

# MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 1897/2012 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

*DRA. XIMENA BARBOSA*

*DRA. ROMINA ROMERO*

Sentencia 1897/2012

Montevideo, veinte de agosto de dos mil doce

## VISTOS:

Estos autos caratulados: "PODER JUDICIAL, EN AUTOS CARATULADOS: 'PODER JUDICIAL C/ PODER LEGISLATIVO Y OTRO. ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 236 Y 241 INC. 3 DE LA LEY NRO. 18.834' – OTRO – MEDIDA CAUTELAR, IUE 1-21/2012", IUE 1-31/2012.

## RESULTANDO:

1) A fs. 147 la Suprema Corte de Justicia interpone Acción de Inconstitucionalidad respecto de los artículos 236 y 241 inc. 3 de la Ley No. 18.834 Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal correspondiente al ejercicio 2010, contra el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo en representación del Estado persona pública mayor y se solicita medida cautelar de suspensión.

2) Se entiende que existe un interés directo vulnerado por los artículos de referencia y se fundamentan las razones

## CONSIDERANDO:

I) Corresponde en primer lugar referirse a la Legitimación de la Suprema Corte de Justicia para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una Ley.

Al respecto existe jurisprudencia de la propia Corte donde se estable que posee la legitimación en la causa y en el proceso para impugnar por vía de acción una norma que a su juicio sea violatoria de la Constitución de la República.

Es así que en Sentencia No. 118 dictada 19 de abril de 2002 se afirmaba "La objeción relativa a que la actora sería juez y parte carece de fundamentación convictiva y supone que la acción de inconstitucionalidad estaría vedada para el órgano rector del Poder Judicial, hace referencia a Sent. No. 433 de octubre de 2000 dictada por otros integrantes Ministros de Tribunales de Apelaciones donde se coincidía afirmando "... si bien la defensa fue deducida por la Suprema Corte de Justicia en su integración natural, la decisión de la cuestión corresponderá a otros Ministros integrados, con absoluta independencia..."

II) Si bien existen aún opiniones contrarias como se manifiesta al evacuar el traslado, estas se fundan en dos puntos centrales: 1) que se violenta el principio de separación y equilibrio de poderes y 2) que en este caso la Corte actuaría al mismo tiempo como juez y parte.

No se comparten estas argumentaciones, las que pueden ser controvertidas sin violentar el orden jurídico nacional.

El tema transcurre entre los poderes y las funciones, y el debido equilibrio entre ambos.

A mérito de nuestra Carta Magna existe una conexión estrecha entre los poderes del gobierno y las funciones del Estado. Al Poder Judicial en tanto Poder de Gobierno, le corresponde el ejercicio de una de las funciones del estado (función jurisdiccional). Como tal no puede extinguir los actos emanados de otro poder ni modificarlos, ni dejarlos de aplicar excepto por razones de ilegitimidad.

El entramado de estos principios tiene como horizonte evitar que uno de los Poderes primer sobre los restantes. El mecanismo de controles recíprocos entre los Poderes es múltiple y variado como forma de evitar la violación de alguna de las reglas que mantiene ese delicado equilibrio.

Desde larga data el Profesor Horacio Cassinelli Muñoz ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia no supone ni una excepción ni una infracción a estas reglas por cuanto el máximo órgano no tiene la potestad de extinguir la Ley a tal punto que la inaplicabilidad de la Ley cuestionada solo produce efectos en el caso puesto a su conocimiento, en el caso concreto.

Tampoco es de recibo el argumento de que por esta vía se estarían conjugando en un mismo órgano la potestad de ser juez y parte.

La Suprema Corte de Justicia para la dilucidación del reclamo se encuentra integrada con Ministros de los Tribunales de Apelaciones; y entre aquella y éstos existe autonomía técnica con lo cual se avienta cualquier fantasma de ausencia de imparcialidad.

Sostener la posición contraria supondría en los hechos cercenar a este Poder del Estado de todo derecho a reclamo ante una Ley que a su juicio es violatoria de la Constitución. Cabe preguntarse ante quien debería acudir la Suprema Corte de Justicia cuando un acto de tal naturaleza la perjudique, ya que en nuestro país no existe (como en otros) un órgano desgajado del poder judicial que tenga como función declarar la inconstitucionalidad de una Ley.

La circunstancia de que la declaración de inconstitucionalidad sea competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia (a la postre, sistema de contralor externo de los actos del Poder Legislativo) no puede convertirse en los hechos en una herramienta que inhiba o encorsete toda posibilidad de reclamo cuando este poder del estado se sienta vulnerado por un acto dictado por otro poder del estado.

La integración de la Suprema Corte de Justicia con Ministros de Tribunales de Apelaciones y la existencia de independencia técnica de éstos respecto de aquellos constituyen garantía suficiente del cumplimiento del principio de separación y el debido equilibrio entre los poderes impuestos por la Constitución de la República.

III) Sobre la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia solicite la suspensión de la ejecución de una Ley en el ámbito de un proceso de inconstitucionalidad, también ha sido laudado por la propia Suprema Corte con integración diversa.

En lo que refiere a la doctrina se destaca la férrea posición del profesor Gonzalo Aguirre que muy sintéticamente afirma "que se trata de una facultad excepcionalísima que no le es acordada por la Constitución ni por el Código General del Proceso".

Se comparte que tal como lo sostuviera la Corte oportunamente, la adopción de la teoría de los Poderes Implícitos y el principio de Igualdad dejan abierto el camino para una solución afirmativa.

