

Las medidas cautelares contra el Estado o sus entes descentralizados según la ley 26.854

Análisis de pertinencia y proyecciones de algunos aspectos de su regulación

por **MARÍA FERNANDA LOMBARDO**⁽¹⁾

I |

A través de las líneas que siguen aspiro a desarrollar algunos tópicos acerca de la recientemente promulgada ley 26.854 —sobre medidas cautelares en procesos en que el Estado nacional o alguno de sus entes descentralizados es parte (en adelante, “ley sobre medidas cautelares contra el Estado” o “la ley”, indistintamente)—. El recorrido que propongo conduce, a la vez, a transitar un sendero signado por el análisis de dos aspectos de la nueva regulación, que poseen su faz normativa y su faz valorativa: (i) la pertinencia de la instauración de un régimen específico; (ii) algunas notas sobre aspectos sustanciales de la nueva regulación.

.....
(1) Abogada. Relatora en el TSJ-CABA. Jefa de trabajos prácticos en Elementos del Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA; Profesora Adjunta en Derecho Constitucional y Derechos Humanos I y II, Instituto Superior de Seguridad Pública, CABA.

2 |

La necesidad de establecer una regulación específica para el trámite de las medidas cautelares en los procesos en los que el Estado nacional (o alguno de sus entes descentralizados) es parte apareció en la agenda social hace ya un tiempo, y probablemente se ha instalado fuertemente a partir de la proyección que tomaron las pautas que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, "CSJN" o "la Corte", indistintamente) fijó en la sentencia registrada en Fallos 333:1885 (*in re* "Grupo Clarín y otros SA s/ medidas cautelares"), oportunidad en que al máximo Tribunal Federal le cupo intervenir a raíz de la apelación extraordinaria instada por el Estado Federal contra la sentencia de Cámara que había dispuesto, a favor de los actores, la suspensión del plazo de un año fijado por el art. 161 de la ley 26.522 para desinvertir, "...hasta tanto recaiga pronunciamiento en la acción de fondo a promoverse" (cfr. consid. 7° de la sentencia en comentario). En esa ocasión, no obstante el recurso extraordinario federal fue desestimado, la mayoría de los Ministros de la Corte ha entendido indispensable, para evitar que se presentara una situación de desequilibrio en la cual el sujeto pasivo de la medida quedara irremediadamente afectado por ella, formular una precisión: la medida cautelar no podría extenderse *sine die*, "...resulta[ba] conveniente la fijación de un límite razonable para [su] vigencia..." (consider. 7°).

Se presenta, entonces, la necesidad de efectuar algunas aclaraciones acerca del pronunciamiento que vengo comentando, y del peso relativo que tuvo en el impulso de la medida legislativa.

Con el fin expresado, es preciso señalar que la pauta fijada por la Corte respecto de la conveniencia de delimitar temporalmente las medidas cautelares concedidas no fue expresamente ceñida a supuestos en los que el Estado participa en calidad de parte; al mismo tiempo, no fue conectada con alguna característica que se hubiera presentado en función de quién era aquél contra el cual se trababa la cautela. Sí, en cambio, la razón que guió el considerando 7° del pronunciamiento de la Corte fue la búsqueda por evitar que se irrogase en cabeza de la demandada un daño irremediable.⁽²⁾ En este sentido, destacó que el peligro en la demora que es exig-

.....

