

EL PLAZO Y OTRAS RESTRICCIONES A LAS MEDIDAS CAUTELARES. A PROPÓSITO DE LA LEY 26.854

Cassagne, Ezequiel

Publicado en: Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 23/05/2013, 55

En estos últimos años hemos visto que distintos miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación propusieron en algunos de sus votos limitar la vigencia de las medidas cautelares que se obtienen en los procesos judiciales.

Así surgió del voto de la mayoría en la ya famosa causa "Clarín", del 10 de octubre de 2010, por medio del cual la Corte si bien desestimó el recurso extraordinario presentado por el Estado Nacional que pretendía revocar la medida cautelar que había suspendido la aplicación del artículo 161 de la ley de medios audiovisuales 26.522, esto es, la cláusula que fijaba a la actora un plazo de un año para desinvertir y vender sus canales y radios, *obiter dictum* aconsejó la fijación de un plazo razonable para la vigencia de la medida cautelar -ex officio o en su defecto, a pedido de parte- en el entendimiento que la sentencia de fondo podría demorar un tiempo excesivo, y ello permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado. Los jueces Argibay y Petracchi no adhirieron a este voto, y simplemente desestimaron el recurso extraordinario por no dirigirse contra una sentencia definitiva o asimilable a tal. [\(1\)](#)

Hace dos años, en fecha 15 de marzo de 2011, la Corte dictó sentencia en la causa "Radio y Televisión Trenque Lauquen", en la que también desestimó un recurso extraordinario del Estado Nacional contra la medida cautelar dictada a favor de la actora en las dos instancias inferiores, por medio de la cual se ordenó al Estado Nacional que se abstuviera de autorizar la transferencia de una licencia de radiodifusión a dos empresas extranjeras en violación de lo dispuesto por la Ley de Radiodifusión 22.285 (Adla, XL-D, 3902), la Ley de Bienes Culturales 25.750 (Adla, LXIII-D, 3817), y ahora la nueva Ley Medios Audiovisuales 26.522 (Adla, LXIX-E, 4136).

En esta causa, el voto de los jueces Fayt, Argibay y Petracchi se limitó a declarar la inadmisibilidad del recurso por no dirigirse contra una sentencia definitiva. Pero los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, además de desestimar el recurso del Estado por esa misma causal, volvieron a aconsejar la fijación de un plazo razonable de vigencia de la medida cautelar, de oficio o a pedido de parte. En este voto conjunto, que a diferencia del caso "Clarín" no logró mayoría, se sostuvo, entre otras cosas, que la prolongación indefinida de una medida precautoria constituye una verdadera desviación del objetivo tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto cautelar, y que dicha situación no encuadra en la mala fe procesal pero constituye un abuso del derecho que no debe ser tolerado por los magistrados. [\(2\)](#)

Si bien estas ideas, elaboradas en un contexto determinado, no tuvieron muchos adeptos en la doctrina especializada ni en la jurisprudencia, recientemente el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.854, que regula las medidas cautelares en las causas en las que el Estado es parte o interviene, en el marco de un controvertido plan de reforma judicial amparado bajo el lema de "democratización de la justicia", donde lamentablemente el legislador no se ha privado de consagrar positivamente la exigencia de la fijación de un plazo a las medidas cautelares, entre otras reglas restrictivas.

Esta novedosa ley de cautelares contra el Estado, promulgada el 29 de abril de este año, establece un conjunto de requisitos y pautas estrictas para el otorgamiento de estas medidas provisionales por parte de los jueces, con la clara finalidad de evitar que el ciudadano pueda obtener una tutela anticipada e inmediata de sus derechos por medio de este instituto procesal arraigado en nuestra cultura cívica y jurídica.

En primer lugar, la ley 26.854 sienta algunas bases generales que los jueces deberían respetar al analizar la procedencia de una medida cautelar determinada. Así se establece, por ejemplo, que los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, o incluso distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias. (3) Esta exigencia, por sí sola, persigue eliminar directamente la gran mayoría de las medidas cautelares contra el Estado, pues gran parte de estas medidas cautelares ciertamente afectan, de uno u otro modo, recursos o bienes del Estado, como es el caso de las medidas cautelares en materia tributaria contra la Administración Federal de Ingresos Públicos.

