelares un anticipo de la garantía de fondo, las mismas deben ser resueltas por el juez competente según lo disponen las leyes procesales.

En tal sentido el artículo 196 del CPCC de la Nacional dispone que “Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia. El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente”.

El segundo artículo de la ley 26.854 resuelve esta cuestión al disponer que “los jueces deberán abstenerse de declarar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia”, salvo en los casos en los que “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 el magistrado que prevenga, si se trata de un caso en que se encuentre en juego derechos fundamentales como los expresados en la norma, podrá dictar la medida cautelar que corresponda a fin que el trámite de incompetencia no vulnere un derecho constitucional del accionante, remitiendo luego el expediente al juez competente, quien deberá expedirse de oficio sobre tal medida. Si en el caso se discute sobre un derecho de carácter patrimonial, el juez incompetente –en cumplimiento del principio general anteriormente expuesto– no podrá expedirse sobre ninguna de las cuestiones que la ley y la constitución le vedan.

⁸⁹ Gozáini, Osvaldo Alfredo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, Tomo 1, p. 2.

Como surge de lo hasta aquí expuesto, la norma en análisis mantiene los criterios clásicos respecto de la atribución de competencia que guían todos los procesos judiciales, especificando los casos en los que se permite apartarse del principio de competencia legal con fundamento en la importancia y trascendencia para la sociedad de los derechos constitucionales básicos en juego.

4. La especial protección cautelar de los derechos fundamentales (art. 2º, inc. 2, 4º, inc. 3; 10º, inc. 2; 13º, inc. 3)

El nuevo régimen procesal dispone una especial protección judicial en aquellos casos en que se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. Además establece que también tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

El Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, sostuvo que “También debe evaluarse el alcance de los derechos expresamente tutelados, “a la salud, a un derecho de naturaleza alimentaria”, e incluso el de “un derecho de naturaleza ambiental”, y la omisión de otros tales como la integridad física, psíquica y emocional, la libertad personal, la libertad sindical, el acceso a la información pública, o la educación, entre otros.⁹⁰

La interpretación que los magistrados efectúen al aplicar la ley 26.854 deberá considerar que los derechos humanos se caracterizan por su interdependencia e indivisibilidad⁹¹ y esto implica que la protección específica dispuesta en la norma debe extenderse a situaciones en las que estén en juego o puedan verse afectados otros derechos fundamentales, ya sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. Los jueces deben aplicar la legislación interna de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado, posibilitando la plena protección de los derechos humanos. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al referirse a la forma en que estos derechos deben judicializarse, expresó que “La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales de proteger

⁹⁰ Ver Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (<www.derechoshumanos.unlp.edu.ar>).

⁹¹ Gros Espiell, Héctor, “Estudios sobre Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1986: “Los derechos del hombre constituyen un complejo integral, interdependiente e indivisible, que pese a la subsistencia todavía hoy de hondas discrepancias en cuanto a su respectiva naturaleza y esencia jurídica, comprende necesariamente los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales”.

los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad” (Observación General N° 9, párr. 10).

Además es exigible a los integrantes del Poder Judicial que efectúen una interpretación progresiva, con aplicación concreta al caso del principio *pro persona*, entendido como un criterio rector según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico, y recurrir a la norma o interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.⁹² En materia de derechos sociales, el comité específico ha dicho que “dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar el que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión de los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en derechos humanos.” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 9, párr. 14).

Así, tal como lo explica el informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UNLP,⁹³ es necesario determinar algún parámetro válido de medición para identificar a los “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso” que la ley protege especialmente. No caben dudas que esa será una tarea de la interpretación judicial, pero no obstante ello, podemos aquí replicar algunos conceptos de utilidad para dicha labor.

Adquiere relevancia en esta tarea hermenéutica determinar el sujeto de la tutela procesal diferenciada, identificando a tales efectos a los grupos vulnerables, entendiendo que lo integran aquellos que, ya sea por razones o condiciones económicas, sociales, culturales o legales, en general, hegemónicas o dominantes, y de carácter discriminatorio se ven especialmente desplazados del goce efectivo de sus derechos.⁹⁴

⁹² Ver, Salvioli, Fabián, “Transparencia y Políticas Públicas: Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos”, en Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honores Nelson Mandela, Joaquín González Ibáñez (dir), Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2009. Ampliar en Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

⁹³ Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (<www.derechoshumanos.unlp.edu.ar>): “Dicha norma merece un estudio profundo en perspectiva de derechos humanos, siendo, sólo a título de ejemplo, inicialmente preocupante la limitación de su ámbito de aplicación, como así también la ambigüedad con las que se expresan los supuestos protegidos en el artículo 2. Así, se habla de “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso” sin determinar parámetros válidos de medición...”.

⁹⁴ Wlasic, Juan Carlos, “Manual Crítico de Derechos Humanos”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011.

Esta técnica procesal de diferenciación positiva parte de la idea de beneficiar a través del derecho a las personas y grupos vulnerables, mediante medidas especiales que atiendan a sus necesidades propias, para ello resulta determinante incorporar “como un elemento significativo, de imprescindible consideración, la situación de la persona en su identificación con los colectivos vulnerables, hilvanándose desde allí su condición desaventajada en su interacción con la Justicia”.⁹⁵

Como ya vimos, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, establecen como uno de sus objetivos “priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas” (Sección 1^º, párr. 2), agregando el concepto de personas en situación de vulnerabilidad, a fin de establecer los beneficiarios de las medidas. En su Sección 2^º dice el documento que “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”.⁹⁶

También surge de nuestro ordenamiento nacional integrado con normas protectorias de los derechos humanos proveniente de la órbita nacional como internacional, que existen grupos o sujetos de especial protección por parte del Estado como la mujer; los niños, niñas y adolescentes; las personas con discapacidad;⁹⁷ los adultos mayores; los pueblos indígenas; los trabajadores; las personas migrantes y las personas detenidas o privadas de la libertad.

Dicho esto, volvamos al texto de la ley en estudio y veamos sus alcances.

⁹⁵ Nogueira, Juan Martín y Schapiro, Hernán, “Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia”, Librería Editora Platense, La Plata, 2012, p. 60.

⁹⁶ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008.

⁹⁷ En el sistema universal, entró en vigor en el año 2008 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención y su protocolo facultativo fueron ratificados por la Argentina el 2 de septiembre de 2008, mediante el dictado de la ley 26.378 -sancionada el 21-05-08 y promulgada el 6-06-08.). A nivel regional la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estableció por su parte, que toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Así, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias

a) La vida digna según la Convención Americana de Derechos Humanos

La nueva categoría de casos tutelados en forma diferenciada se destaca aquellos en que se encuentre comprometida la vida digna conforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que es una cuestión fundamental para toda persona, poder desarrollar su vida de manera tal que no vea vulnerada su dignidad más elemental.

El Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP destacó que “se alude al caso en el que “se encuentre comprometida la vida digna conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos” sin que el referido instrumentos recepte de ese modo al derecho señalado. Aún cuando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un valioso desarrollo del llamado “proyecto de vida”, la construcción jurídica no es pacífica en la producción del tribunal, ya que en casos que han sido fácticamente similares no siempre ha referido al “proyecto de vida” o a la “vida digna” en sus abordajes al interpretar y aplicar el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica”.⁹⁸ Si bien la crítica es correcta en cuanto a la imprecisa técnica legislativa de remisión, no existen dudas interpretativas respecto a que la norma hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal regional que interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos, pues de lo contrario se caería en el absurdo de entender que los legisladores hicieron una remisión al vacío. Por otra parte –en cuanto a los alcances que la Corte le ha dado al concepto “vida digna”– la interpretación judicial de las decisiones de dicho órgano interamericano debe realizarse de una forma progresiva, con aplicación concreta al caso del principio *pro*

para ese propósito como: ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso; proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos; incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo; y estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena. En el año 1999 se adoptó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ratificada por Argentina el 10 de enero de 2001 mediante el dictado de la ley 25.280 –sancionada el 6-07-00 y promulgada el 31-07-00–) la cual indica en su Preámbulo que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano. Por otra parte consagró un catálogo de obligaciones que los Estados deben cumplir con el objetivo de alcanzar la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. Por último se aprobó en la Asamblea General de la OEA la Declaración del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las personas con discapacidad –2006/2016–.