(2) Vale la pena tener presente que la cautelar objetada había sido dispuesta en términos en que parecía hacer depender, exclusivamente, de la voluntad de los actores la permanencia de la medida ordenada. Ello así, en tanto la cautelar subsistía " hasta tanto recaiga pronunciamiento

ble para disponer medidas cautelares debe ser sopesado también con el perjuicio que acarree para aquel contra quién ésta se ejecuta. En definitiva, es posible ubicar los lineamientos trazados en este pronunciamiento dentro de los límites que resultan de las reglas normativamente impuestas para todo supuesto en que se disputa la permanencia de una medida de esta especie (principalmente, aquéllas que emanan de los arts. 202 a 204⁽³⁾ CPCCN), y que sostiene la afirmación de que las decisiones relativas a medidas cautelares no causan estado;⁽⁴⁾ razón que determina, asimismo, que a su respecto no sea predicable que las decisiones que conceden una medida cautelar gocen de la inmutabilidad propia de la cosa juzgada.⁽⁵⁾

.....

en la acción de fondo a promoverse”, dispositivo que impone una doble condición para que la cautela caiga: (i) que los actores efectivamente promuevan una demanda de fondo por cuyo intermedio cuestionen la aplicación de la normativa cuya suspensión fue requerida; (ii) que en esa demanda “recaiga pronunciamiento”; dispositivo que hubiera podido conducir al yerro de afirmar que esa cautela se sostuviera eternamente si, *v.gr.*, los actores no hubieran iniciado la demanda.

(3) Art. 202.- CARÁCTER PROVISIONAL “[l]as medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento”; Art. 203.- MODIFICACIÓN “[e]l acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada // El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere //La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de CINCO (5) días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias”; Art. 204.- FACULTADES DEL JUEZ “[e]l juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger”.

(4) A este respecto, la CSJN ha señalado que “[l]a resolución que hace lugar a medidas cautelares ajustándose a las particularidades del caso, es siempre provisional, y corresponde que sea modificada o suprimida ‘si la situación ulterior lo aconseja’ atendiendo a la variación o la invalidez de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se las dispuso. La invocación de la cosa juzgada material o formal no puede, pues, impedir que se dejen sin efecto medidas de esa índole notoriamente perjudiciales, si de algún modo han perdido vigencia las ‘singularidades del caso’. Tanto para ordenarlas como para mantenerlas, el juez debe atender a una situación circunstancial, objetivamente ponderada, en la inteligencia de que habrá de procederse luego y sin demora al examen del fondo del asunto” (Fallos 289:181).

(5) Cabe recordar que la CSJN tiene dicho que “[e]l régimen de la cosa juzgada abarca dos aspectos conexos: a) la estabilidad de las decisiones judiciales, que es exigencia primaria de la seguridad jurídica, y b) el derecho adquirido que corresponde al beneficiario de una sentencia ejecutoriada, derecho que representa para su titular una propiedad *lato sensu*” (Fallos 155:302), en tanto “[l]os derechos reconocidos en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada han quedado incorporados al patrimonio y protegidos por el art. 17 de la Constitución Nacional” (Fallos 307:1709).

Justamente, que esta clase de decisiones no pase en autoridad de cosa juzgada es la base sobre la que se erige la posibilidad de modificar, en cualquier momento, los términos de la medida trabada (aun cuando no hubiera habido una variación en las circunstancias bajo las cuales habría sido dictada), o dejarla sin efecto.

No obstante lo dicho en el párrafo anterior, el panorama no quedaría completo si no se hiciera hincapié en que el criterio sentado por la CSJN respecto de la necesidad de acotar temporalmente la medida, lo fue en el contexto de un recurso deducido por el Estado Federal con el objeto de impugnar una decisión que lo perjudicaba; por tal motivo, aun cuando es posible afirmar que el criterio a que me vengo refiriendo pareciera no exceder de la aplicación al caso de una regla que rige un universo más amplio, no debe perderse de vista que el caso en que se decidió dar esta proyección a la “regla de provisoriedad” de las cautelares lo fue en uno en que el Estado era parte; dato que cobra especial relevancia en el marco de un sistema judicial en el que los efectos de las decisiones son *inter partes* y, en tales condiciones, no resultaría, necesariamente, posible extrapolar las conclusiones allí expresadas a procesos cuyas características contienen una variación tan relevante como la distinción entre procesos en que se disputan derechos dos particulares, y aquéllos en que un particular disputa un derecho con el Estado.