Al propio tiempo, entre los requisitos de las distintas medidas cautelares que en esta norma se regulan, aparece en todos la necesidad de que la medida no afecte el interés público y que no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. (4) No se nos escapa que los jueces ya antes de esta ley debían valorar el interés público al momento de decidir el otorgamiento de una medida cautelar, en la medida que constituye la finalidad última de toda función estatal, que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia. (5) Lo que sí resulta objetable es la aplicación de este concepto a los fines de restringir la procedencia de las medidas precautorias, invocando en los hechos, como suele hacer el Estado, meras insinuaciones dogmáticas, en un claro propósito de eludir el control judicial suficiente en el caso concreto. (6)

Ahora bien, ¿cuál sería ese interés público en un caso determinado? Ciertamente, el interés público a ponderarse no es el del acto, reglamento o situación de hecho en sí misma, sino el interés público de que se suspenda o no dicho acto administrativo o reglamento, o se mantenga o altere en forma provisional una situación, mientras dure el proceso judicial. En rigor, se debe ponderar si el perjuicio al interés general que supondría dictar una medida cautelar determinada es mayor o menor al derivado de no dictarla. Y como señala Simón Padrós, el criterio del interés público "no puede admitirse sin más, debiendo por el contrario indagarse —en cada caso— la efectiva presencia de las razones de interés general que imponen la ejecución inmediata del acto administrativo. Y ello es así, pues como hemos señalado, no cualquier interés invocado por la Administración Pública será suficiente para concluir en que la suspensión compromete, por sí misma y apriorísticamente, el cumplimiento de fines generales impostergables". (7) A su vez, hay que recordar que el interés público no debe ser aquél perseguido por una administración en particular, sino el de toda la comunidad. (8) De todas formas, nuestra opinión es que, en principio, frente a una ilegalidad manifiesta no es procedente la invocación del interés público. (9)

Por su parte, la exigencia de que la medida cautelar no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles, es inconstitucional y así deberá ser declarada por los jueces, en el marco del respeto al principio de la tutela judicial efectiva. De hecho, muchas decisiones cautelares necesariamente tendrán un efecto jurídico irreversible, siendo además un parámetro tan amplio que puede abarcar a la totalidad de las medidas cautelares otorgadas contra el Estado Nacional. En rigor, toda medida cautelar tiene ciertas consecuencias jurídicas irreversibles y otras no.

La ley 26.854 establece, asimismo, que los jueces deberán, previo a resolver, requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco

días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. [\(10\)](#)

En nuestra opinión, en ciertos supuestos donde el interés público adquiere una importancia relevante, no vemos mal que se corra un breve traslado a la otra parte a los efectos de que pueda ser oída y ejerza su derecho de defensa. Este emplazamiento no atropella el instituto cautelar sino que en algunos casos y circunstancias podría fortalecerlo, no existiendo, ni antes ni ahora, norma que lo prohíba. No obstante ello, hasta el dictado de esta ley, eran los jueces los que en cada caso concreto debían ponderar si era necesario el referido emplazamiento, dado que la técnica de la justicia provisional inmediata requiere de un análisis agudo y particular de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora de cada caso. Ahora, en cambio, se sienta una regla general perniciosa que exige la obligatoriedad del traslado previo, que podría generar injusticias en los casos concretos. Y si bien la nueva normativa prevé que cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez 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, lo cierto es que la ponderación de las circunstancias graves generará un sinnúmero de planteos, que pondrán en juego la legitimidad de las cautelas, a la par que se darán etapas de protección cautelar —hasta la contestación del referido informe-, seguidas por otras de desamparo —hasta que el juez decida la cautelar-, y nuevamente otras etapas de resguardo provisional —si se decide hacer lugar al planteo cautelar-.

Tampoco debe pensarse que tratándose un breve traslado, no es susceptible de ocasionar daños a los particulares. Resulta cierto que la ley establece un breve traslado de cinco días, pero no es menos cierto que el otorgamiento de la medida cautelar sufrirá más demoras, como consecuencia del procedimiento de todo traslado judicial (providencia que lo ordena, confección de cédulas, confronte, y diligenciamiento). El peligro en la demora de una resolución temprana en el proceso en muchos casos no admitirá la posibilidad de promover traslado alguno, y los jueces deberán o declarar inconstitucional este precepto, o ampararse sin más a la permisión antes descripta. La tutela inmediata no permite dilaciones, si quiere ser efectiva.

Finalmente, en el plano fáctico, no debe descartarse que el Estado, al conocer en forma previa los requerimientos cautelares, disponga todos sus esfuerzos para evitar su concesión, desde su posición privilegiada de poder. En este entendimiento, una ley que permite la posibilidad de que la Administración Pública interfiera en las facultades jurisdiccionales del Poder Judicial, y de esta manera desnaturalizar los derechos de los particulares, en este caso, el de la tutela judicial efectiva, consagrado en nuestra Constitución Nacional y en el Pacto de San José de Costa Rica, se aleja del fin mismo del Estado que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia.