⁹⁸ Ver Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (<www.derechoshumanos.unlp.edu.ar>).

persona, entendido como un criterio rector según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico, y recurrir a la norma o interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.⁹⁹

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999), estableció su criterio jurisprudencial sobre la amplia dimensión o alcance del derecho fundamental a la vida, abarcando también las condiciones de una vida digna. Dijo el Tribunal que: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.

Además de la fuente regional el concepto debe complementarse con lo establecido en los siguientes tratados de derechos humanos: art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. I de la Declaración Americana de Derechos Humanos; art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, en adelante PSJCR); art. 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante DCP); art. 6 de la Convención de Derechos del Niño; art. 11 del PIDESC y el art. 27.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que hacen referencia a un “*nivel de vida adecuado*”, con fundamento en lo vertido en el voto concurrente conjunto de los jueces Antônio A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Villagrán Morales y otros*” cuando dicen los mencionados jueces que “La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho a vivir con dignidad”.

Partiendo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la referida normativa internacional –incorporada por nuestra

⁹⁹ Ver, Salvioli, Fabián, “Transparencia y Políticas Públicas: Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos”, en *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho*. Studia in honores Nelson Mandela, Joaquín González Ibáñez (dir), Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2009. Ampliar en Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

constitución al ordenamiento nacional– se puede entender por derecho a un nivel de vida adecuado aquel que asegura a la persona y su familia un servicio eficiente de salud, de acceso a la alimentación, al agua y vestido necesario, a un medio ambiente apto para el desarrollo, de disfrute de una vivienda adecuada, de un servicio de seguridad social para casos de desempleo, enfermedad, viudez y otras situaciones de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad de las personas, comprendiendo, en general, el derecho a que el Estado brinde y garantice todas las prestaciones sociales necesarias para concretar una vida digna.¹⁰⁰

Finalmente, como explica Krikorian, “así como hay una sola dignidad humana, los derechos humanos que permiten hacerla realidad son también indivisibles”,¹⁰¹ de lo que se desprende que la enunciación realizada en el artículo 2º, inciso 2 de la nueva ley de medidas cautelares no reviste carácter taxativo ni es un número cerrado de situaciones, por el contrario, la lectura que debe hacerse del mismo se impone generosa, progresiva y abarcadora de otros derechos no enumerados como a la educación, a la vivienda, a un ambiente sano, a la cultura, al agua, a la seguridad social, etc., que –como vimos– llenan de contenido al concepto de vida digna.

b) El derecho a la salud

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Christian Courtis y Víctor Abramovich enuncian los dos aspectos que integran el contenido del derecho a la salud, en el que uno implica obligaciones tendentes a evitar que la salud sea dañada, sea por la conducta de terceros –tanto del Estado como de otros particulares–, o por otros factores controlables y otro incorpora también obligaciones tendentes a asegurar la asistencia médica –derecho a la atención o asistencia sanitaria– una vez producida la afectación a la salud.¹⁰²

Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

¹⁰⁰ Ver Saggese, Federico, “El derecho a un nivel de vida adecuado”, Librería Editora Platense, La Plata, 2009.

¹⁰¹ Krikorian, Marcelo, “Derechos Humanos, políticas públicas y rol del FMI. Tensiones, errores no asumidos y replanteos”, Librería Editora Platense, La Plata, 2013, p. 35.

¹⁰² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, La Ley 2001-D, 22.

contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”. Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.

Así la CSJN ha recordado que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479; 324:3569), puntualizando con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994 que “la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (cfr. arts. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229, entre otros)”.¹⁰³

La Corte reconoció el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como al deber de los Estados parte de

¹⁰³ CSJN, I. 248. XLI. RECURSO DE HECHO causa “I., C. F. c/ provincia de Buenos Aires s/amparo”, res. del 30/09/2008.

procurar su satisfacción, señalando que entre las medidas a ser adoptadas para garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, PIDESC), y a la asunción del Estado de su obligación “hasta el máximo de los recursos posibles” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en ese tratado (art. 2º.1, PIDESC).¹⁰⁴

c) Los derechos de naturaleza alimentaria

La protección a los derechos de naturaleza alimentaria tiene raíz constitucional, por lo que adquiere particular relevancia el análisis de los tratados internacionales que dan sustento al derecho alimentario conjuntamente con las normas fundales, como las disposiciones contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de manera especial, en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así, la previsión legal respecto de los derechos de naturaleza alimentaria se encuentra en línea con los principios y garantías constitucionales vinculadas al Derecho del Trabajo, como la justicia social y el resguardo de la dignidad del trabajador en un marco de progresivo desarrollo social (arts. 14 bis y 75 incs. 19 y 22, C.N.; 14 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 32.2 del Pacto de San José de Costa Rica).

El derecho a una alimentación adecuada está reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales trata el derecho a una alimentación adecuada más extensamente que cualquier otro instrumento internacional. En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”, y en el párrafo 2 del artículo 11 reconocen que posiblemente deberán adoptarse medidas más inmediatas y urgentes para garantizar “el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre” y la malnutrición. El derecho a

¹⁰⁴ CSJN, caso “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho”, 24/10/2000. CSJN y CNContencioso adm. Federal, sala I, caso “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/ amparo ley 16.986, fallos de 1/6/2000 y 5/3/1998 -La Ley, 1999-F, 749 (42.063-S)-, respectivamente; CCiv. y Com., Bahía Blanca, sala II, caso “C. y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires, 2/9/1997; CNContencioso adm. Federal, sala IV, caso “Viceconte, Mariela c. Estado nacional -Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986”, 2/6/1998 -LA LEY, 1998-F, 305; CNCiv., Neuquén, sala II, caso “Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo”, 19/5/1997.

una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos. Ese derecho se aplica a todas las personas; por ello la frase del párrafo 1 del artículo 11 “para sí y su familia” no entraña ninguna limitación en cuanto a la aplicabilidad de este derecho a los individuos o a los hogares dirigidos por una mujer.

Por otra parte la Observación General N° 12 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, referida al derecho a una alimentación adecuada (Art. 11 PIDESC) dispone que toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a una alimentación adecuada debe tener acceso a recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Todas las víctimas de estas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada que puede adoptar la forma de restitución, indemnización, compensación o garantías de no repetición. Los defensores nacionales del pueblo y las comisiones de derechos humanos deben ocuparse de las violaciones del derecho a la alimentación.