Como afirma la corporación, su adopción debe ser mesurada y debe acogerse en casos claros y palmarios con la exclusiva finalidad de evitar un grave perjuicio o un daño inminente.

Con carácter general, como ha destacado ilustrada doctrina, de los arts. 311 y 312 del CGP bajo el Nomen Juris de “universalidad de la aplicación” (art. 311) y “procedencia” (art. 312), se desprende la existencia de una potestad cautelar genérica otorgada a todos los órganos jurisdiccionales, sin que la Ley efectúe distinción alguna en función del tipo de proceso o del grado en que cada órgano conoce. Por cuanto, las normas antedichas habilitan la adopción de aquellas medidas cautelares que se estimen “indispensables a la protección de un derecho”. En términos generales el “instrumento cautelar” aparece como “el más apto para asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional...”.

Continúan los autores expresando que: “... al habilitar la adopción inmediata de medidas tendientes a prevenir el riesgo que representa la dimensión temporal del proceso, ya sea mediante la conservación de la situación fáctica o jurídica vigente en un momento determinado (medidas conservativas), la modificación de la situación para prevenir la continuidad o agravamiento del daño (medidas innovativas), o el adelantamiento provisorio de la decisión de mérito (medidas provisionales)...”, y señalan los problemas que genera la inclusión de estas últimas como parte del elenco de las cautelares. Para concluir que un primer análisis conjunto de todas las medidas que se han mencionado pueden ser ingresadas dentro de una denominación categorial a la que llaman “instrumento cautelar en sentido amplio” Y más adelante agregan:

Así, “...Tradicionalmente se ha señalado la instrumentalidad como nota típica de las providencias cautelares, las cuales -como indica Calamandrei- “nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, resultado práctico de la cual aseguran preventivamente...” Y finalizan: “A esa idea se afilia nuestro sistema cautelar, que refleja la nota de instrumentalidad de las providencias cautelares en diversas disposiciones, ya refiriendo esa nota a la causa (principal) o a la demanda (art. 311.2) o al proceso posterior (art. 314.1), ya al aseguramiento provisional de la decisión sobre el fondo (art. 317)” (cf.: Landoni y colaboradores, en: “Código General del Proceso comentado y anotado con jurisprudencia”, B de F, Bs.As. particularmente págs. 1170, 1171, 1172).

Entonces, en nuestro sistema jurídico se ha optado por un régimen habilitante a la adopción de medidas cautelares, que plasma normativa de rango legal, con soluciones expresas y no taxativas respecto las medidas específicas que los tribunales están habilitados a adoptar. Pues, el artículo 316 ejusdem, expresa que se podrán disponer “las medidas que estime indispensables”, haciendo a continuación una enumeración no taxativa de algunas medidas concretas. Y por otra parte el art. 313 nal. 4 del CGP, incluso prevé que las medidas puedan disponerse “de oficio o a petición de parte” facultando al tribunal a apreciar la necesidad de la medida y a graduarla en su rigor disponiendo una menos rigurosa que la solicitada si así lo considera suficiente. La sistemática establecida por el Código General del Proceso en materia de procesos cautelares, resulta plenamente acorde con la “Teoría de los Poderes Implícitos” a los que alude en Sentencia de la Corporación No. 742 del 98 y tomando en cuenta la previsión de suspensión establecida para la vía de excepción o defensa, arts. 258 de la Constitución y 514 del C.G.P., cabe concluir como lo ha hecho la Corporación reiteradamente, que nada obsta a la adopción de medidas cautelares en el marco de un proceso de inconstitucionalidad promovido en vía de acción como el presente.

Por otra parte, el artículo 14 del C.G.P., marca una pauta hermenéutica de carácter general al establecer que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. Y las medidas cautelares son uno de los instrumentos consagrados en orden jurídico nacional para hacer efectivos, los derechos sustanciales, sin distinción en función de la naturaleza de los sujetos o entidades involucradas.

IV) En Sentencias interlocutorias dictadas por la Suprema Corte de Justicia Nos. 742/98 y 615/1999 ya ha entendido que las Medidas Cautelares pueden acogerse en el curso de acciones inconstitucionales.

Por Sentencia No. 2495 de 2007 del 31 de octubre de 2007 la Corporación reiteró una vez más, su criterio favorable a la admisión de medidas cautelares en el proceso constitucional reiterando en tal sentido los argumentos que había vertido con anterioridad en Sentencia No. 792 /98 citada por la promotora a fs. 170 vto. del escrito de proposición, (V. fallo mencionado en primer término publicado en RUDP 1-2/2009, Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal 2007-2008 caso 306, págs. 167/168).

Como lo destaca la jurisprudencia nacional, en materia cautelar la idea fundamental consiste en evitar la frustración de la eficacia de una sentencia aún no dictada.

En lo que refiere al “*periculum in mora*”, para considerarlo acreditado, cabe recordar que según se expresa unánimemente la jurisprudencia nacional, no basta con tomar en consideración la mera extensión temporal del proceso. Pues dicho elemento no es en sí mismo idóneo para configurar el peligro de frustración. Sino que se requiere que el decisor pueda afirmar con grado de posibilidad o verosimilitud la existencia de un peligro cierto u objetivo de frustración de la eficacia de la sentencia que, sobre el mérito de la cuestión planteada, haya eventualmente de recaer. En tal sentido y en relación a procesos de distinta naturaleza (V. ampliamente Sentencias Nos. 122/2001 y 78/2005 en RUDP 2-2006 caso 640 P. 323 entre otras citadas en sentencia del TAC 6to. Sent. No. 34/2008 publicada en RUDP, Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal 2007-2008 caso 301, pág. 164).