Por último, y antes de volver sobre el análisis respecto al plazo, es importante señalar otras reglas contenidas en la ley 26.854 que entorpecen el buen funcionamiento de la justicia y están orientadas a frustrar el instituto cautelar, a saber: 1) la exigencia de una contracautela material, [\(11\)](#) 2) la exigencia de requerir la suspensión del acto en sede administrativa, [\(12\)](#) 3) el otorgamiento de efectos suspensivos a la apelación de las medidas cautelares que suspendan leyes, decretos de necesidad y urgencia, o delegados, [\(13\)](#) 4) la regulación flexible para las cautelares pedidas por el Estado [\(14\)](#) y 5) la extensión de la procedencia de la vía de la inhibitoria para supuestos de jueces de una misma jurisdicción. [\(15\)](#)

Pues bien, en esta reforma judicial dedicada a las cautelares, el Poder Ejecutivo ha establecido —y el Congreso sancionado-, bajo pena de nulidad, un plazo de vigencia a las medidas cautelares, incluso más exiguo de lo que uno podría

haber previsto: tres meses en los procesos sumarísimos y en los amparos, y seis meses en los procesos ordinarios, (16) previéndose 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 meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable, siendo de especial consideración para la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida.

Asimismo, la norma prevé 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 8° segundo párrafo". Precisamente, este segundo párrafo del art. 8 de la ley indica 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". Va de suyo que, en cualquier caso, siempre la medida cautelar debe subsistir durante la tramitación de la vía administrativa, en la medida que hasta su conclusión, el administrado no tiene habilitada la instancia judicial.

Para comprender las implicancias que tiene fijarle un plazo a las cautelares, en esos términos tan exiguos, no debe olvidarse que el instituto cautelar importa una actividad preventiva que, por medio de una resolución temprana en el mismo proceso, asegura, en forma provisoria, que el transcurso del tiempo que demanda la labor jurisdiccional no perjudique o agrave el menoscabo sufrido al derecho que le asiste a la parte, situación que de no resguardarse podría provocar que la sentencia que luego se dicte resulte ineficaz. (17)

En efecto, la necesidad de una cautela se debe a que la satisfacción inmediata de una pretensión de conocimiento o ejecución resulta materialmente irrealizable. (18) Y para proteger ese derecho existe en nuestro ordenamiento el proceso cautelar, cuya finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en el proceso al que accede. En tal sentido, el proceso cautelar es accesorio a otro proceso.

Resulta oportuno recordar al profesor Palacio, cuando nos enseñaba que el proceso cautelar "es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva". (19) En este entendimiento, Calamandrei explicaba que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismo. Por tal motivo, este autor entendía que la cautelar es provisoria en el fin. (20)

El fundamento de la garantía jurisdiccional cautelar se encuentra vinculado a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial. Por ello, conforme lo establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los jueces pueden conceder medidas cautelares en toda clase de juicios, siempre que el derecho fuere verosímil y existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

Sin embargo, ahora nos enfrentamos a una ley que atenta contra el instituto cautelar en sí mismo, en la medida en que se postula la fijación de plazos de vigencia para el mantenimiento de las medidas cautelares contra el Estado,

frustrando así su razón de ser, esto es, la urgencia de una protección judicial y el grave peligro de que esa protección se demore.

La fijación de un plazo de seis meses de vigencia de las medidas cautelares dictadas en los procesos ordinarios de conocimiento implica desconocer la finalidad del instituto cautelar, como garantía del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y del principio de la tutela judicial efectiva, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica, de jerarquía constitucional.

Como hemos sostenido en otras oportunidades, [\(21\)](#) es impensado fijar en términos generales un "plazo razonable" para las medidas cautelares, que prescinda del peligro en la demora que motiva cada dictado. Es más, si en un caso concreto pudiera establecerse un plazo, la concesión realizada de dicha medida cautelar generaría dudas porque el peligro tendría que justificarse únicamente para cierto plazo de tiempo. ¿Y luego? O desaparece el peligro y la urgencia, lo que lleva a pensar si ciertamente existió o, lo que es peor aún, el ciudadano simplemente queda desprotegido y se frustra definitivamente su derecho.

No debe pasarse por alto que las medidas cautelares son hoy en día la herramienta más eficaz para controlar a la Administración Pública. Fijarles un plazo de vigencia desnaturaliza un instituto importante dirigido a preservar la jurisdicción del Poder Judicial, tan caro a todo Estado de Derecho, y priva a los administrados de una tutela efectiva por parte de los jueces. Hay que tener presente, como señala Juan Carlos Cassagne, que "las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público". [\(22\)](#)

En definitiva, la pregunta que debemos hacernos es, ¿hasta cuándo puede mantenerse vigente una medida cautelar? Si bien la respuesta la encontraremos en cada caso concreto, lo cierto es que puede establecerse un criterio general, que no podría ser otro que reconocer la vigencia de las medidas precautorias siempre que se mantengan las circunstancias que originaron su dictado, o sea, el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, aún habiéndose modificado las causas.