El propio Poder Ejecutivo Nacional anuncia una interpretación acerca del margen de aplicación del criterio en comentario, al afirmar —en el Mensaje que acompañó al proyecto de ley, que luego se convirtió en la ley 26.854— que “...la doctrina del Alto Tribunal, preocupada en armonizar el ejercicio de las facultades constitucionales de los poderes públicos con el derecho a la tutela judicial efectiva, *ex officio* ha considerado que, para evitar la desnaturalización del carácter provisional que las informa, las medidas cautelares deben estar sujetas a un límite razonable de vigencia”,⁽⁶⁾ interpretación en que sustentó la conclusión de que el proyecto de ley que acompañaba el mensaje “...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”.⁽⁷⁾

.....
(6) Ver Mensaje PEN n° 377/2013, Expte PE/6/S/13.

.....
(7) *Ibid.*

El Estado Federal apoyó la necesidad de contar con una regulación específica en la materia, como también en otras razones tales como la ausencia de un régimen orgánico que regule el proceso judicial frente a las autoridades públicas en el ámbito nacional; la necesidad de compatibilizar las prerrogativas estatales y las garantías de los particulares; y el objeto de dar previsibilidad procesal a quienes son parte en el proceso contencioso administrativo.

Desde otro enfoque, con fecha 03/05/2013, se ha presentado un Proyecto de ley que propone “[d]er[oga]r por inconstitucional y declara[r] insanablemente nula la ley 26.854”.⁽⁸⁾

Dado que dicho proyecto representa un criterio de pertinencia opuesto a inmediatamente antes sintetizado, entiendo relevante enunciar aquí, entre las razones que animan la propuesta de derogación y declaración de nulidad de la ley 26.854, aquellas que se vinculan al tópico de este acápite.

Los fundamentos que acompañan el proyecto de derogación y declaración de nulidad del régimen contienen un argumento central, consistente en afirmar conculcada la garantía de tutela judicial efectiva, bajo la comprensión de que la ley apunta a recortar (ilegítimamente) el campo de operatividad de las medidas cautelares. Se afirma allí que “[c]on este proyecto se crean privilegios especiales a favor del Estado Nacional, impidiendo ejercer en su contra legítimos recaudos procesales de garantía del objeto reclamado, en procura de tutela judicial efectiva (...) crea[ndo] un fuero personal (entendido como prerrogativa) a favor del [E]stado...”.

Reseñado, como quedó, el panorama de argumentos que se han esbozado desde dos ángulos que resultaron contrapuestos, entiendo que existen algunas buenas razones para inclinarse por la respuesta afirmativa a la pregunta acerca de la pertinencia de la existencia de una regulación específica en la materia. Para explicar esas razones, es necesario partir de una comprensión y enfoque determinado de la organización del poder que viene constitucionalmente fijado:

- i. Es el Congreso aquel que tiene predominantemente a cargo el ejercicio de la función legislativa, ámbito dentro del cual se ubica la fijación de políticas

.....

(8) Ver art. 1° del proyecto registrado en el Expte. N° 2661-D-2013.

- públicas que orientan el destino del país —dentro del marco que brinda la Constitución de la Nación Argentina (en adelante, CN)—.
- ii. En el ejercicio de esa competencia, las disposiciones normativas que prescriban políticas serán resultado de la voluntad general, en la medida que emanan del órgano con más amplia representación de mayorías y minorías.⁽⁹⁾
 - iii. El Poder Ejecutivo Nacional opera dentro del margen que fija el legislador al diseñar las políticas públicas a las que me referí. En consecuencia, a él corresponde predominantemente la ejecución de esas políticas y su complemento, cuando el ejercicio de la función reglamentaria aparece necesaria. Ello, claro, sin perder de vista que, bajo las condiciones establecidas en el art. 99, inc. 3 CN, podría avanzar en una medida de contenido legislativo que, a la vez, implique la adopción de una política; pero, de todos modos, también en este supuesto el ejercicio de dicha competencia queda sujeto a la condición resolutoria de que el Congreso no se oponga a la medida adoptada.⁽¹⁰⁾
 - iv. Al Poder Judicial Federal le cabe velar por los derechos de las personas que pudieran verse conculcados, predominantemente las minorías, en este escenario.⁽¹¹⁾
 - v. Hay un interés general en que las políticas públicas diseñadas sean ejecutadas, por lo que su paralización o suspensión debe ser dispuesto con prudencia: los intereses que podrían resultar afectados son los de toda la sociedad, cuya voluntad resulta ampliamente representada en el Congreso de la Nación.