En el mismo sentido, se ha afirmado que “...El peligro de lesión o frustración debe ser objetivo, no debe considerarse el mero temor, la sospecha o la duda del solicitante, sino que deben existir motivos que lo hagan verosímil para los terceros, apreciándolo según el criterio de un buen padre de familia, así como las consecuencias perniciosas que se derivarían de la no adopción de la medida” (Cf.: “Anuario de jurisprudencia 1-2/2009” RUDP supra op. cit. pág. 161 caso 293).

V) En el caso y teniendo en cuenta la particularidad del objeto del proceso de inconstitucionalidad promovido, tendiente a declarar inaplicable respecto del Poder Judicial las disposiciones legales individualizadas por la parte accionante, la existencia del perjuicio requerible para la adopción de la cautela se deriva, como lo destacan los peticionantes, de que hasta que no medie pronunciamiento sobre la cuestión planteada en vía de acción, la Suprema Corte de Justicia está colocada en situación jurídica de poder deber, porque ello integra sus cometidos, a aplicar la Ley. Y dicha situación conlleva “per se” la probabilidad y verosimilitud de verificación de los perjuicios y de ocasionar daños inminentes en el equilibrio propio del sistema presupuestal.

Establece el art. 312 del Código General del Proceso que “las medidas cautelares pueden adoptarse cuando se estimen necesarias para la protección de un derecho y siempre que haya peligro de lesión o de frustración del mismo...”.

“El *fumus bonis iuris*” la existencia de un derecho que debe ser protegido está justificado sumariamente y el derecho aparece como verosímil.

Surge claramente de la documentación acompañada por la parte actora, el Poder Judicial no dispone en el presente ejercicio (año 2012) de créditos presupuestales para atender las reasignaciones que se refieren los arts. 236 y 241 de la Ley No. 18.834 (créditos para atender la capacitación de los magistrados en los cursos de Derechos Humanos a realizarse en el CEJU, siendo estos abonados con fondos propios del CEJU, por el momento y hasta donde sea posible, ya que el art. 236 no establece montos a reasignar, y el Poder Judicial había estimado dicho monto en el art. 25 de su proyecto de Rendición de cuentas. Se acredita que en el año 2012, será necesario solicitar un refuerzo de crédito en suministros oficiales para cumplir con el normal funcionamiento de todas las sedes. De todo lo cual surge que el Poder Judicial no dispone para el año 2012 de créditos de Gastos de Funcionamiento para atender la reasignación solicitada en el art. 236.

Y los créditos de Retribuciones Personales están asignados para los diferentes cargos en los distintos escalafones, ya sea que estén ocupados o vacantes, el crédito presupuestal del Poder judicial sólo le permite financiar el padrón de cargos actuales y el art. 241 si bien recoge la propuesta de creación de un Tribunal de Apelaciones en el Trabajo y crea los cargos, no asigna los créditos presupuestales para ellos”.

“El *periculum in mora*” la hipótesis planteada en autos, configura un caso claro, palmario, en el cual procede la adopción de la cautela para evitar la ocurrencia de “gran perjuicio o daño inminente” que afectaría el funcionamiento institucional, extremos de gravedad tal como lo ha requerido la Corporación en situaciones análogos (v. Sent. S.C.J. No. 742/98).

En función del objeto del proceso de inconstitucionalidad y de la posición institucional del Poder Judicial, en el caso, no se visualiza otro medio idóneo y proporcionado, para evitar la causación de graves perjuicios o

de daños inminentes, eventualmente irreversibles, que la adopción de la cautela peticionada. Pues la situación planteada configura una amenaza actual de la posible ocurrencia de un evento dañoso.

En cuanto al requisito de la contracautela, legalmente establecido, en virtud de la naturaleza de las entidades involucradas, Poderes del Estado que conforman como lo destacan los solicitantes a fs. 170 “Estado-Persona Pública mayor”, la solvencia patrimonial del solicitante puede considerarse acreditada. Por lo que procede la exoneración de prestación de contracautela.

Por estos fundamentos,

## SE RESUELVE:

HACER LUGAR A LA MEDIDA SOLICITADA Y EN SU MERITO SUSPENDER CAUTELARMENTE Y HASTA LA CONCLUSION DEL PRESENTE PROCESO, LA APLICACION DE LOS ARTICULOS 236 Y 241 DE LA LEY No. 18.834 DE RENDICION DE CUENTAS Y BALANCE DE EJECUCION PRESUPUESTAL, EJERCICIO 2010. NOTIFIQUESE PERSONALMENTE.

### *i. Introducción*

Este trabajo tiene por finalidad analizar la Sentencia 1897/2012 de 20 de agosto de 2012, que fue dictada en un proceso de inconstitucionalidad promovido por el Poder Judicial mediante la vía de acción, respecto de los arts. 236<sup>1</sup> y 241 inciso 3<sup>o</sup> de la ley 18.834 (“Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal Ejercicio 2010”) de 4 de noviembre de 2011.

A través de este pronunciamiento, la Corte especialmente integrada a estos efectos<sup>3</sup> admitió la procedencia de medidas cautelares en este particular proceso. Esto por sí solo no constituye una novedad, pues la admisibilidad de dichas medidas viene siendo aceptada por la Corte en todos sus fallos desde hace casi quince años.<sup>4</sup>

La particularidad de esta sentencia radica en que hizo lugar a la solicitud cautelar formulada por la parte actora en su demanda, disponiendo la suspensión de la aplicación de las normas mencionadas.