Nuestra CSJN, ordenó cautelarmente en la causa “Esquivel”¹⁰⁵ que el Estado de la Provincia de Buenos Aires y el Municipio de Quilmes provean alimentos necesarios para la familia accionante, con seis niños con severos cuadros de desnutrición, a fin de asegurar una dieta que cubriese las necesidades nutricionales básicas. A similar solución llegó el Tribunal en las causas “Rodríguez, Karina”¹⁰⁶ y “Quiñone, Alberto”.¹⁰⁷ También en el caso “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra”¹⁰⁸ la Corte ordenó al Estado Nacional y a la provincia del Chaco suministrar agua potable y alimentos para ciertas comunidades indígenas que se encontraban en condiciones de extrema vulnerabilidad social.

d) Los derechos ambientales

El derecho a la preservación del medio ambiente está expresamente reconocido en la Constitución nacional, en sus arts. 41 y 43, en los pactos internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional –art. 75 inc. 22 Constitución nacional– y en numerosas normas sobre defensa ambiental a nivel nacional, provincial y municipal.¹⁰⁹

El “derecho ambiental”, es un derecho a la vida, pues sirve para proteger la integridad física de la persona y es inherente también a la libertad y a la igualdad, por cuanto protege asimismo su integridad moral. Así el derecho al ambiente

¹⁰⁵ CSJN, Fallos 329:548, sentencia del 07-03-2006.

¹⁰⁶ CSJN, Fallos 329:553, sentencia del 07-03-2006.

¹⁰⁷ CSJN, Fallos 329:2759, sentencia del 11-07-2006.

¹⁰⁸ CSJN, Fallos 330:4134, sentencia del 18-09-2007.

¹⁰⁹ Falbo, Anibal J. y Hutchinson, Tomás, “Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires”, Librería Editora Platense, La Plata, 2011.

halla ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, atento inclusive que otros de ellos hoy indiscutidos (como la integridad física y la salud), se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psico-físico del hombre. Máxime en virtud que la categoría de los derechos personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno nuevos intereses surgentes de las transformaciones sociales. El tratamiento de los temas de derecho ambiental requiere una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos.

La cláusula incorporada por la reforma de 1994 en el art. 41 de la Constitución nacional implica el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como que la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configura una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditada en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente reformador de enumerar y jerarquizar con rango supremo un derecho preexistente.

La normativa ambiental aplicable, debe interpretarse en consonancia con las reglas y fines que, con sentido eminentemente protector, instituye el régimen constitucional al consagrar derechos, atribuciones y deberes fundamentales, en la cláusula del artículo 41 de la Constitución Nacional. Tales enunciados normativos determinan que todos los habitantes tienen derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado, recayendo, primordialmente sobre los poderes públicos – incluyendo obviamente el municipal– el deber de conservarlo y protegerlo.¹¹⁰

5. Objeto de la pretensión cautelar (art. 3º)¹¹¹

En su tercer artículo la ley reglamenta el objeto de la pretensión cautelar y su idoneidad, haciendo hincapié en su primer inciso en la posibilidad de solicitar

¹¹⁰ Ampliar en Botassi, Carlos Alfredo, “Derecho Administrativo Ambiental”, Librería Editora Platense, La Plata, 1997; Morello, Augusto y Cafferatta, Néstor A., “Visión Procesal de Cuestiones Ambientales”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.

¹¹¹ *Artículo 3º. Idoneidad del objeto de la pretensión cautelar.* 1. Previa, simultáneamente o con posterioridad a la interposición de la demanda se podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que de acuerdo a las reglas establecidas en la presente resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso. 2. La pretensión cautelar indicará de manera clara y precisa el perjuicio que se procura evitar; la actuación u omisión estatal que lo produce; el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar; el tipo de medida que se pide; y el cumplimiento de los requisitos que correspondan, en particular, a la medida requerida. 3. El juez o tribunal, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público, podrá disponer una medida precautoria distinta a la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intente proteger y el perjuicio que se procura evitar. 4. Las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal.

la medida en forma previa, simultánea o con posterioridad a la interposición de la demanda. Este criterio temporal generoso se encuentra en línea con las regulaciones procesales administrativas de los estados provinciales.

En el segundo inciso se regula la forma en que debe peticionarse la medida precautoria disponiendo que la pretensión cautelar indicará de manera clara y precisa el perjuicio que se procura evitar; la actuación u omisión estatal que lo produce; el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar; el tipo de medida que se pide; y el cumplimiento de los requisitos que correspondan, en particular, a la medida requerida.

También regula –en su inciso tercero– la capacidad de los magistrados de otorgar una medida cautelar distinta a la solicitada, de acuerdo a las circunstancias fácticas del caso y el nivel de afectación del interés público. Así dispone que el juez o tribunal, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público, podrá disponer una medida precautoria distinta a la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intente proteger y el perjuicio que se procura evitar.

Finalmente en su inciso 4º y último, el artículo establece que las medidas no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal, en coincidencia con la jurisprudencia que así lo dispone.¹¹² Como lo explica Gozaíni, la intención del legislador es evitar la procedencia de las llamadas medidas autosatisfactivas,¹¹³ en coincidencia con el criterio de la CSJN según el cual “los beneficiarios de las medidas cautelares autosatisfactivas decretadas por tribunales inferiores han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio”¹¹⁴ Si bien, a primera vista pareciera ser una dificultad para el peticionante de la medida, como lo explica Agustín Gordillo, esto se resuelve solicitando en la demanda como pretensión de fondo más “que lo que se va a pedir en la cautelar”.¹¹⁵ Aún cuando la jurisprudencia que exige, como principio de carácter general, la no coincidencia de las pretensiones fondal y cautelares, también existen precedentes que en materia de salud excepcionan el requisito en estudio.

¹¹² CNFed CA, sala III, causa “Schroeder”, publicado en LL, 1995-D, 304.

¹¹³ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13, p. 4.

¹¹⁴ CSJN, Fallos 327:4495, en autos “Bustos”.

¹¹⁵ Gordillo, Agustín, “Cien notas de Agustín. Notas asistemáticas de un lustro de jurisprudencia de derecho administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.

6. Informe previo (art. 4º)¹¹⁶

Como ya lo expresamos, la norma establece la solicitud de un informe a la demandada como requisito previo al dictado de la medida cautelar, disponiendo dos excepciones cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran y/o cuando se encontrare afectado uno de los derechos fundamentales previstos en el artículo 2, inciso 2 de la ley.

Prevé el artículo 4º que solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes. Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción. Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar la vista previa al Ministerio Público. 2. El plazo establecido en el inciso anterior no será aplicable cuando existiere un plazo menor especialmente estipulado. Cuando la protección cautelar se solicitase en juicios sumarísimos y en los juicios de amparo, el término para producir el informe será de tres (3) días. 3. Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

La CSJN ha dicho que debe existir una interpretación armónica de la eficacia de las garantías sustantivas y procesales con el ejercicio individual de los derechos individuales protegidos constitucionalmente, debiendo entenderse que “el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado”.¹¹⁷

Por último, como hemos visto antes, la norma en cuestión respeta el principio de bilateralidad y contradicción de los procesos judiciales, posibilitando a la parte

¹¹⁶ *Artículo 4º. Informe previo.* 1. Solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes. Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción. Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar la vista previa al Ministerio Público. 2. El plazo establecido en el inciso anterior no será aplicable cuando existiere un plazo menor especialmente estipulado. Cuando la protección cautelar se solicitase en juicios sumarísimos y en los juicios de amparo, el término para producir el informe será de tres (3) días. 3. Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

¹¹⁷ CSJN, Fallos: 211:1056 y 215:357.

contraría el ejercicio de su derecho de defensa, en cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso (arts. 18 de la C.N.; artículo 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo XXVI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8.1., Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 37, inc. d) y 40, inc. 2, ap. b.iii, Convención sobre los Derechos del Niño, integrantes del cuerpo mismo de la Carta Magna, por remisión de su art. 75, inc. 22).