El enfoque desde una perspectiva constitucional no puede ser desplazado al tiempo de abordar el análisis de pertinencia de un régimen que abarque al Estado como sujeto de regulación; ello no implica que el régimen que

(9) No es posible perder de vista que, dado el modo en que se componen la Cámara de Diputados y la de Senadores (cfr. arts. 45 y 54 CN), en cada una de ellas la representación de un amplio espectro del electorado viene garantizada. "[La] naturaleza de[el] poder [del Congreso] es ser más amplio, más general, más directamente derivado del pueblo mismo, cuya soberanía ejercita más de cerca y en sentido más estricto; pero también es limitado, y enumerado explícita e implícitamente. 'En su conjunto, el Poder Legislativo Nacional es la representación del todo de la Nación, y para que esto sea una realidad, debe ser la expresión genuina de la opinión pública, de la voluntad de las partes que componen el todo'" (en GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, Buenos Aires, Estrada Editores, 1959, p. 328).

(10) Ver art. 99, inc. 3 CN.

(11) Los lineamientos anteriores son resultado del sistema de división de poderes diseñado por la Constitución de la Nación Argentina, en tanto " los poderes que ha establecido nuestra Constitución [son]: el Legislativo para dictar la ley, alterarla y suspenderla según su voluntad y conforme con la Constitución; el Ejecutivo para cuidar que la ley se cumpla y observe; el Judicial para que la interprete y aplique a casos en que se susciten conflictos sobre lo que se ha hecho u omitido bajo su imperio" (en GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, op. cit., pp. 310/311).

regule las cautelares requeridas por o dispuestas contra el Estado no deba ser igual, o muy similar, a aquél que rija procesos entre particulares. Lo que sí implica es que ese régimen que lo abarque debe receptor que ese Estado debe, por mandato constitucional, tener una conducción política, que ciertamente puede ser paralizada o suspendida preventivamente, pero bajo condiciones que tengan en cuenta el interés social que podría verse involucrado, cuya proyección resulta muy difícil de anticipar si no se cuenta con las herramientas con que, a ese fin, están dotados principalmente los órganos políticos del Estado.

En suma, establecer un régimen específico que rodee de recaudos las decisiones capaces de paralizar o suspender la ejecución de políticas públicas diseñadas por los representantes de la voluntad general, no es sino uno de los medios de que dispone el legislador para poner en ejercicio los poderes constitucionalmente diseñados (cfr. art. 75, inc. 32 CN).

3 |

Establecido lo anterior, abordaré en las líneas siguientes sólo algunas de las innovaciones que introdujo la ley en la materia; ellas abarcan:

- i. Medidas cautelares dictadas por juez incompetente (art. 2°).
- ii. Intervención de la autoridad pública demandada con carácter previo al dictado de una medida cautelar (art. 4°).
- iii. Vigencia temporal de las medidas cautelares (art. 5°).
- iv. Efectos de la apelación (art. 13, inc. 3).

3.1 | Medidas cautelares dictadas por juez incompetente (art. 2°)

Vale la pena transcribir aquí el art. 2° de la ley:

“1. Al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia, si no lo hubiere 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”.