Ello por cuanto, la mayoría de los fallos dictados al respecto, adoptan una postura restrictiva sobre la aplicación de dichas medidas, rechazándolas bajo el argumento de la insuficiente acreditación de los requisitos legales.

Por tanto, esta sentencia resulta de interés, mereciendo el caso planteado y sus fundamentos ser comentados, tarea a la que nos abocaremos en los próximos apartados.

### *ii. El caso planteado*

1 Art. 236: “El Poder Judicial comunicará a la Contaduría General de la Nación, dentro de los sesenta días de promulgada la presente ley, las reasignaciones de créditos presupuestales a efectos de financiar las erogaciones con destino a la realización y financiación de programas de capacitación permanentes en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, para Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público del Uruguay en materia de Derechos Humanos, que contengan cursos sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas y de sustracción de niños y niñas, con la contratación de expertos nacionales y extranjeros en el tema.”

2 Art. 241: “Créanse en el Inciso 16, Poder Judicial tres cargos de Ministro de Tribunal de Apelaciones con destino a la creación de un nuevo Tribunal de Apelaciones del Trabajo. Créanse los siguientes cargos con destino a dicho Tribunal:(...) El Poder Judicial comunicará a la Contaduría General de la Nación, dentro de los sesenta días de promulgación de la presente ley, las reasignaciones de créditos presupuestales a efectos de financiar los cargos que se crean en la presente norma, así como los correspondientes gastos de funcionamiento.” Este artículo fue derogado por el art. 245 de la ley 18.996 (“Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal Ejercicio 2011”) de 7 de noviembre de 2012.

3 La Corte fue integrada por los Dres. Nanci Amanda Corrales, Julia Myriam Odella (Ministras de Tribunales de Apelaciones del Trabajo) y Daniel Hipólito Tapie (Ministro de Tribunal de Apelaciones en lo Penal).

4 A título de ejemplo, ver sentencias 742/1998 y 615/1999.

Para comprender la sentencia comentada es imprescindible conocer, aunque sea resumidamente, el caso planteado por el Poder Judicial.

El art. 236 de la ley 18.834 dispuso que el Poder Judicial debía reasignar créditos presupuestales para financiar los programas de capacitación permanente del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Gelman".

Por su parte, el art. 241 también dispuso que el Poder Judicial debía reasignar créditos, pero esta vez para financiar los cargos creados para un nuevo Tribunal de Apelaciones de Trabajo.

Ante esta situación, el Poder Judicial solicitó la declaración de inconstitucionalidad de las normas mencionadas, fundándose en que violaban los arts. 86, 215 y 220 de la Constitución, así como el principio de separación de poderes recogido por el art. 82 de la Carta.

Asimismo, en la demanda pidió que se dispusiera como medida cautelar la suspensión de la ejecución de los artículos, argumentando que no podía efectuar las reasignaciones dispuestas, pues para hacerlo debía desatender otros programas y gastos ya comprometidos.

### *iii. Análisis de los fundamentos expuestos por la sentencia 1897/2012*

A continuación veremos los fundamentos en los que se basó la sentencia 1897/2012 para disponer la medida cautelar solicitada.

#### **a. Los arts. 311 y siguientes del CGP aplican a todos los órganos y procesos jurisdiccionales**

La sentencia expresa que "[c]on carácter general, como ha destacado ilustrada doctrina, de los arts. 311 y 312 del CGP bajo el Nomen Iuris de 'universalidad de la aplicación' (art. 311) y 'procedencia' (art. 312), se desprende la existencia de una potestad cautelar genérica otorgada a todos los órganos jurisdiccionales, sin que la Ley efectúe distinción alguna en función del tipo de proceso o del grado en que cada órgano conoce", de ello resultan las siguientes dos consideraciones.

La primer consideración es que la sentencia entiende que de los arts. 311<sup>5</sup> y 312<sup>6</sup> del CGP deriva la universalidad de la aplicación de las medidas cautelares allí previstas, esto es, que pueden ser adoptadas en cualquier proceso, ya sea contencioso o voluntario. Por tanto, al no estar exceptuado expresamente el proceso de inconstitucionalidad, queda comprendido por estas normas.

También del art. 311 resulta que la solicitud de medida cautelar puede hacerse en cualquier etapa del proceso, aún previo a la demanda como diligencia preparatoria, lo que supone que también podría pedirse la suspensión de la aplicación de una ley previo a promover su declaración de inconstitucionalidad.

La segunda consideración es que la sentencia entiende que, en virtud de los artículos mencionados, todos los órganos jurisdiccionales poseen la llamada potestad cautelar genérica, no siendo una excepción

5 Art. 311 (redacción dada por la ley 19.090 de 14 de junio de 2013): "(Universalidad de la aplicación).-311.1.- Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario, por el tribunal que esté conociendo o deba conocer en el asunto. 311.2.- Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionante al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados. Cuando para hacer efectiva la medida cautelar se requiera la inscripción en el Registro respectivo, el plazo de caducidad se contará a partir del día hábil siguiente al décimo día hábil posterior al libramiento del oficio Declarada la caducidad, la medida no podrá ser propuesta nuevamente si no se acredita la existencia de circunstancias supervenientes.311.3.-Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite".

6 Art. 312: "Procedencia.-Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso. La existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente".

la Suprema Corte de Justicia, pues para que así fuera, debería existir una norma expresa que dispusiera un régimen diferente.