7. Vigencia temporal (art. 5º),¹¹⁸ provisionalidad (art. 6º),¹¹⁹ modificación (art. 7º)¹²⁰ y caducidad (art. 8º)¹²¹ de las medidas cautelares

La interinidad y mutabilidad constituyen notas típicas en las medidas cautelares, y el esquema asegurativo provisoriamente trabado subsiste mientras se mantengan las circunstancias que lo determinaron, careciendo de importancia que la resolución se encuentre consentida o ejecutoriada sin que la preclusión ni la cosa juzgada formal puedan oponerse como obstáculo para su reexamen. Como lo sostuvo la CSJN, “según las más tradicionales caracterizaciones doctrinarias, la esencia de las medidas cautelares es su provisionalidad. Esto significa que

¹¹⁸ *Artículo 5º – Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado.* Al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses. En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres (3) meses. No procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2. Al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable. Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida. Si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º segundo párrafo.

¹¹⁹ *Artículo 6º – Carácter provisional.* 1. Las medidas cautelares subsistirán mientras dure su plazo de vigencia. 2. En cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento.

¹²⁰ *Artículo 7º – Modificación.* 1. Quien hubiere solicitado y obtenido una medida cautelar podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución, justificando que ésta no cumple adecuadamente la finalidad para la que está destinada. 2. Aquél contra quien se hubiere decretado la medida cautelar podrá requerir su sustitución por otra que le resulte menos gravosa, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho de quien la hubiere solicitado y obtenido. 3. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco (5) días en el proceso ordinario y de tres (3) días en el proceso sumarísimo y en los juicios de amparo.

¹²¹ *Artículo 8º – Caducidad de las medidas cautelares.* 1. Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba. 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. 2. Las costas y los daños y perjuicios causados en el supuesto previsto en el primer párrafo del inciso 1 del presente, serán a cargo de quien hubiese solicitado y obtenido la medida caduca, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción de la demanda; una vez iniciada la demanda, podrá requerirse nuevamente si concurren los requisitos para su procedencia.

siempre la medida se extingue ante la decisión cognitiva de fondo o la decisión final administrativa. Se trata en todos los casos de resoluciones jurisdiccionales precarias, nunca definitivas”.¹²²

Así el artículo 7 establece la modificación de las medidas cautelares disponiendo que quien hubiere solicitado y obtenido una medida cautelar podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución, justificando que ésta no cumple adecuadamente la finalidad para la que está destinada. Agrega la norma que aquél contra quien se hubiere decretado la medida cautelar podrá requerir su sustitución por otra que le resulte menos gravosa, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho de quien la hubiere solicitado y obtenido. Por último indica la norma que la resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco (5) días en el proceso ordinario y de tres (3) días en el proceso sumarísimo y en los juicios de amparo.

Por su parte el artículo 6 regula el carácter provisional de las medidas cautelares, al afirmar que subsistirán mientras dure su plazo de vigencia y que en cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento.

En su artículo 5º legisla la norma respecto de la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado, siendo este uno de los puntos más criticados de la regulación procesal de las medidas cautelares. Dice la norma 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 (6) meses, disponiendo un plazo inferior para los procesos sumarísimos y el amparo. Agrega que 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.

Como surge de una interpretación literal de la norma, el juez podrá otorgar prórrogas sucesivas al plazo de vigencia de la medida cautelar, de acuerdo a las circunstancias del caso y con la debida fundamentación. Una interpretación progresiva de la norma no es compatible con una lectura que limite más allá del texto legal el número de prórrogas a un solo período.¹²³ Entiendo que si se interpreta que la vigencia de la protección cautelar puede extenderse como plazo máximo a un año, cuando es sabido que los procesos superan holgadamente dicho intervalo de tiempo, la ley así aplicada efectivamente violentaría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado por nuestro sistema constitucional.

¹²² CSJN; “Grupo Clarín SA y otros s/ medidas cautelares”.

¹²³ Considero que incurre en una interpretación restrictiva Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13, al sostener que la prórroga “sólo puede ser por un período similar de seis meses”, p. 6.

Además la norma dispone que 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 y agrega que si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º segundo párrafo.

Esta reglamentación de la vigencia temporal de las medidas cautelares se enmarca en las consideraciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Grupo Clarín SA y otros s/ medidas cautelares”. Allí sostuvo el Tribunal que a los fines de valorar la razonabilidad del plazo de vigencia de una medida cautelar “resulta imprescindible evaluar el tipo de proceso iniciado, la complejidad de la materia objeto de la controversia, la conducta asumida por las partes luego de dictada la medida cautelar así como también la importancia de los intereses en juego en el proceso.” (Cons. 6º).

En esa línea argumental, la Corte dijo que “El reemplazo del derecho de fondo al que se llega por la vía de una cognición plasmada en sentencia firme, por un derecho precario establecido en función de medidas cautelares, constituye una lesión al objetivo de afianzar la justicia señalado en el propio Preámbulo de la Constitución Nacional. En definitiva, es deber de las partes y del juez solucionar el conflicto de modo definitivo en un tiempo razonable y no buscar soluciones provisorias que se transforman en definitivas. Este agotamiento de la pretensión jurídica mediante la obtención de la medida cautelar es algo que no puede analizarse en abstracto, sino incorporando la dimensión temporal en la evaluación de las circunstancias concretas de cada caso, por imperio del mandato constitucional de afianzar la justicia. Y es aquí donde la jurisdicción debe observar la más cuidadosa cautela en miras al tiempo: si bien en algunos casos el curso del tiempo no afecta la naturaleza provisorio de la medida cautelar, porque dadas las particulares características no satisface el requerimiento de fondo ni se aproxima progresivamente a este, no es menos cierto que en otros casos es este el efecto que provoca”.

Por último, y como ya adelantáramos, el establecimiento de un límite temporal prorrogable para la vigencia de las medidas cautelares no procederá cuando esté en juego la tutela de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 2º, inciso 2. Aquí nuevamente en acción la tutela procesal diferenciada que estructura la nueva ley de cautelares contra el Estado Nacional.

Finalmente en su artículo 8º reglamenta de una forma tradicional el régimen de caducidad de las medidas cautelares al establecer que se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez

(10) días siguientes al de su traba. Agrega 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. En cuanto a las costas y los daños y perjuicios causados en el supuesto previsto en el primer párrafo del inciso 1 del presente, dispone que serán a cargo de quien hubiese solicitado y obtenido la medida caduca, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción de la demanda; una vez iniciada la demanda, podrá requerirse nuevamente si concurrieren los requisitos para su procedencia. Esta normativa no se aparta de lo dispuesto en otros regímenes procesales provinciales que regulan la caducidad en similar sentido.

8. Afectación de recursos y bienes del Estado (art. 9º)

En su artículo 9º¹²⁴ la ley establece 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. Un antecedente de este tipo de protección de los bienes estatales podemos encontrarlo en el artículo 36 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz que prohíbe que los bienes y rentas de la provincia o de los municipios puedan ser objeto de medidas cautelares o preventivas. Tampoco podrán imponerse a los funcionarios cargas personales pecuniarias.

En mi opinión esta norma tiene su correlato en las prerrogativas típicas que el derecho administrativo reconoce al Estado en su labor de protección del interés público de toda la comunidad. La utilidad de este tipo de normas respecto de la protección de los bienes estatales y recursos públicos estará garantizada en tanto y en cuanto su aplicación no afecte o limite los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que la protección de estos derechos universales e indisponibles que se encuentran en la base de la igualdad jurídica, es también la razón que justifica la existencia del poder público en un Estado Social y Democrático de Derecho. Aquí nuevamente es trascendente la forma en que los jueces apliquen el artículo 9º de la ley 26854.