Es fácil advertir que la norma prevé dos escenarios distintos, según la índole de los derechos en juego. Así, establece una precalificación normativa de la urgencia.

El art. 2° de la ley introduce dos universos de derechos en juego, que luego va a emplear como parámetro para encauzar el trámite de la medida, aunque no limita a ellos los escenarios en que está dispuesta a hacer excepción a las reglas, cuando la urgencia venga justificada por la vulneración de otros derechos. Distingue, en este orden, un universo compuesto por dos categorías —y el restante universo, por *default*—: (i) supuestos en que sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso invoquen comprometida la vida digna, conforme la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), la salud o un derecho de naturaleza alimentaria; (ii) supuestos en que se trate de un derecho de índole ambiental.⁽¹²⁾

(12) El colectivo enunciado en el punto (i) viene referido como “sector socialmente vulnerable”; los términos empleados por la disposición normativa, aunque probablemente inspirada en propósito de ampliar de ese modo su horizonte de proyección, operan como guía para el órgano que deba adoptar la decisión, pero libra a la casuística judicial la definición de los contornos de dicho colectivo. La referencia a “vida digna”, con remisión a la CADH, también padece de notable vaguedad que, por ello, quedará librada a las reglas de interpretación a que suelen acudir los jueces. A este respecto, introducir condiciones de aplicabilidad normativa en estas características importa ampliar las atribuciones jurisdiccionales y, correlativamente, reducir el ejercicio de las legislativas en la definición política. Sin perjuicio de lo señalado, y si bien entiendo sumamente relevante el análisis profundo de la terminología empleada, no me detendré en esta oportunidad sobre este punto, dado que requeriría un desarrollo que excedería el marco del presente ensayo.

Además, impone una regla: el juez convocado a dictar una medida cautelar contra el Estado debe analizar, en primer lugar, si resulta competente para conocer en la causa. Si concluye que no lo es, entonces la ausencia de jurisdicción implica la imposibilidad de pronunciarse acerca de la cautelar requerida. El objetivo de la norma es evitar uno de los aspectos —la selección del Tribunal que resuelva— de lo que la doctrina ha dado en llamar el *forum shopping*,⁽¹³⁾ y asegurar que aquel órgano permanente del Poder Judicial que dicte la medida sea al que corresponda, en definitiva, el conocimiento de la causa. La regla introducida importa acentuar la previsión del art. 195 CPCCN que, si bien prevé que “[l]os jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia” inmediatamente después resta fuerza prescriptiva a la previsión al agregar que “[s]in 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”.

Asimismo, queda excluido expresamente aquel universo comprendido por el inc. 2 del art. en comentario; ello aparece como resultado de afirmar que la urgencia viene normativamente precalificada. Se trata de situaciones contempladas por la norma a las que confiere prioridad. También quedan excluidos todos aquellos procesos en los que el reconocimiento del derecho afectado se busca por la vía de amparo (cfr. art. 19 de la ley en comentario). Es decir, la ley prevé una amplísima gama de excepciones, todas ellas guiadas por los parámetros de urgencia (algunos de ellos precalificados normativamente) y de la verosimilitud del derecho (que, en el caso del amparo, acompaña necesariamente a la condición de manifiesta de la arbitrariedad o ilegalidad invocada).

Sin embargo, un escenario que no viene expresamente resuelto por la ley está dado por los supuestos en que el art. 4º justifica la adopción de medidas interinas que resguarden el derecho cuya afectación se aduce (siempre que concurren circunstancias graves y objetivamente imposterables); ello no obstante, entiendo que el presupuesto fáctico previsto en la norma, y el tratamiento que a él se le da (la adopción de una medi-

(13) Estrictamente, no se trataría de evitar el *forum shopping*, porque este abarcaría, no sólo la selección del Tribunal, sino también la del derecho aplicable (ver PALACIO, LINO ENRIQUE, “Forum Shopping por aplicación de uno de los sistemas de asignación de causas?”, en LL, 2005-A, 195).