Al respecto, señala nuestra doctrina que el Código General del Proceso se circunscribe al estado actual del fenómeno cautelar “*pautado por el reconocimiento legal de la potestad cautelar genérica como atributo de la función jurisdiccional, facultando a los jueces para adoptar cualquier medida idónea para asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional, en toda clase de procesos y en cualquier momento y oportunidad*”.<sup>7</sup>

En este sentido, se afirma que esta potestad determina “(a) que las medidas cautelares pueden adoptarse en cualquier proceso, incluso como medida preliminar, y (b) que puede adoptarse cualquier medida que sea idónea y necesaria para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional reclamada por vía principal”<sup>8</sup>. Se concluye que “actualmente, no se exige una autorización legal específica para adoptar una medida cautelar”.<sup>9</sup>

La sentencia indica que la potestad cautelar genérica existe para “*todos los órganos jurisdiccionales*”, lo que consideramos acertado. Dejando de lado los procesos judiciales —para los cuales la existencia de esta potestad es indiscutible— encontramos que parte de nuestra doctrina defiende su existencia también respecto al proceso de anulación de actos administrativos. Esta postura sostiene que, sin perjuicio del régimen particular cautelar previsto en los arts. 2<sup>10</sup> y 3<sup>11</sup> de la ley 15.869 de 16 de junio de 1987, que habilita al Tribunal de lo Contencioso Administrativo a disponer la suspensión de la ejecución del acto, es posible que también ordene otros tipos de medidas cautelares necesarias.<sup>12</sup>

#### **b. La adopción de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad derivada de los arts. 258 de la Constitución y 514 del CGP, del principio de igualdad y de la Teoría de los Poderes Implícitos**

Además de surgir de los arts. 311 y 312 del CGP, la admisibilidad de las medidas cautelares resulta, según la sentencia, de otros dos fundamentos que son mencionados sucintamente.

7 LANDONI, Ángel; GARDERES, Santiago; GOMES, Fernando; GONZÁLEZ, María Eugenia; VALENTÍN, Gabriel; Código General del Proceso, Volumen 3A, Editorial B de F, 2006, pág. 1172.

8 LANDONI, Ángel; GARDERES, Santiago; GOMES, Fernando; GONZÁLEZ, María Eugenia; VALENTÍN, Gabriel; Código General del Proceso, Volumen 3A, Editorial B de F, 2006, pág. 1172.

9 LANDONI, Ángel; GARDERES, Santiago; GOMES, Fernando; GONZÁLEZ, María Eugenia; VALENTÍN, Gabriel; Código General del Proceso, Volumen 3A, Editorial B de F, 2006, pág. 1173.

En la misma línea, PODETTI expresa: “[l]a medida cautelar genérica o innominada, es la que puede dictar el juez atendiendo a las necesidades del caso, si no existiese en la ley una específica que satisfaga la necesidad de aseguramiento [...] Cumple una norma así, la natural apetencia de seguridad de todo derecho en peligro de insatisfacción, se ajusta al principio de flexibilidad y cabe entre las facultades judiciales” (PODETTI, Ramiro; *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral IV—Tratado de las Medidas Cautelares*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1969, pág. 62).

10 Art. 2: “El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a pedido de la parte actora, que deberá formularse con la demanda y previa sustanciación con un traslado por seis días a la parte demandada, podrá decretar la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, siempre que la misma fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudieren ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado. La posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal disponga la suspensión. Dicha suspensión también podrá ser decretada por el Tribunal cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifiestamente legal. La decisión del Tribunal, en este caso, no importará prejuzgamiento.”

11 Art. 3: “Decretada la suspensión del acto, ésta mantendrá su vigor desde su notificación a la parte demandada y hasta la conclusión del proceso, pero el Tribunal, a petición de parte o de oficio y en cualquier momento del trámite, podrá, en atención a nuevas circunstancias, dejarla sin efecto o modificarla. Si la parte demandada no evacúa el traslado o haciéndolo, omite el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 63 y 64 del decreto ley 15.524, podrá decretarse la suspensión si de las afirmaciones de la parte actora y de los elementos de juicio que ésta hubiere incorporado al efecto, surgen circunstancias que, a juicio del Tribunal, la hicieran pertinente, sin perjuicio de la ratificación o rectificación de lo decidido, luego de incorporados los antecedentes administrativos. En todos los casos el Tribunal deberá decidir sobre la petición de suspensión dentro del plazo de treinta días de concluida la sustanciación del incidente, suspendiéndose ese plazo durante un máximo de sesenta días para el diligenciamiento de las probanzas que el Tribunal estime necesarias y disponga por vía de diligencias para mejor proveer.”

12 DURÁN MARTÍNEZ indica que “[n]o existe así ningún obstáculo para que en el estado actual de nuestro Derecho, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo disponga medidas cautelares con la amplitud con que son recibidas en el Derecho Procesal contemporáneo” (DURÁN MARTÍNEZ, Augusto; “Medidas cautelares en el Contencioso Administrativo de anulación uruguayo” en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, Montevideo, 2011, pág. 761).

El primero de ellos es que, dado que la suspensión está prevista para el proceso de inconstitucional promovido por vía de excepción o de oficio, según está dispuesto en los arts. 258 de la Constitución<sup>13</sup> y 514 del CGP<sup>14</sup>, nada obsta a que esta medida sea adoptada cuando se ha acudido a la vía de acción.

Respecto a este argumento, debe señalarse que si bien parece una solución justa en cuanto sigue una postura protectora de los derechos de los accionantes, hay que tener presente que las normas mencionadas expresamente disponen que la suspensión solo se aplica a las vías de excepción y de oficio. En ellas no se suspende propiamente la aplicación de la ley, sino los procedimientos en trámite con la finalidad de evitar que si se declarara la inconstitucionalidad de la norma legal, se haya tramitado todo el proceso en vano. Por tanto, la suspensión en estas vías tiene una finalidad específica —evitar la realización de un proceso innecesariamente— que no existe en la vía de acción.