9. El requisito de contracautela (arts. 10º, 11º y 12º)

En su artículo 10 la ley¹²⁵ establece 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 pudiese ocasionar. Nuevamente la norma

¹²⁴ *Artículo 9 – Afectación de los recursos y bienes del Estado.* 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.

¹²⁵ *Artículo 10. – Contracautela.* 1. 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 pudiese ocasionar. 2. La caución juratoria sólo será admisible cuando el objeto de la pretensión concierna a la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2.

establece una función respecto de los casos en que se intente proteger uno de los derechos fundamentales enumerados en su artículo 2º inciso 2. A esta previsión se suma lo dispuesto en el artículo 11,¹²⁶ según el cual que no se exige caución si quien obtuvo la medida fuere el Estado nacional o una entidad descentralizada del Estado nacional y cuando el actor accionare con beneficio de litigar sin gastos.

Por último, en su artículo 12¹²⁷ la norma establece la posibilidad de mejorar la caución, en cualquier estado del proceso. Así la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que la fijada es insuficiente y el juez resolverá previo traslado a la otra parte.

10. Tipología de medidas cautelares: suspensiva del acto administrativo (art. 13º),¹²⁸ de contenido positivo (art. 14º),¹²⁹ de no innovar (art. 15º),¹³⁰ solicitadas por el Estado (art. 16º),¹³¹ y aquellas previstas para casos de interrupción de servicios públicos (art. 17º)¹³²

Entre la tipología desplegada en la nueva ley, se destaca la medida clásica en los procesos administrativos, consistente en la suspensión de los efectos

¹²⁶ *Artículo 11. – Exención de la contracautela.* No se exigirá caución si quien obtuvo la medida: 1. Fuere el Estado nacional o una entidad descentralizada del Estado nacional. 2. Actuare con beneficio de litigar sin gastos.

¹²⁷ *Artículo 12. – Mejora de la contracautela.* En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que la fijada es insuficiente. El juez resolverá previo traslado a la otra parte.

¹²⁸ *Artículo 13. – Suspensión de los efectos de un acto estatal.* 1. La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles. 2. El pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida. En este supuesto la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el inciso anterior. 3. La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2. 4. La entidad pública demandada podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del acto estatal en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resolverá el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declarará a cargo de la entidad pública solicitante la responsabilidad por los perjuicios que irroge la ejecución, en el supuesto en que se hiciera lugar a la demanda o recurso.

¹²⁹ *Artículo 14. – Medida positiva.* 1. Las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, sólo podrán ser dictadas siempre que se acredite la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos: a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada; b) Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista; c) Se acreditare sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; d) No afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. 2. Estos requisitos regirán para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley.

de los actos administrativos, con algunos aditamentos que amplían los límites de la tradicional medida precautoria. En su artículo 13 la ley establece que La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 2º, inciso 2.

Por su parte el Art. 14 de la ley 26.854 faculta al órgano jurisdiccional a disponer medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la autoridad pública demandada. Como se advierte dicha previsión legal no establece limitación alguna respecto al contenido de la medida, siendo procedente cuando ningún otro remedio cautelar resulte idóneo para asegurar al justiciable su derecho.

¹³⁰ *Artículo 15. – Medida de no innovar.* 1. La medida de no innovar procederá cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que la ejecución de la conducta material que motiva la medida, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal; d) La no afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. 2. Las medidas de carácter conservatorio no previstas en esta ley, quedarán sujetas a los requisitos de procedencia previstos en este artículo.

¹³¹ *Artículo 16. – Medidas cautelares solicitadas por el Estado.* El Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, siempre que concurren las siguientes circunstancias: 1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad; 2. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada; 3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.

¹³² *Artículo 17. – Tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos.* Cuando de manera actual o inminente se produzcan actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpan o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos, el Estado nacional o sus entidades descentralizadas que tengan a cargo la supervisión, fiscalización o concesión de tales servicios o actividades, estarán legitimados para requerir previa, simultánea o posteriormente a la postulación de la pretensión procesal principal, todo tipo de medidas cautelares tendientes a asegurar el objeto del proceso en orden a garantizar la prestación de tales servicios, la ejecución de dichas actividades o la integridad o destino de los bienes de que se trate. Lo expuesto precedentemente no será de aplicación cuando se trate de conflictos laborales, los cuales se registrarán por las leyes vigentes en la materia, conforme los procedimientos a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su carácter de autoridad de aplicación.

La medida cautelar positiva también encuentra un ámbito de aplicación frente a la necesidad de garantizar un derecho de contenido social frente a la ausencia de una determinada prestación estatal, ya que la protección cautelar procede –además de frente al acto negativo– ante la omisión del órgano o ente que ejerce funciones administrativas, toda vez que el remedio suspensivo resulta inoperante frente a la inactividad administrativa. Así el Dr. Soria ha explicado que, “...por sus propias características, el silencio y la inactividad material administrativa descartan la aplicación de una modalidad cautelar simplemente suspensiva, al menos como principio. Configurada la omisión (lo cual presupone el quebrantamiento de un deber jurídico positivo) parece necesario abrir el cauce a otras vías, suficientemente eficaces, de tutela provisional. Así como en el proceso impugnatorio la suspensión tiene probada eficacia, en los que se inicien a partir de una omisión administrativa cabe hallar similar grado de efectividad en la adopción de medidas precautorias activas o de contenido positivo”.¹³³

Es decir, que el nuevo régimen procesal de las cautelares contra el Estado Nacional permite al órgano judicial ejercer su poder cautelar general a través, entre otras formas, de la emisión de mandatos dirigidos a las entidades públicas, determinándoles las precisas conductas debidas a seguir, ante las distintas modalidades de inactividad administrativa lesivas de derechos o intereses tutelados por el ordenamiento. De tal modo, podrán ordenarse a la administración conductas que se formalicen como obligaciones de dar o de hacer.

Para su procedencia es necesario la satisfacción conjunta de los siguientes requisitos; a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada; b) Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista; c) Se acreditare sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; d) No afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. Agrega la norma que estos requisitos regirán para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley.

El art. 15 regula la medida cautelar de no innovar disponiendo que procederá cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que la ejecución de la conducta material que motiva la medida, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal; d) La no afectación de un interés público;

¹³³ Soria, Daniel F., *La medida cautelar positiva en el proceso administrativo Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial*, ED, del 27-5-1999.

e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. Luego agrega que las medidas de carácter conservatorio no previstas en esta ley, quedarán sujetas a los requisitos de procedencia previstos en este artículo.

Las medidas cautelares solicitadas por el Estado están previstas en el artículo 16 de la ley que dispone que el Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, siempre que concurren las siguientes circunstancias: 1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad; 2. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada; 3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.

En su artículo 17 la norma realiza una especial referencia a la tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos, al regular que cuando de manera actual o inminente se produzcan actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpan o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos, el Estado nacional o sus entidades descentralizadas que tengan a cargo la supervisión, fiscalización o concesión de tales servicios o actividades, estarán legitimados para requerir previa, simultánea o posteriormente a la postulación de la pretensión procesal principal, todo tipo de medidas cautelares tendientes a asegurar el objeto del proceso en orden a garantizar la prestación de tales servicios, la ejecución de dichas actividades o la integridad o destino de los bienes de que se trate.

La norma realiza la correspondiente excepción respecto de los derechos sindicales y de huelga de los trabajadores, constitucionalizados en nuestro ordenamiento nacional. Así no será de aplicación esta norma cuando se trate de conflictos laborales, los cuales se regirán por las leyes vigentes en la materia, conforme los procedimientos a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su carácter de autoridad de aplicación.