da que proteja el derecho hasta tanto quede evacuado el informe a que alude el mismo art. que instituye dicha medida) conduce a efectuar una interpretación sistemática de la ley, a partir de la cual estas medidas podrían también ser dictadas por juez incompetente; ello, en la medida en que, aún cuando constituyen una especie dentro de las cautelares, poseen requisitos propios que también (como los supuestos del art. 2º, inc. 2) apuntan a calificar la urgencia de la medida. Desde este punto de vista, si estos supuestos justifican la posibilidad de la adopción de alguna medida con carácter previo a la intervención de la autoridad demandada, pareciera que también deberían justificar su inclusión dentro de las excepciones a la ineficacia de las decisiones tomadas por juez incompetente.

Finalmente, para los supuestos en los que la adopción de medidas por juez incompetente viene habilitada, la ley impone al juez competente la revisión de oficio de aquélla, dentro del plazo de 5 días.

3.2 | Intervención de la autoridad pública demandada con carácter previo al dictado de una medida cautelar (art. 4º)

La ley prevé la intervención de la autoridad pública demandada con carácter previo a que sea adoptada una decisión acerca de la medida cautelar requerida. Esa intervención tiene un doble carácter: por un lado, un pedido de informe; y, por el otro, un traslado.

En cuanto al pedido de informe, le da ocasión a la autoridad pública para expresar si existe interés público comprometido en la cuestión, ya que es ella la que se encuentra en mejores condiciones de ilustrar acerca de los efectos que la medida podría acarrear sobre la ejecución de políticas públicas a su cargo o proyección de una cautelar sobre el interés público que el obrar o la omisión objetada tenderían a realizar. En cuanto al traslado, en la misma oportunidad, la autoridad debe manifestar lo conducente a su derecho para, en su caso, oponerse a la admisibilidad y procedencia de la medida.

Uno de los antecedentes normativos que el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo Nacional afirma haber tenido en cuenta para introducir esta previsión fue la ley 2145 —vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, cuyo art. 15 prevé la existencia de un traslado a la autoridad pú-

blica cuando la medida solicitada comprometa la prestación de un servicio público o afecte una función esencial de la administración.⁽¹⁴⁾ La ley 26.854 es notablemente más amplia, en este aspecto, al prever que el informe y el traslado sean dados como regla en todo trámite cautelar, pero, a la vez, esta amplitud queda equilibrada al incorporar la figura de las “medidas interinas”, sin perjuicio de dar al juez la potestad de exceptuar del paso de la intervención previa de la autoridad en los supuestos de urgencia precalificada del art. 2º, inc. 2.

La figura de las “medidas interinas” busca neutralizar los perjuicios que podría irrogar el plazo consumido a raíz de la intervención previa de la autoridad administrativa, puesto que opera durante ese lapso evitando conculcar la tutela judicial efectiva del promotor de la acción.

Sin perjuicio de lo señalado, entiendo que la finalidad tenida en miras por el legislador al introducir esta figura de las “medidas interinas” hubiera encontrado mayor y mejor resguardo si, en lugar de limitar su vigencia hasta la oportunidad en que fuera evacuada la intervención de la autoridad pública (o vencido el plazo para ello), la hubieran extendido hasta que se venciera el plazo para que el juez interviniente se pronunciara acerca de la cautelar, una vez vencido el lapso para que la respectiva autoridad evacúe el informe y conteste el traslado; o bien si, mediante algún otro giro, no hiciera caer la medida inmediatamente, al ser evacuado el informe o vencido el plazo para ello.

3.3 | Vigencia temporal de las medidas cautelares (art. 5º)

Otro de los aspectos novedosos de la nueva regulación, y que ha generado reparos en la doctrina,⁽¹⁵⁾ se vincula al plazo de vigencia previsto para las medidas cautelares.