El segundo de los argumentos es que “la teoría de los Poderes Implícitos y el principio de Igualdad dejan abierto el camino para una solución afirmativa”, es decir, que de ellos emana la potestad de la Corte de disponer medidas cautelares.

Respecto a la aplicación de la mencionada teoría, la sentencia expresa que ello deriva de que el régimen de medidas cautelares consagra “soluciones expresas y no taxativas respecto las medidas específicas que los tribunales están habilitados a adoptar. Pues, el artículo 316 ejusdem, expresa que se podrán disponer ‘las medidas que estime indispensables’, haciendo a continuación una enumeración no taxativa de algunas medidas concretas. Y por otra parte el art. 313 nal. 4 del CGP, incluso prevé que las medidas puedan disponerse ‘de oficio o a petición de parte’ facultando al tribunal a apreciar la necesidad de la medida y a graduarla en su rigor disponiendo una menos rigurosa que la solicitada si así lo considera suficiente. La sistemática establecida por el Código General del Proceso en materia de procesos cautelares, resulta plenamente acorde con la ‘Teoría de los Poderes Implícitos’.

Sobre los poderes implícitos, señala CAGNONI que “[l]a atribución expresa para cumplir sus cometidos dada a un órgano público conlleva a la vez la facultad (posibilidad) y el deber (obligación) de cumplirlos, lo que *implica*, es decir, supone, implícitamente los poderes indispensables, necesarios, para cumplir los cometidos dados por la atribución”<sup>15</sup>. Agrega que “la teoría es de aplicación universal y permite crear medios y vías solo para ejecutar poderes, estos sí, expresamente atribuidos”<sup>16</sup>.

Sin embargo, no consideramos que la Teoría de los Poderes Implícitos sea la justificación de la admisibilidad de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.

A nuestro entender tal facultad no es un poder implícito de los órganos jurisdiccionales, sino que emana de dos normas de rango legal, como son el art. 311 y 312 del CGP, de las cuales deriva la potestad cautelar genérica a la que más arriba hicimos referencia.

Por su parte, respecto al principio de igualdad, la sentencia se limita a mencionarlo, sin efectuar un desarrollo. No obstante, puede entenderse que éste se invoca siguiendo lo sostenido en la sentencia 742/1998 de la Corte, en la que se indica: “(...) en principio, es procedente entender que las medidas cautelares pueden adoptarse aun en el proceso constitucional. No solo porque en la vía de excepción o defensa, la suspensión está prevista como una

13 Art. 258: “La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo: 1º) Por vía de acción, que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia. 2º) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial. El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso - Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución. En este caso y en el previsto por el numeral 2º, se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.”

14 Art. 514: “Suspensión de los procedimientos.- Acogido por el tribunal el planteo de la inconstitucionalidad por vía de excepción o defensa o planteada de oficio, se suspenderán los procedimientos y se elevarán las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.”

15 CAGNONI, Aníbal; “¿Qué son los poderes implícitos?” en *Revista de Derecho Público*, Número 33, FCU, Montevideo, 2008, pág. 195.

16 CAGNONI, Aníbal; “¿Qué son los poderes implícitos?” en *Revista de Derecho Público*, Número 33, FCU, Montevideo, 2008, pág. 196.

Para que sea de aplicación esta Teoría, se afirma que deben darse tres supuestos: (i) que sea imprescindible; (ii) que no esté conferido a otro órgano del Estado; y (iii) que no viole reglas de Derecho (DELPIAZZO, Carlos; *Contratación Administrativa*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, págs. 251 y 252).

*forma de ellas (Constitución, art. 258), lo que daría lugar, de no aceptarse tal criterio, a situaciones desiguales y aun absolutamente injustas (...)*”.

Por tanto, podría entenderse que la postura de la sentencia es que, si se acepta que es posible disponer la suspensión en las vías de excepción y oficio, también debe admitirse que se haga en la vía de acción, pues de lo contrario se estaría incurriendo en una violación al principio de igualdad.

### **c. La adopción de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad es de excepción**

La sentencia comentada, siguiendo la postura sostenida por la Corte<sup>17</sup>, realiza las siguientes precisiones respecto a la adopción de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad:

- i. su adopción debe ser *“mesurada”* y realizarse solo en *“casos claros y palmarios con la exclusiva finalidad de evitar un grave perjuicio o un daño inminente”*;
- ii. su propósito es *“evitar la frustración de la eficacia de una sentencia aún no dictada”*; y
- iii. sus requisitos, tal como dispone el art. 312, son la existencia de *“fumus bonus juris”* (el cual no se desarrolla en la sentencia) y el *“periculum in mora”*, que se acredita no solo tomando en consideración la extensión del proceso, sino además constatándose la *“posibilidad o verosimilitud [de] la existencia de un peligro cierto u objetivo de frustración de la eficacia de la sentencia”*, debe *“ser objetivo, no debe considerarse el mero temor, la sospecha o la duda del solicitante, sino que deben existir motivos que lo hagan verosímil para los terceros, apreciándolo según el criterio de un buen padre de familia, así como las consecuencias perniciosas que se derivarían de la no adopción de la medida”*.

Respecto a estos requisitos, la sentencia indica que surgen acreditados, pues *“el Poder Judicial no dispone en el presente ejercicio (año 2012) de créditos presupuestales para atender las reasignaciones que se refieren los arts. 236 y 241 de la Ley No. 18.834”*.