V La nueva ley frente a normas internacionales de protección de Derechos Humanos

Al ingresar a esta cuestión, quisiera dejar establecido que por una cuestión didáctica el análisis de la nueva ley frente a la protección internacional de los derechos humanos se dividirá en dos puntos; el primero dedicado a la protección judicial efectiva, prevista como una garantía vinculada a los derechos civiles y políticos, y el segundo a fin de abordar la judicialización de los derechos económicos sociales. Esto no implica desconocer la interconexión de todos los

derechos humanos y la superficialidad de la división de los mismos en las clásicas categorías temporales.

1. La Tutela Judicial Efectiva

Dentro del concepto genérico de “tutela judicial efectiva” se incluye una serie de garantías que se desarrollan en distintas etapas de la protección jurisdiccional de las personas y que se extienden a todos los tipos de procesos judiciales y administrativos. Como veremos, la nueva ley se enmarca en la normativa internacional que garantiza el acceso irrestricto a la justicia debiendo recordarse que la tutela cautelar no es un proceso independiente que convierte en autónomo al derecho protegido por la pretensión de fondo. Como lo explica Gozaíni, se trata de una garantía específica atada al concepto global del debido proceso e incorporada al principio de tutela judicial efectiva. Al respecto, sostuvo: “en nuestra Constitución no existe un derecho especial para conseguir la tutela cautelar, en todo caso, la garantía que el proceso ofrece como tal, debe conseguir reaseguros de su eficacia, siendo éste el que reclama una colaboración y no el derecho del que peticiona... A lo sumo, la singularidad que tiene la tutela cautelar es el poder de la jurisdicción para otorgar la medida que considere más idónea y efectiva, siendo la elección discrecionalidad de las facultades, más no una tutela diferente que efectúe con independencia del proceso donde interviene”.¹³⁴

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido producto de una larga evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria que comenzó creando garantías específicas dentro del proceso criminal y que culminó aglutinando en un concepto más amplio y general todos los derechos y garantías que le permiten gozar al ciudadano de un servicio de justicia efectivo.

El Preámbulo de nuestra Constitución Nacional dispone como objetivo de nuestra organización política “afianzar la justicia”. Si bien los Constituyentes nacionales de 1853 no incluyeron en forma expresa en nuestra Carta Magna el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizaron a través del art. 18 la protección del “debido proceso adjetivo” y del “derecho a la defensa en juicio”.¹³⁵ Esta norma garantiza la existencia de un juicio previo, la intervención del juez natural,

¹³⁴ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13, p. 2.

¹³⁵ Art. 18 CN.: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

la inviolabilidad de la defensa en juicio y la prohibición de la declaración contra sí mismo.¹³⁶ No obstante referirse básicamente a garantías aplicables a la esfera del proceso penal, estos derechos sustanciales deben ser observados en todo tipo de proceso administrativo o judicial. Éste es el criterio aceptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹³⁷

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado dicho precepto en autos “Domini, Dardo v. Municipalidad de Bahía Blanca” expresando que “la aludida garantía que consagra el art. 18, requiere que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle, sino a través de un proceso conducido en legal forma y que concluya en el dictado de una sentencia fundada”.¹³⁸

El art. 24 inc. 7 in fine del decreto ley 1285/1958, luego de establecer que la Corte decidirá las cuestiones de competencia y los conflictos entre jueces y tribunales que no tengan un superior común, dice que: “Decidirá asimismo sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia”. A partir de esta norma la Corte Suprema de Justicia de la Nación configuró jurisprudencialmente el concepto de “efectiva privación de justicia” que habilita su intervención a fin de restablecer la vigencia de la garantía constitucional de la defensa en juicio.¹³⁹ Ha dicho al respecto que “la privación de justicia no sólo se configura cuando las personas se encuentran ante la imposibilidad de recurrir a un tribunal competente o cuando la decisión judicial se aplaza en forma irrazonable o indefinida, sino también cuando no se dan las condiciones necesarias para que los jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional con eficacia real y concreta que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial. Ello con tanta mayor razón cuando están en juego derechos fundamentales de las personas que merecen garantías inviolables por ser tales e integrar, además, el valioso acervo del bien común”.¹⁴⁰

La obligación estatal de facilitar el acceso a la justicia dispuesto constitucionalmente, según interpretó la CSJN, “es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia de sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo

¹³⁶ Ampliar en Badeni, Gregorio. “Instituciones de Derecho Constitucional”, Ed. Ad-Hoc, p. 658; Linares Quintana, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, 1979, Ed. Plus Ultra.

¹³⁷ Corte Sup., Fallos 310:1797.

¹³⁸ Publicado en LL 1988-A-208.

¹³⁹ Ampliar en Amadeo, José L., “Privación de justicia. Según la jurisprudencia de la Corte”, 1998, Ed. Ad-Hoc.

¹⁴⁰ Corte Sup., Fallos 305:504.

valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías”.¹⁴¹

Augusto Morello ha dicho que “el significado literal de debido proceso de ley, es, el de un proceso justo. Esto significa que ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad, sin una oportunidad de ser oída en defensa de sus derechos”.¹⁴²

A nivel internacional el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha sido proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14), en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 6) y en el Pacto de San José de Costa Rica de Derechos Humanos (art. 8 y 25).¹⁴³

En Alemania, como reacción a la experiencia totalitaria vivida durante el III Reich, el constituyente se preocupó por garantizar una justicia independiente y ofrecer una tutela jurisdiccional efectiva que protegiera al ciudadano frente a las violaciones de los poderes públicos en su esfera jurídica.¹⁴⁴ La constitución alemana establece en su art. 19-IV GG que “toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, quedará abierta la vía judicial ordinaria”. Según explicó Karl Sommermann, el Tribunal Constitucional Federal subrayó siempre que la tutela judicial efectiva no puede reducirse a la condición de un derecho formal, ni detenerse en la teórica posibilidad de acudir a los tribunales, sino que garantiza, ante todo, el derecho sustantivo a un control judicial efectivo y real.¹⁴⁵

En España, al igual que lo sucedido en Alemania, la Constitución de 1978 fue producto de la reacción a la experiencia totalitaria que precedió a su sanción.¹⁴⁶ Treinta años, durante los cuales el gobierno autoritario del dictador

¹⁴¹ CSJN, H. 270.XLII, causa “Halabi, Ernesto c/PEN –Ley 25.873- dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.686”, resolución de fecha 24-02-2009.

¹⁴² Morello, Augusto M., “El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos”, 1994, Ed. Platense/Abeledo-Perrot, p. 230.

¹⁴³ Hitters, Juan C., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, 1993, Ed. Ediar.

¹⁴⁴ Sommermann, Karl P., “La justicia administrativa alemana”, en la obra conjunta “La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado”, 1993, Ed. Civitas, Madrid, p. 33 y ss.

¹⁴⁵ Sommermann, Karl P., “La justicia administrativa alemana”, cit., p. 50.