(14) Textualmente, el segundo párrafo del art. 15 de la ley 2145 dice: “Cuando la medida cautelar solicitada afectase la prestación de un servicio público o perjudicara una función esencial de la administración, el juez previamente le correrá traslado a la autoridad pública demandada para que se expida dentro de un plazo máximo de dos (2) días sobre la inconveniencia de adoptar dicha medida, pudiendo el juez rechazarla o dejarla sin efecto”.

(15) Ver, v.gr., ARAZI, ROLANDO, “El Estado y las medidas cautelares (ley 26854)”, en JA 11, 2013-II, p. 3 y ss.; MAURINO, ALBERTO L., “Las medidas cautelares contra la Administración

El art. 5° de la ley prevé que, en oportunidad de ser otorgada la medida cautelar, debe fijarse su plazo de vigencia, el cual no puede exceder los seis meses (o tres, si se trata de procesos sumarísimos o juicios de amparo), salvo que los derechos en juego sean los previstos en el art. 2°, inc. 2). A este respecto, las críticas rondaron, en general, la idea que la imposición de una vigencia temporal limita las atribuciones de los jueces (o implica una intromisión en ella) y que resulta irrazonable obligar al levantamiento de la medida si subsisten las circunstancias que la justificaron.⁽¹⁶⁾

La visión que propongo es, en cambio, y nuevamente, una que parte de las reglas establecidas, sobre las cuestiones involucradas, por la CN.

El art. 75, inc. 20 CN establece, como una de las atribuciones confiadas al Congreso, la de “[e]stablecer tribunales inferiores a la *Corte Suprema* de Justicia; crear y suprimir empleos, **fijar sus atribuciones**, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales” (sin resaltar en el original). Esa disposición se complementa con la previsión contenida en el inc. 32, según la cual también le compete al Congreso “[h]acer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”. También a él le corresponde, consistentemente, la definición de “causa” a que se refiere el art. 116 CN, claro que para ello debe respetar los parámetros que fija la CN.⁽¹⁷⁾

El panorama enunciado implica que una objeción vinculada a la delimitación normativa de las condiciones en que deben ejercer sus atribuciones los jueces, solamente puede tener sentido si, a la vez, se asume que esa delimitación dejó poderes constitucionalmente concedidos fuera del campo de acción del Poder Judicial. A ese fin, uno de los parámetros que podría emplearse para medir si hay exceso legislativo (es decir, avance del Congreso sobre atribuciones del Poder Judicial) podría ser la razonabilidad. En ese contexto, la ley habilita la prórroga de la medida, a cuyo fin no prevé límites a las oportunidades en las que podría ser concedida la

Pública. Ley 26.854”, en JA 11, 2013-II, pp. 51/52; ROJAS, JORGE A. y MORENO, ROMINA S., “La democratización de la justicia y la potestad cautelar”, en ED, n° 13.298, año LI, ED 253, p. 4.

(16) Ver ARAZI, ROLANDO, “El Estado y las medidas cautelares (ley 26.854)”, *op. cit.*, p. 7.

(17) Fallos 332:111; 333:1023.

prórroga, y sólo exige al juez que vuelva a valorar el interés público comprometido y que la prórroga sea fundada (lo que excluye la posibilidad de que sea automática).