Ello es así pues el Poder Judicial ya había estimado el monto para el Centro de Estudios Judiciales sin prever este gasto. Del mismo modo, previó únicamente los créditos destinados para cumplir con el normal funcionamiento de todas las sedes y para abonar las retribuciones personales de sus funcionarios.

En atención a lo anterior, la sentencia concluye que *“el periculum in mora [en] la hipótesis planteada en autos, configura un caso claro, palmario, en el cual procede la adopción de la cautela para evitar la ocurrencia de ‘gran perjuicio o daño inminente’ que afectaría el funcionamiento institucional, extremos de gravedad tal como lo ha requerido la Corporación en situaciones análogas (v. Sent. S.C.J. No.742/98). En función del objeto del proceso de inconstitucionalidad y de la posición institucional del Poder Judicial, en el caso, no se visualiza otro medio idóneo y proporcionado, para evitar la causación de graves perjuicios o de daños inminentes, eventualmente irreversibles, que la adopción de la cautela petitionada. Pues la situación planteada configura una amenaza actual de la posible ocurrencia de un evento dañoso”*.

Respecto a las precisiones y a las conclusiones reseñadas, corresponde hacer dos comentarios.

El primero de ellos es que la postura de la sentencia —que es también la que ha sostenido históricamente la Corte<sup>18</sup>— respecto a que la adopción de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad debe hacerse con *“mesura”* y reservarse solo para los *“casos claros y palmarios con la exclusiva finalidad de evitar un*

17 A título de ejemplo, ver sentencias: 136/2013 de 18/2/2013 (Chediak, Larrieux, Pérez Manrique); 2942/2012 de 17/12/2012 (Ruibal, Larrieux, Chediak); 2855/2012 de 5/12/2012 (Chediak, Larrieux, Ruibal); 2142/2012 de 10/9/2012 (Gutiérrez, Chediak, Larrieux, Pérez Manrique, Ruibal); 3371/2008 de 10/12/2008 (Van Rompaey, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi); 2464/2007 de 5/11/2007 (Bossio, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi); 1743/2007 de 17/9/2007 (Van Rompaey, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi). Todas consultadas en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.

18 A título de ejemplo, ver sentencias: 136/2013 de 18/2/2013 (Chediak, Larrieux, Pérez Manrique); 2942/2012 de 17/12/2012 (Ruibal, Larrieux, Chediak); 2855/2012 de 5/12/2012 (Chediak, Larrieux, Ruibal); 2142/2012 de 10/9/2012 (Gutiérrez, Chediak, Larrieux, Pérez Manrique, Ruibal); 3371/2008 de 10/12/2008 (Van Rompaey, Gutiérrez, Rodríguez

*grave perjuicio o un daño inminente*”, no resulta de los arts. 311 y 312 del CGP, normas que estos fallos reconocen aplicables *in totum* a este tipo de procesos.

Como ya vimos, estos artículos consagran la potestad cautelar genérica y los requisitos que deben cumplirse para la adopción de estas medidas.

La postura de “*mesura*” que adopta la sentencia comentada y en general la Corte en sus fallos sobre esta tema, no conciden con dicha potestad, sino que parecen contradictorias con ella.

Tampoco la exigencia de que se trate de casos claros y palmarios y que su finalidad sea evitar un grave perjuicio o un daño inminente resulta de los artículos mencionados, que solo exigen que exista “*la probabilidad de que se dicte en el futuro una sentencia acogiendo la pretensión de condena (el ‘bonus fumus iuris’), la probabilidad (peligro) de que se frustre la eventual ejecución forzada de esa eventual sentencia (el ‘periculum in mora’)*—requisitos estos dos que para disponer la medida el tribunal debe tener por acreditados, al menos ‘sumariamente’—y la prestación de una ‘contracautela’ (a más de la razonable proporción entre el peligro de frustración y el daño que la medida causa”.<sup>19</sup>

En efecto, estas exigencias no son propias de todas las medidas cautelares, sino que se asemejan más a los requisitos establecidos por el art. 317 del CGP para las medidas provisionales, que “*son todas aquellas medidas (nuevamente, resoluciones procesales) dispuestas por el tribunal en el curso de un proceso jurisdiccional, y que consisten en hacer lugar (acoger) provisoriamente la pretensión, a fin de evitar que se produzca a la parte un daño particularmente grave por la demora en satisfacerla que conlleva el trámite del proceso.*”<sup>20</sup>

Los presupuestos legales para el dictado de estas medidas son “*la probabilidad de que se dicte en el futuro una sentencia acogiendo la pretensión (que en su caso puede ser no sólo de condena, sino también meramente declarativa o constitutiva, aunque en este último caso la ley impone diversas limitaciones), y la existencia de un daño particularmente grave que se causa a la parte por la demora en satisfacer la pretensión (requisitos que para disponer la medida también en este caso el tribunal debería tener por acreditadas, al menos sumariamente)*”.<sup>21</sup>

Por tanto, para considerar correctos los requisitos exigidos por la sentencia comentada, debemos asumir que la suspensión constituye una medida provisional. De lo contrario, no deberían ser exigidos para su adopción.