¹⁴⁶ Conf. Molas, Isidre, “Derecho Constitucional”, 1998, Ed. Tecnos, Madrid, p. 33. Expresó el mencionado autor que “la Constitución española de 1978 es el resultado de un proceso de cambio político, realizado por vía pacífica, a lo largo de un período de tiempo más bien dilatado, que hizo posible el tránsito desde la dictadura franquista hasta la democracia. Este proceso se realizó de acuerdo con las exigencias de legalidad del sistema anterior, que se había ya reformado en lo imprescindible entre 1976 y 1977, pero cuyas leyes fundamentales se mantuvieron vigentes hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978”.

general Francisco Franco¹⁴⁷ suprimió las libertades políticas y sindicales, fueron capitalizados en la creación de un “estado de derecho” con fuertes limitaciones y controles al poder público¹⁴⁸ y con amplias garantías para los ciudadanos.¹⁴⁹ El art. 24.1 Constitución española establece que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. El Tribunal Constitucional Español, al interpretar dicha norma, afirmó que “el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que reconoce a los ciudadanos el art. 24.1 de la Constitución, consiste en el derecho a acceder al proceso judicial, de que conozcan los jueces y tribunales ordinarios, alegar los hechos y las argumentaciones jurídicas pertinentes y obtener una resolución fundada en Derecho, que puede ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas”.¹⁵⁰

En nuestro país, la sistemática violación de los derechos humanos de la población por parte del régimen militar iniciado en 1976, provocó, con el regreso de la democracia, la inmediata adhesión al sistema interamericano de Derechos Humanos a través de la sanción de la ley 23.054. Finalmente, la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH.) a nuestra Constitución Nacional, a través de su art. 75 inc. 22, trajo como consecuencia la ampliación de las garantías y la creación del concepto de tutela judicial efectiva.¹⁵¹

En el ámbito de las Naciones Unidas el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14 que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o

¹⁴⁷ La guerra civil española tuvo su origen en una sublevación militar en Marruecos que fue encabezada por el general Francisco Franco, extendiéndose rápidamente en toda la península Ibérica, iniciando una cruenta guerra interna que causó cerca de un millón de muertos y en la que intervinieron soldados italianos, alemanes y portugueses. Después de terribles batallas (Toledo, Madrid, Brunete, Belchite, Teruel, Bilbao, Guadalajara, El Ebro, etc.), en las que triunfaron en forma indistinta los dos bandos, los nacionalistas se impusieron y entraron victoriosos en Barcelona (26/1/1939) y luego en Madrid (28/3/1939).

¹⁴⁸ El art. 9.3 Constitución española dice: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹⁴⁹ Molas, Isidre, “Derecho Constitucional”, ob. cit.

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20/7/1997, reproducida en el libro de Jesús González Pérez, “El derecho a la tutela jurisdiccional”, 1984, Ed. Civitas, Madrid, p. 31.

¹⁵¹ Colautti, Carlos E., “El Pacto de San José de Costa Rica”, 1989, Ed. Lerner; Travieso, Juan A., “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, 1996, Ed. Heliasta; Gordillo, Agustín, “Derechos Humanos”, Fundación de Derecho Administrativo, 1997.

seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores...”. En dicho ámbito el Comité de Derechos Humanos emitió la Observación General Nº 13, reemplazada luego por la Observación General Nº 32, que en su inciso 8 dispuso que “El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza, en términos generales, además de los principios mencionados en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14, los principios de igualdad de acceso e igualdad de medios procesales, y asegura que las partes en los procedimientos en cuestión sean tratadas sin discriminación alguna”.

El art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dice: “1) 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 presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2) Los Estados parte se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial y; c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Esta norma obliga jurídicamente a los Estados parte a garantizar el servicio judicial efectivo para la protección de los derechos fundamentales.

Este derecho a la protección judicial debe ser complementado con la enumeración de garantías y derechos específicos dispuestos en el art. 8 CADH.¹⁵²

¹⁵² Art. 8: “1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante el informe 105/1999,¹⁵³ interpretó los arts. 8 y 25 CADH., al afirmar que “de ambas disposiciones se desprende la garantía que tiene toda persona de que se respeten las reglas básicas del procedimiento no sólo en cuanto al acceso a la jurisdicción, sino también en cuanto al cumplimiento efectivo de lo decidido. En este sentido, esta Comisión ha señalado que la protección judicial que reconoce la Convención comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad pero nunca la garantía de un resultado favorable”.

En el mismo informe la Comisión realizó una amplia interpretación del principio de la tutela judicial efectiva, llevando sus efectos más allá del acceso a los tribunales. Dijo al respecto: “El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales”.

2. La judicialización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵⁴

Tanto a nivel federal, como en el ámbito provincial bonaerense y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la revisión judicial de las políticas públicas y

obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y; h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3) La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4) El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5) El proceso penal debe ser público, salvo en los que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

¹⁵³ Publicado en LL 2000-F-594 con comentario del Dr. Carlos A. Botassi, “Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos”, p. 1 y ss.

¹⁵⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Editorial Trotta, Madrid, 2002. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.; Alexy, Robert: *Teoría del discurso y los derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N.º 1, Bogotá, 1995; Arango, Rodolfo: *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Legis Editores S.A, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005; Baldasarre, Antonio: *Los Derechos Sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; Barros, Isabel; Vazquez, Nilda y Bertak, Miriam: *Guía para la elaboración y diseño de proyectos*, Dirección Nacional de Asuntos Comunitarios, Buenos Aires, 1999; Bobbio, Norberto: *Igualdad y Libertad*, Editorial Paidós, Barcelona, 1993; Añon Roig, María José: *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001; Bauman, Zygmunt: *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., Buenos Aires, 2006; Abramovich, Víctor; Añon Roig, María José; Courtis, Christian: *Derechos Sociales: Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003; CELS. LITIGIO ESTRATÉGICO Y DERECHOS HUMANOS; *La lucha por el derecho*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2008; Contreras Pelaez, F: *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994; Heller, Hermann: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992; Ferrajoli, Luigi: *El Garantismo y la filosofía del Derecho*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, N.º 15; Gargarella, Roberto: *La Justicia frente al Gobierno*, Ariel, Barcelona 1996, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005; Gargarella, Roberto y Ovejero, Félix (Comp.): *Razones para el Socialismo*, Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, 2001; Grimm, Dieter: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006; Gil Dominguez, Andrés: *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005; Del Llano, Cristina: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005; Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007.

la consiguiente efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales es competencia de la justicia contencioso administrativa. A partir de las reformas constitucionales de la década de 1990 fueron creados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la jurisdicción bonaerense nuevos fueros descentralizados con competencia material de derecho público. La puesta en funcionamiento de estos nuevos tribunales permitió el desarrollo de una jurisprudencia de efectivo control de las políticas sociales de los estados y la garantía de los derechos sociales en dicho ámbito judicial que pudo desarrollarse a partir de la aplicación de normas internacionales de protección de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Este tratado internacional protector de los derechos sociales no contiene ningún equivalente directo del apartado b) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obliga a los Estados Partes, entre otras cosas, a desarrollar “las posibilidades de recurso judicial”. No obstante, según interpretó el Comité de DESC esta cuestión en su Observación General N° 9;¹⁵⁵ “los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son “medios apropiados” según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales”.

Al distinguir en los niveles de protección cautelar según el derecho que se halle en juego, no hace otra cosa que priorizar la protección de las personas más desaventajadas en el goce de sus derechos fundamentales, cumpliendo con la directriz dispuesta por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que establece que respecto de estos derechos “Los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial” y agregando que “Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás” (OG N° 3, párrafo 11).

La Observación general N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también dispone que; “5. Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en

¹⁵⁵ Fairstein, Carolina y Rossi, J., “Comentario a la Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Revista Argentina de Derechos Humanos, p.327-349, Ed. Ad Hoc, N° 0, 2001.

lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos. De hecho, los Estados Partes que son asimismo Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están ya obligados (en virtud de los artículos 2 (párrs. 1 y 3), 3 y 26 de este Pacto) a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades (inclusive el derecho a la igualdad y a la no discriminación) reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, “podrá interponer un recurso efectivo” (apartado a) del párrafo 3 del artículo 2). Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a)), 8, 10 (párr. 3), 13 (apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables”.

Por su parte la Observación General Nº9 del mismo Comité establece que “El segundo principio está reflejado en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ningún equivalente directo del apartado b) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obliga a los Estados Partes, entre otras cosas, a desarrollar “las posibilidades de recurso judicial”. No obstante, los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son “medios apropiados” según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales”.