Entonces, la fijación de un plazo (de seis meses, o tres, según el caso) no implica que, a su término, decaiga necesariamente la medida. La prórroga es posible y los requisitos para que ella proceda conducen únicamente a colocar al juez interviniente en condiciones en que debe examinar, al menos cada seis o tres meses (según la índole del proceso), la subsistencia de las razones que justificaron la concesión inicial. Lo dicho importa que no parece una intromisión del legislador la introducción de una vigencia temporal, sino el ejercicio de una competencia que le ha sido constitucionalmente conferida, que abarca fijar las atribuciones de los tribunales inferiores respetando los límites que impone la CF, y canalizando dichas atribuciones a partir de la definición de qué es una "causa" en los términos del art. 116 CN. Desde otro ángulo, tampoco es posible deducir de la disposición que la única interpretación posible a su respecto sea una según la cual, de subsistir las circunstancias que motivaron la medida, ésta deba levantarse; y, habiendo otras interpretaciones disponibles, sabido es que debe elegirse aquélla que ponga a las normas en armonía con las disposiciones de jerarquía constitucional, y no lo inverso.⁽¹⁸⁾ Se trata de una modulación de la provisoriedad propia de la tutela cautelar, que aquí posee una reglamentación particularizada y que hace pesar sobre su promotor la carga de mostrar la subsistencia de la necesidad de la medida, así como sobre el juez pesa la evaluación acerca de la ocurrencia de dicho extremo, en conjunción con la conducta procesal de las partes (cfr. art. 5º, cuarto párrafo).

3.4 | Efectos de la apelación (art. 13, inc. 3)

El último de los tópicos propuestos tiene que ver con el efecto suspensivo previsto para la apelación frente a medidas que suspenden, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico. En este cambio también se exceptúa a los supuestos de urgencia precalificada por el art. 2º, inc. 2 de la ley; y a los supuestos en los

(18) Fallos 304:1733, entre muchos otros.

que el pedido de restablecimiento del derecho en juego tramita por la vía de amparo (cf. art. 20 de la ley).

En primer lugar, resulta necesario delimitar el campo normativo alcanzado por el art. 13, inc. 3. En este orden de ideas, aquellas disposiciones normativas a las que alude el art. en comentario abarcan las leyes en sentido formal sancionadas por el Congreso y promulgadas totalmente por el Poder Ejecutivo Nacional; las leyes sancionadas por el Congreso y sobre las que recayó una promulgación parcial en los términos del art. 80 CN; los decretos de necesidad y urgencia cuyo dictado atribuye el art. 99, inc. 3 CN; y, finalmente, aquéllos que sean producto del ejercicio de delegación legislativa, en los términos del art. 76 C.⁽¹⁹⁾

En tales condiciones, la disposición normativa en comentario opera para rodear de mayor protección a los supuestos en los que un individuo puede, por intermedio de una medida cautelar, sustraerse de la aplicación de un régimen general. En este terreno, aun cuando esa finalidad aparece como una legítima aspiración a evitar desigualdades o privilegios, podría proyectar efectos irrazonables si no se interpretase sistemáticamente con el resto del sistema que instituye la ley. En efecto, una aplicación aislada de esta disposición podría excluir incluso a los supuestos a los que alude el art. 3° y que justifican el dictado de una medida interina, lo que sí conduciría a vulnerar la tutela judicial efectiva.

4 |

A partir de todo lo dicho, entiendo que una visión que parte de un enfoque constitucional del asunto conduce a afirmar pertinente la existencia de una regulación que nutra a los procesos en los que tramitan medidas cautelares de los recaudos necesarios para evitar el exceso jurisdiccional, una paralización o suspensión no suficientemente justificada de la ejecución de políticas públicas y la desigualdad producto de sustraer a individuos de la sujeción a regímenes generales.

La ley 26.854 posee varias innovaciones, dentro de las cuales he pasado revista de las relativas a la oportunidad y efectos de declaración de incompetencia del juez frente al cual se planea la medida cautelar (art. 2°); la necesi-

(19) Ver ley 26.122.

dad de dar intervención de la autoridad pública demandada con carácter previo al dictado de una medida cautelar (art. 4°); la vigencia temporal de las medidas cautelares (art. 5°); los efectos de la apelación (art. 13, inc. 3). Sobre estos tópicos, en particular, la regulación se presenta, en términos generales, como una alternativa constitucionalmente válida a partir de las competencias que la CN asigna al Congreso de la Nación; sin perjuicio de señalar que el texto posee algunas vaguedades sobre las que sería preciso operar.