Las medidas cautelares son accesorias, provisionales, inaudita parte y fungibles. Su carácter provisional permite que subsistan mientras duren las circunstancias que las determinaron, y en cualquier momento puede disponerse su levantamiento. Es más, esta posibilidad no se encuentra limitada a la existencia de hechos nuevos, sino también a la valoración de los presupuestos requeridos para su dictado.

Teniendo en cuenta que las medidas cautelares se hallan ordenadas a asegurar la eficacia de una sentencia posterior, las medidas cautelares deberán garantizar el buen fin de ese proceso y, siempre que se mantenga el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, deberán regir hasta la sentencia firme. Su limitación temporal es, en estos casos, una restricción inconstitucional, violatoria de la garantía de defensa en juicio y del principio de la tutela judicial efectiva.

En este punto, vale la pena destacar el pensamiento del gran jurista alemán Schmidt-Assmann, quien sostiene de manera enfática que "junto con la intensidad del control judicial es, sobre todo, la protección cautelar lo que se estima caracteriza a una tutela judicial efectiva de derechos subjetivos". [\(23\)](#)

A partir de la sanción de esta nueva ley, los jueces que no la declaren inconstitucional, tendrán que fijar un plazo máximo de seis meses para cada medida. Si bien la norma permite la prórroga, a petición de parte y previa valoración del juez, por otros seis meses más, nada dice si esa prórroga puede ser

dada por única vez, o si cada seis meses el administrado podrá requerir su extensión. La única interpretación posible, al menos coherente con las garantías constitucionales, es que la prórroga podrá requerirse consecutivamente cada seis meses, de lo contrario estaríamos ante la prohibición absoluta de la tutela cautelar por el mero transcurso del tiempo.

Ahora bien, como hemos indicado al comienzo de este trabajo, algunos jueces de la Corte Suprema venían propiciando la idea del plazo de duración razonable de las medidas cautelares. Y la respuesta del Poder Ejecutivo, convalidada por el Congreso, ha sido la de fijar el término máximo de seis meses. Si bien nuestra opinión se orienta a rechazar de plano la fijación de un plazo genérico de duración de estas medidas, cabe preguntarnos si el plazo de seis meses resulta ser razonable.

Para Linares Quintana, "lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común". (24) Por su parte, Bidart Campos advierte que "no cabe duda que es difícil definir, o siquiera conceptuar, qué es razonable. Alguien puede pensar que se trata nada más que de una pura apreciación subjetiva. Sin embargo, aunque la cuestión sea sutil, resulta susceptible de una estimación objetiva. En primer lugar, la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o no es conforme a justicia, lo que tiene razón suficiente... En segundo lugar, el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hace posible vivenciar al razonabilidad y su opuesto, la arbitrariedad". (25)

Sagüés distingue tres exámenes de control razonabilidad que pueden realizarse a las normas y a los actos administrativos. El primero consiste en un test de razonabilidad normativa, en el cual se deberá analizar la coherencia de estos con la norma constitucional; el segundo es un análisis de razonabilidad técnica, esto es, que exista una apropiada adecuación entre los fines de la ley y los medios para lograrlos y, finalmente, un test de razonabilidad axiológica, que apunta valorar su sentido de justicia. (26)

Pues bien, resulta bastante claro que esta nueva norma ha reprobado el primero de los tests. Ya hemos aludido a la inconstitucionalidad de la misma, en particular a la violación de la garantía constitucional de defensa en juicio y al principio de la tutela judicial efectiva, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica.

Con relación al análisis de razonabilidad técnica, es dable precisar que la lentitud del proceso judicial no debe beneficiar a ninguna de las partes. Ni a aquél que obtiene una medida cautelar, ni a aquél que se ve perjudicado por su dictado. En todo caso, existe un código de rito que establece plazos de caducidad para garantizar la conducta procesal de las partes, y cada parte se encuentra en condiciones, frente a la inercia de la otra, de impulsar el proceso. Al propio tiempo, los jueces podrán en cada caso concreto analizar el comportamiento procesal de las partes, e incluso pueden condenar a pagar daños y perjuicios si el requirente abusó o se excedió en el derecho que le ley otorga para obtener una medida cautelar.