El Comité también indicó en su Observación General Nº 9 lo siguiente: “En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario.

Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general N° 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posea en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”.

En este marco normativo, la ley en análisis se muestra como una herramienta eficaz en el ámbito interno para garantizar la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales a través de la intervención oportuna del Poder Judicial. En el ámbito internacional, recientemente –5 de mayo de 2013– ha entrado en vigencia el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que permite el tratamiento por parte del Comité de las peticiones individuales realizadas por víctimas que hayan sufrido la violación de los derechos garantizados por dicho tratado, como producto de una medida regresiva en materia de derechos sociales, de parte de un Estado firmante de dicho protocolo.

VI Conclusiones provisionarias

Como lo explica Roberto Berizonce, las tutelas procesales diferenciadas tienden a asegurar los valores, principios y derechos constitucionales, y requieren de “un nuevo modelo de justicia operante para la tutela de los derechos sociales en

general, y más genéricamente de aquellos que en las convenciones internacionales conforman los ampliados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), categoría comprensiva de los derechos derivados del trabajo y la seguridad social, la educación, la salud, la alimentación, la cultura, el consumo y otras prerrogativas de la interpretación”.¹⁵⁶ Así, en este marco de verdaderos “procesos de solidaridad” para la efectividad de los derechos sociales fundamentales¹⁵⁷ consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, la ley 26.854 articula normativamente un proceso cautelar indispensable para asegurar su efectiva operatividad.

Nuestro sistema judicial, y en especial la justicia administrativa, desde su origen se estructuró procesalmente como una construcción legal discriminatoria que dificultó e imposibilitó aún hasta hoy, el acceso a la tutela judicial efectiva por cuestiones económicas, sociales y culturales, debiendo entonces el Estado adoptar medidas concretas para revertir esta antigua tradición de desprotección de los más necesitados. Puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias” (Comité Desc; Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes –párrafo 1 del artículo 2 del Pacto–).

Esta norma es una sólida base legislativa que propone e inicia un cambio radical en la forma en que la ley debe regular los juicios en los que el Estado es parte, diferenciando la forma en que las prerrogativas procesales se aplican a los ciudadanos, según el derecho que pretenda protegerse y las condiciones económicas sociales de los actores. La ley de medidas cautelares contra el Estado nacional propone una nueva estructuración en el ámbito procesal de la conformación del llamado régimen exorbitante del derecho privado. Como dije, y aquí resalto, ninguna de las normas procesales de revisión de la actividad administrativa vigentes en todo el país efectúa una atenuación o flexibilización de los requisitos de admisibilidad de la acción o de medidas cautelares o de los efectos de la sentencia, respecto de los grupos sociales desaventajados económicamente o de aquellos que pretendan hacer valer derechos fundamentales vinculados a su situación social. Es decir, las leyes procesales administrativas hoy en vigencia y aplicación en todos los ámbitos de nuestro país no efectúan tutela procesal diferenciada alguna.

En contraste con lo hasta ahora legislado en la materia, la nueva ley procesal regulatoria del régimen de medidas cautelares contra el Estado, en el ámbito

¹⁵⁶ Berizonce, Roberto Omar, “*Tutelas procesales diferenciadas*”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 10 y sgtes.

¹⁵⁷ Ampliar esta conceptualización en Arango, Rodolfo, “*El concepto de derechos sociales fundamentales*”, Legis Editores S.A., Bogotá, 2005.

federal, efectúa una división esencial que provoca un tratamiento diferenciado del proceso judicial según se trate de un derecho fundamental o de un interés patrimonial o meramente económico, en cumplimiento de las obligaciones asumidas a nivel internacional por el Estado Nacional en materia de Derechos Humanos.

Por ello considero imperioso, en esta etapa histórica gestacional de un nuevo paradigma en la distribución social de derechos, construir teóricamente un sistema de ideas en el que la unidad de la actividad del Estado –bajo un nuevo régimen común de derecho público– sea una herramienta eficaz para garantizar la efectividad de los derechos sociales reconocidos por las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos, requiriéndose para ello una intervención planificada del Estado en el sistema económico y social de nuestra nación. Ahora bien, la viabilidad de la interpretación propuesta, no dependerá sólo del texto de la constitución o las leyes, ni tampoco de las políticas sociales de un gobierno progresista, sino del éxito que logre el discurso que propone un modelo de Estado Social y Democrático, en la lucha en el terreno ideológico por el predominio en la construcción de la significación del derecho.

Es así que es imprescindible lograr mediante una efectivización de los llamados derechos sociales una estructura económica que garantice una disminución de las desigualdades económico-sociales y la inclusión de sectores de la población excluidos y marginados. Para ello, la función del Estado, la construcción de políticas públicas adecuadas, la transformación de los servicios públicos y la edificación de una ciudadanía social y participativa son problemas que deben ser abordados desde el derecho administrativo con una visión políticamente igualitaria. Además el sistema institucional requiere el acompañamiento de un poder judicial que concrete la revisión de políticas públicas sociales de forma tal de garantizar estos derechos fundamentales a la ciudadanía más desaventajada.

Para pensar en un abordaje del derecho público desde una postura crítica a la visión liberal conservadora de nuestra tradición jurídica e institucional es necesario revisar las teorías doctrinarias sobre la que se construyó el derecho procesal administrativo. Dice Luigi Ferrajoli que: “Todo esto requiere voluntad y capacidad de proyección reformadora y de innovación teórica e institucional. La innovación es necesaria sobre todo en el campo del derecho administrativo donde la ciencia jurídica legada carece todavía de una teoría de los derechos sociales y de las correlativas obligaciones públicas capaces de dar forma y garantía de efectividad a las expectativas correspondientes a las funciones positivas del Welfare State”.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Ferrajoli, Luigi, “El garantismo y la filosofía del derecho” Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 15, Bogotá 2001.

Es por ello auspicioso este comienzo de transformación de la justicia –en especial la administrativa– y es de esperar que, tanto a nivel federal como provincial, se trabaje en la confección de nuevos carriles formales que permitan una atenuación de las prerrogativas procesales del Estado en protección de los más débiles. Para ello deberá continuarse con el camino de las tutelas procesales diferenciadas que hoy comienza a transitarse con la sanción de la ley 26.854.

Corresponde también destacar que la ley recientemente sancionada se encuentra en línea con la constante práctica de utilización del derecho como herramienta ideológica y cultural de transformación de la realidad social en la que se enmarcaron los importantes cambios promovidos y concretados por el Estado Nacional que –de diversas formas– ha generado mayor inclusión social y menor discriminación, todo ello en respeto de los derechos humanos fundamentales que sostienen los cimientos de nuestra sociedad democrática y participativa.

Concluyo reafirmando que esta ley es una norma procesal de avanzada que recepta la moderna doctrina y jurisprudencia de la materia, en total cumplimiento de la Constitución Nacional y la normativa internacional de Derechos Humanos. En particular, como manifestara antes, esta ley reconoce expresamente la justiciabilidad de los derechos sociales y protege en forma diferenciada a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna, y en especial garantiza los derechos económicos sociales y culturales de los sectores populares de la sociedad (salud, derechos alimentarios, ambientales, laborales, etc.), como hasta ahora ninguna norma procesal lo había hecho, cumpliendo con el principio internacional en materia de derechos económicos sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial y diferenciada.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CABRAL, Pablo Octavio. La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada – Un análisis de la Ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos. *Revista Internacional de Direito Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 05, p. 21-83, jul./dez. 2018.

Recebido em: 09.08.2018

Aprovado em: 13.10.2018