El segundo de los comentarios refiere a lo que vuelve “particular” a esta sentencia, que es que hace lugar a la medida solicitada, apartándose de reiterados fallos de la Corte que han rechazado sistemáticamente el pedido por entender que: (i) la medida no reviste el carácter indispensable que requiere el art. 312 para su adopción; (ii) no aparece probado el peligro de un grave perjuicio, de un daño inminente o de la frustración de un derecho, para justificar que sea necesaria; (iii) no surge acreditada la verosimilitud del derecho; (iv) los motivos económicos por ser siempre susceptibles de reparación, no constituyen base adecuada para hacer lugar a la medida.<sup>22</sup>

Caorsi); 2464/2007 de 5/11/2007 (Bossio, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi); 1743/2007 de 17/9/2007 (Van Rompaey, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi). Todas consultadas en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.

19 ABAL OLIÚ, Alejandro; “Medidas provisionales y cautelares en el proceso de anulación de actos administrativos” en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, Montevideo, 2011, pág. 665.

En relación al *bonus fumus iuris* se afirma que “*la ley no exige la certidumbre absoluta de la existencia del derecho, sino solamente su probabilidad o verosimilitud*”. En cuanto al *periculum in mora* se expresa que “*el peligro de la lesión o frustración del derecho debe ser un peligro objetivo, calificado según criterios racionales y atendidas las reglas de la experiencia, y no el mero temor subjetivo del actor*” (TARIGO, Enrique; *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, FCU, Montevideo, 2007, pág. 362).

20 ABAL OLIÚ, Alejandro; “Medidas provisionales y cautelares en el proceso de anulación de actos administrativos” en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, Montevideo, 2011, pág. 665.

21 ABAL OLIÚ, Alejandro; “Medidas provisionales y cautelares en el proceso de anulación de actos administrativos” en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, Montevideo, 2011, pág. 665.

22 En este sentido, la Corte señala que “[e]n el caso, no se advierte que la medida revista el carácter de indispensable que requiere el citado artículo [312 del CGP] para su adopción, ni tampoco surge el peligro de un grave perjuicio, de un daño inminente o de frustración de un derecho, lo que justificaría que resultara necesaria. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que los motivos alegados por las sociedades accionantes son de carácter económico, y ellos, al ser siempre susceptibles de reparación, no constituyen base adecuada para acceder a una solicitud de esta naturaleza”. Suprema Corte de Justicia sentencias 136/2013 de 18/2/2013 (Chediak, Larrieux, Pérez Manrique) y 2855/2012 de 5/12/2012 (Chediak, Larrieux, Ruibal).

Respecto a los argumentos mencionados en segundo y tercer lugar, entendemos que se trata de una cuestión probatoria, debiendo verse caso a caso si se cumple con la carga requerida.

Lamentablemente no es posible establecer los criterios utilizados por la Corte respecto a la prueba de los requisitos, pues en sus fallos no se explaya sobre los motivos por los cuales entiende que no se han acreditado. Sin perjuicio de lo anterior, reiteramos que su postura es muy rigurosa en este tema y es por ello que solo en contadas sentencias ha hecho lugar al pedido cautelar.

Respecto al argumento mencionado en primer lugar, estimamos que es correcto, pues el art. 312 del CGP exige que se dispongan las medidas solo en los casos en que el Tribunal estime, es indispensable. Sin embargo, no nos parece correcto el último argumento mencionado, que se resume en el rechazo de la medida cautelar basado en que los daños—independientemente de su gravedad—son económicos y por ende, resarcibles.

Ello por cuanto, no existe previsión normativa alguna que exceptúe o imponga exigencias especiales para la aplicación de medidas cautelares en los casos de daños económicos.<sup>23</sup>

En el caso que motiva la sentencia comentada, los daños alegados por la actora en un principio parecen únicamente económicos y por tanto resarcibles (falta de créditos presupuestales para cumplir con los arts. 236 y 241 de la ley 18.834). Sin embargo, poseen otro carácter, pues el no dictado de la medida solicitada puede derivar en otros perjuicios, además de los económicos.

Lo anterior como consecuencia de que para cumplir con las normas legales mencionadas, el Poder Judicial debería quitar créditos asignados al pago de salarios y/o el cumplimiento de programas, lo que supondría afectar recursos humanos, materiales y, lo que es más grave aún, incumplir con sus cometidos y con los compromisos previamente asumidos.

Por tanto, ya sea cumpliendo con los arts. 236 y 241 de la ley 18.834 o no haciéndolo, el Poder Judicial estaría comprometiendo su responsabilidad. En función de ello, entendemos que la cautela solicitada se presenta como “*indispensable*” en los términos del art. 312 del CGP.

---

Ver también: sentencia 3371/2008 de 10/12/2008 (Van Rompaey, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi); 2464/2007 de 5/11/2007 (Bossio, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi); 1743/2007 de 17/9/2007 (Van Rompaey, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi). Todas consultadas en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.

En la misma línea, expresa: “no advirtiéndose que en el subexámine se encuentre sumariamente acreditada la verosimilitud del derecho que se pretende proteger con las medidas peticionadas, no se hará lugar a las mismas”. Suprema Corte de Justicia, sentencia 2142/2012 de 10/9/2012 (Gutiérrez, Chediak, Larrieux, Pérez Manrique, Ruibal), consultada en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*. Ver también: sentencia 2942/2012 de 17/12/2012 (Ruibal, Larrieux, Chediak), consultada en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.

<sup>23</sup> En materia contencioso anulatoria, el art. 2 de la 15.869 de 22 de junio de 1987 al regular la suspensión de la ejecución del acto administrativo, dispone que “[l]a posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal disponga la suspensión. Dicha suspensión también podrá ser decretada por el Tribunal cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifiestamente ilegal. La decisión del Tribunal, en este caso, no importará prejuzgamiento”.