En rigor, es un error que el Estado centre su preocupación en el plazo de vigencia de las medidas cautelares. Por el contrario, el problema resulta ser el tiempo que depara cada proceso. Y en nuestro país, muchas causas suelen durar más de diez años, sobre todo si se genera una etapa probatoria importante. Los esfuerzos debieron orientarse a acortar los plazos de los procesos, mediante la utilización de nuevas herramientas tecnológicas, y así generar una mayor eficiencia. En cambio, a partir de esta nueva ley se pretende impedir y obstaculizar el funcionamiento de las medidas cautelares y la tutela judicial efectiva. Ni siquiera se advierte que, en

muchos casos, ni las medidas precautorias alcanzan a proteger el derecho de las partes frente a la eternidad de los procesos. Por otra parte, si sólo se hubiera tratado de proteger a la parte perjudicada por una medida cautelar, en su momento propusimos una alternativa interesante, que implicaba la modificación del código procesal por ley formal, y que consistía en establecer un plazo reducido de caducidad del proceso de fondo para aquella parte que hubiera obtenido una medida precautoria. Por ejemplo, reducir para estos casos la caducidad del proceso ordinario de seis meses a tres. [\(27\)](#)

Es evidente, a nuestro criterio, la irrazonabilidad técnica de la ley 26.854, así como también su irrazonabilidad axiológica. Veamos cómo operaría en los casos concretos, para realmente comprender su sentido de justicia. No debe olvidarse que es también tarea del jurista, del legislador, del magistrado y del funcionario, comprobar los efectos de los sistemas que rigen las relaciones jurídicas. En tal sentido, ya hicimos referencia a la prolongación desconsiderada de los procesos judiciales, durante los cuales es necesario, en algunos casos, contar con una tutela anticipada para evitar la frustración, durante ese trascurso de tiempo, del derecho que se reclama. Ahora bien, es oportuno destacar que en los procesos contra el Estado, el Congreso dispuso una exigencia innecesaria, oculta en una ley de emergencia económica, que establece que en todos esos juicios se suspenderán los plazos procesales hasta que el tribunal de oficio o la parte actora comuniquen a la Procuración del Tesoro de la Nación su existencia. Dicha normativa también estipula que la Procuración tendrá en esos casos un plazo de veinte días a partir de la notificación para tomar la intervención que ella considere pertinente, vencido el cual se reanudarán los términos procesales. [\(28\)](#) La misma ley prevé que recién a partir del vencimiento de dicho término, se procederá a dar vista al fiscal, para que se expida acerca de la procedencia y competencia del tribunal. [\(29\)](#)

En este escenario, el particular que obtiene una medida cautelar por el término máximo que esta nueva ley autoriza —esto es, seis meses-, y luego inicia el proceso ordinario dentro de los diez días hábiles judiciales que le permite el ordenamiento, se enfrenta a todo un procedimiento engorroso que dura en los hechos aproximadamente dos meses —ciertamente, la Procuración del Tesoro de la Nación nunca se expide sobre los juicios, y deja correr el plazo de 20 días- para estar recién en condiciones de correrle traslado de la demanda al Estado Nacional. Vale decir, al plazo de seis meses uno debería restarle aproximadamente dos meses, en el cual el impulso del expediente se entretiene en cuestiones que no permiten su eficaz avance. A ello hay que agregarle luego el plazo excepcional que el Estado cuenta a los fines de contestar demanda, que es de sesenta días hábiles judiciales, en contraposición con el plazo que tiene cualquier particular, que es de quince días. [\(30\)](#)

En tal entendimiento, la nueva ley que regula las cautelares exigirá, incluso en casos de probada celeridad, la petición de prórrogas del plazo de vigencia de las medidas cautelares aún antes de las respectivas contestaciones de demanda por parte del Estado Nacional. Por cierto, una exigencia a todas luces irrazonable, que demuestra una ignorancia absoluta de los procesos contra el Estado o, lo que es peor, un desprecio al administrado.

Tampoco se nos escapa el hecho de que el Estado -al igual que lo que ocurrirá con la obligada bilateralización de las medida cautelares-, dispondrá todos sus esfuerzos para evitar, en este caso, la prórroga de las mismas, desde su posición privilegiada de poder.

Este plazo de seis meses es incluso irrazonable a la luz de lo dispuesto por la Corte Suprema en la causa Clarín antes aludida. En dicha causa, el 22 de mayo de 2012 la Corte confirmó el plazo de treinta y seis meses de vigencia de dicha cautelar establecido por la Cámara en lo Civil y Comercial Federal, ponderando que

"no resulta irrazonable y se ajusta a los tiempos que insume la vía procesal intentada (acción meramente declarativa), a la prueba ofrecida por las partes y a la naturaleza debatida". [\(31\)](#)

En ese mismo pronunciamiento, en el que se fija un plazo de tres años de vigencia para una medida cautelar en particular, el Alto Tribunal ordenó que dicho plazo contara desde el dictado de la medida cautelar, pues a su criterio la actora — Grupo Clarín— había demorado casi un año en la notificación de la demanda, lo cual a juicio de la Corte, "resultaría demostrativo de un interés más centrado en lo provisional que en la resolución definitiva del pleito".

Si bien, como hemos dicho, no compartimos el criterio de fijar un plazo razonable que no coincida con la finalización del proceso de fondo, es interesante observar que la Corte fijó, en un caso donde estimó que la conducta procesal de la actora no había sido del todo proactiva, un plazo seis veces superior al plazo máximo que por medio de la nueva ley de cautelares pretende imponérsele arbitrariamente a los jueces.

Asimismo, en la causa "Clarín", la Corte ha analizado —para bien o para mal— el caso concreto y luego ha establecido el plazo de duración de dicha medida cautelar, ponderando la naturaleza de la materia debatida, el tipo de proceso y la prueba ofrecida. La ley 26.854, por el contrario, fija un plazo general que prescinde de las circunstancias concretas de cada caso en particular. De ahí deriva, también, su irrazonabilidad.

Ahora bien, como era evidente, en la causa "Clarín", la Cámara Civil y Comercial Federal de la Nación tuvo que expedirse nuevamente sobre el plazo de vigencia de dicha medida cautelar, dado que la parte actora, al vencimiento del plazo fijado por la Corte —el ya famoso "7D", término que refiere al siete de diciembre de 2012, fecha en el que se cumplían los tres años de vigencia de la medida cautelar— requirió se prorrogue la medida cautelar hasta el dictado de la sentencia definitiva en la causa de fondo. En dicha oportunidad, el Tribunal, luego de analizar la conducta procesal de la parte actora y el avance del juicio, admitió, de manera acertada, el requerimiento formulado y por ende prorrogar la medida cautelar hasta la sentencia definitiva, "a fin de no alterar significativamente las circunstancias y asegurar la utilidad, oportunidad y eficacia del fallo que habrá de recaer en los autos principales". [\(32\)](#)

Finalmente, la Corte Suprema confirmó este último pronunciamiento jurisdiccional. Para así decidir, el Alto Tribunal entendió que la decisión de prorrogar la vigencia de la medida cautelar por considerar que la acción principal se encontraba en una etapa próxima al dictado de una sentencia de fondo es fruto de una solución posible, siendo además un dato relevante "el hecho de que se hubiera disipado el riesgo de una excesiva prolongación del proceso". [\(33\)](#)

Esta ha sido, a nuestro criterio, una solución que si bien ha servido a la Corte para salir del dilema que el mismo tribunal había creado, contiene elementos distorsivos del instituto cautelar, en la medida que vincula la subsistencia y la eficacia de las medidas cautelares a una duración corta de los procesos, no siendo posible para el administrado en la mayoría de los casos evitar la prolongación de los mismos. Como hemos dicho, las medidas cautelares deben asegurar la eficacia de la sentencia definitiva, y la lentitud del proceso judicial no puede, en modo alguno, perjudicar a la parte que reclama una tutela judicial efectiva. En rigor, la propia lentitud de la justicia es, en sí misma, una afectación grave de la garantía de defensa en juicio y del principio de la tutela judicial efectiva, como ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [\(34\)](#)

Pues bien, como hemos dicho en otra oportunidad, es importante reconocer que nos debemos un código procesal contencioso administrativo que establezca reglas adjetivas claras, no sólo sobre el instituto cautelar, sino sobre todos los procesos contra el Estado. (35) En ese marco se podría haber tratado este tema, y no como se ha hecho, dictándose una ley sumamente restrictiva e inconstitucional sobre el régimen de medidas cautelares contra la Administración.

Esta ley ha sido concebida en el marco de una extrema tensión entre el Poder ejecutivo de turno y distintos medios de comunicación. De hecho, la génesis de la aplicación de un plazo a las medidas cautelares se dio en dos causas donde el Estado Nacional es demandado, referidas a la ley de medios audiovisuales, y otras leyes vinculadas. Esta ley es fruto también de una concepción autoritaria que no tolera la administración de justicia, y que ha decidido no sólo continuar con los constantes agravios que ciertos funcionarios públicos o formadores de opinión efectúan contra los jueces que dictan medidas cautelares contra la Administración, mediante la utilización de frases desafortunadas tales como "justicia delivery", "justicia express", "jueces cautelares" o "justicia cautelar", sino ahora contar con una legislación cautelar que, aun sabiéndose inconstitucional, generará graves problemas a los administrados.

Ya con anterioridad a esta nueva ley, desde la Administración, mediante el dictado de numerosos decretos, y desde el Congreso mediante la sanción de leyes, se ha tratado de impedir el dictado de medidas cautelares en casos concretos, como lo ocurrido con el denominado "corralito financiero" y la congelación de los depósitos bancarios (Decretos 905/02, 1316/02, Ley 25.587), disposiciones que, en esa parte pertinente, fueron declaradas inconstitucionales en más de una oportunidad por distintos fueros jurisdiccionales. (36)

Es en este escenario donde los distintos estamentos de la sociedad deben contribuir al fortalecimiento de las instituciones republicanas, como la justicia, y más precisamente en este caso, el instituto cautelar que la preserva. Confiamos que muchas de las disposiciones de esta ley serán declaradas inconstitucionales por los tribunales competentes. Se encuentran en juego, nada menos, los principios de la tutela judicial efectiva y el de división de poderes.

En definitiva, son los jueces los que en cada caso concreto deberán ponderar si deben otorgar las medidas cautelares requeridas, a pesar de esta normativa inconstitucional, siendo junto con los abogados los responsables de que se abra paso con "resolución y con lucidez la técnica de la justicia provisional inmediata, que se ventila en el plano de las medidas cautelares, impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial en un momento en que la justicia definitiva no puede ser decidida sino tras larguísimos plazos temporales (...) Se comprende fácilmente que el único instrumento hábil para hacer efectiva la justicia en una situación de este carácter, que puede proyectar hacia un futuro virtualmente ilimitado la solución definitiva de los procesos, el único instrumento hábil es este de la justicia provisional que las medidas cautelares hacen posible". (37) Si bien estas reflexiones del profesor García de Enterría han sido concebidas desde el derecho comunitario y europeo, es fácil advertir su proyección a la realidad actual de nuestro país y de todos los sistemas jurídicos iberoamericanos.

(1) Cfr. CSJN, in re "Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares", 10/11/2010.

(2) CSJN, in re "Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. c. Estado Nacional s/incidente de medida cautelar autónoma", 15/03/2011.

(3) Art. 9 de la ley 26.854 (Adla, Bol. 12/2013, p. 1).

(4) Arts. 13, 14 y 15 de la ley 26.854.

(5) Cfr. BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964, p. 180; CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, t. I, 10ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2011, pp. 21 y 748/9.

(6) GONZÁLEZ PÉREZ afirma que "a la hora de decidir sobre la medida cautelar —de suspensión de la ejecución o de cualquier otra que sea necesaria para garantizar la eficacia de la sentencia- ha de tenerse en cuenta no el interés público como algo abstracto, sino el interés concreto en juego", en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cit., p. 2048.

(7) SIMÓN PADRÓS, Ramiro, La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 292.

(8) Al respecto, ESCOLA sostiene que "en ciertas ocasiones, sobre todo en regímenes políticos de sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público "del pueblo", como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la administración pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el Jefe de Gobierno, conductor o leader de turno ... podrá darse la presencia de un interés, en cuanto se trata y consiste en una cosa o un bien a los que se considera valiosos, y que son queridos y pretendidos por quien los propone y define. Pero nunca podrá sostenerse, con propiedad, que ese interés sea un interés público, pues faltará esa coincidencia mayoritaria de intereses individuales que es la que otorga aquel carácter. Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la administración pública, etc. Pero no de un interés público, condición que no adquiriría ni aun cuando ese interés, al que no se ha trepitado en llamar a veces superior, pudiera ser impuesto coactivamente a toda la comunidad: es que el interés público es sólo el resultado de querer voluntaria y libremente formulados, y nunca impuestos forzosamente a los componentes de la comunidad...", en ESCOLA Héctor J., El interés público, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 240/241.

(9) COMADIRA señala que "las nociones de interés público o bien común reconducen no ya al interés propio de la administración sino a los intereses generales de la comunidad a la cual la Administración sirve, por lo que exigir su valoración no supone afirmar, en nuestra opinión, la primacía de un interés público superior al de la propia legalidad del accionar administrativo porque éste no se puede desarrollar, en un Estado de Derecho, en contradicción con aquella..." en COMADIRA, Julio R., Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 257/258. En igual sentido HERNÁNDEZ CORCHETE entiende que si "la actuación administrativa es antijurídica el juez debe olvidarse de la ponderación de intereses y fijarse directa y exclusivamente si concurren el periculum in mora y el fumus boni iuris en el grado establecido por el legislador. En estos casos el interés público por muy trascendente que sea no puede ser usado para justificar la denegación de una medida cautelar.", en HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan A., "Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución Española. Una propuesta para un debate aún abierto", REDA, vol. 13, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 164.

(10) Art. 4 de la ley 26.854. Ya hemos tenido oportunidad de comentar un proyecto de ley del año 2008 que pretendía obligar a los jueces a correrle en todos los casos traslado a la Administración antes del dictado de las medidas cautelares contra el Estado, y establecía otras exigencias inadecuadas que conculcaban el propio fundamento de éstas, es decir, la urgencia. Ver CASSAGNE, Ezequiel, Proyecto de ley polémico sobre medidas cautelares contra la Administración Pública, LA LEY, 2009-D, 1343.

- (11) Art. 10 de la ley 26.854.
- (12) Art. 13, apartado 2, de la ley 26.854.
- (13) Art. 13, apartado 3, de la ley 26.854.
- (14) Art. 16 de la ley 26.854.
- (15) Art. 20 de la ley 26.854.
- (16) Art. 5 de la ley 26.854.
- (17) Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, Las Medidas Cautelares contra la Administración, en AA.VV., Tratado de Derecho Procesal Administrativo, Director Juan Carlos Cassagne, La Ley, Provincia de Buenos Aires, 2007, p. 258.
- (18) GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Control judicial de la Administración. Medidas cautelares", en AA.VV., Derecho Procesal Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 727.
- (19) PALACIO, Lino E., Manual de Derecho Procesal Civil, 14ª ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 773-774.
- (20) CALAMANDREI, Piero, Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 40.
- (21) Ver. CASSAGNE, Ezequiel, El error de la insistencia en la aplicación de un plazo a las medidas cautelares, LA LEY, 10/05/2011.
- (22) CASSAGNE, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el contencioso administrativo", LL, 2001-B, 1090. En rigor, GONZÁLEZ PÉREZ señala que "la esencia del Derecho Administrativo radica en una perfecta ecuación entre la prerrogativa y la garantía. Si el interés público exige que las entidades a las que se encomienda su realización desborden los moldes clásicos del Derecho común y adopten una posición de supremacía respecto de las personas que con ellas se relacionan, para que este régimen de prerrogativa no desemboque en la injusticia, es necesario que vaya indisolublemente unido a un perfecto sistema de garantías", en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, Civitas, 1998, p. 2024.
- (23) SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, La teoría general del Derecho administrativo como sistema, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003, p. 237.
- (24) LINARES QUINTANA, SEGUNDO, V., Tratado de Interpretación Constitucional, p. 559, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- (25) BIDART CAMPOS, GERMÁN, Manual de Derecho Constitucional Argentino, pp. 200/201, Buenos Aires, 1972.
- (26) SAGÜÉS, Néstor, P., Elementos de Derecho Constitucional, pp. 700/701, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997.
- (27) Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, El error de la insistencia en la aplicación de un plazo a las medidas cautelares, LA LEY, 2011-C, 1306.
- (28) Arts. 6 y 8 de la ley 25.344 (Adla, LX-E, 5547).

[\(29\)](#) Art. 8 de la ley 25.344.

[\(30\)](#) Ver art. 338 del CPCCN.

[\(31\)](#) Cfr. CSJN, in re "Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares", 22/05/2012.

[\(32\)](#) Cfr. CNACCF, in re "Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares", 6/12/2012.

[\(33\)](#) Cfr. CSJN, in re "Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares", 27/12/2012.

[\(34\)](#) Cfr. CIDH, in re "Caso Furlan y familiares vs. Argentina", 31/08/2012.

[\(35\)](#) Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, "Proyecto de ley polémico sobre medidas cautelares contra la Administración Pública", LA LEY, 2009-D, 1343.

[\(36\)](#) El artículo 12 del Decreto 214/02 estableció la suspensión de 180 días en la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares que tengan incidencia sobre las disposiciones que imposibilitaron el retiro de los depósitos bancarios. Los tribunales del fuero Contencioso Administrativo Federal inmediatamente declararon la inconstitucionalidad de dicha disposición. Véase, como ejemplo, la sentencia del Juzgado N° 10, secretaría 19, in re "Castillo, Pablo Christian c. M° de Economía — Resolución 9/02 s/amparo", 11/2/02. A su vez, por medio de la Ley 25.587 el Congreso reguló el instituto cautelar en los procesos judiciales de cualquier naturaleza en que se demande al Estado Nacional, a entidades integrantes del sistema financiero, de seguro o mutuales de ayuda económica en razón de créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en la Ley 25.561 y sus complementarias y reglamentos. Entre los recaudos que dicha ley fijó para la procedencia de las medidas en cuestión, el que quizás más resistencia produjo fue el que estableció que "serán apelables con efecto suspensivo ante la Cámara Federal de Apelaciones que sea tribunal de alzada del juzgado que las dictó." La sala II de la CNCAF dispuso la inconstitucionalidad de este precepto, in re "Grimberg Marcelo Pablo c. PEN Dto. 1570/01 s/amparo", 25/6/02.

[\(37\)](#) GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, La batalla por las medidas cautelares, Madrid, Civitas, 1992, p. 203.