

SESIONES ORDINARIAS

2013

ORDEN DEL DÍA N° 1906

COMISIONES DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES,
DE JUSTICIA Y DE LEGISLACIÓN GENERAL

Impreso el día 24 de abril de 2013

Término del artículo 113: 6 de mayo de 2013

SUMARIO: **Medidas** cautelares en las causas en las que es parte o interviniente el Estado nacional. **Disposiciones.** (12-S.-2013.)

- I. Dictamen de mayoría.
- II. Dictamen de minoría.
- III. Dictamen de minoría.
- IV. Dictamen de minoría.
- V. Dictamen de minoría.
- VI. Dictamen de minoría.
- VII. Dictamen de minoría.

I

Dictamen de mayoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Legislación General han considerado el proyecto de ley en revisión del Honorable Senado de la Nación, por el cual se regulan las medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado Nacional o sus entes descentralizados sean parte y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan su sanción.

Sala de las comisiones, 23 de abril de 2013.

Diana B. Conti. – Luis F. J. Cigogna. – Jorge A. Landau. – Anabel Fernández Sagasti. – Marcos Cleri. – Nancy S. González. – Pablo F. J. Kosiner. – Jorge Rivas. – Walter R. Wayar. – Oscar E. N. Albrieu. – Celia I. Arena. – Gloria Bidegain. – Eric Calcagno y Maillmann. – Stella Maris Córdoba. – Alfredo C. Dato. – Eduardo E. De Pedro. – Juliana di Tullio. – José M. F. Díaz*

* El señor diputado Rivas manifestó su voluntad de firmar este dictamen. Francisco Crescenzi, secretario de la Comisión de Asuntos Constitucionales.

Bancalari. – Juan C. Díaz Roig. – Juan C. Forconi. – Fabián M. Francioni. – Andrea F. García. – María T. García. – Graciela M. Giannettasio. – Leonardo Grosso. – Mónica E. Gutiérrez. – Carlos M. Kunkel. – Mario A. Metaza. – Carlos J. Moreno. – Juan M. País. – Héctor P. Recalde. – Adela R. Segarra.

Disidencia parcial:

Alicia M. Comelli.

Buenos Aires, 18 de abril de 2013.

Al señor presidente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Tengo el honor de dirigirme al señor presidente, a fin de comunicarle que el Honorable Senado, en la fecha, ha sancionado el siguiente proyecto de ley que paso en revisión a esa Honorable Cámara:

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

TÍTULO I

De las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional

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

Art. 2° – *Medidas cautelares dictadas por juez incompetente.*

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

Art. 3° – Idoneidad del objeto de la pretensión cautelar.

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

Art. 4° – Informe previo.

1. Solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud.

Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes.

Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez

o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción.

Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar una vista previa al Ministerio Público.

2. El plazo establecido en el inciso anterior no será aplicable cuando existiere un plazo menor especialmente estipulado. Cuando la protección cautelar se solicitase en juicios sumarísimos y en los juicios de amparo, el término para producir el informe será de tres (3) días.
3. Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada..

Art. 5° – Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado. Al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses. En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres (3) meses.

No procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2.

Al vencimiento del término fijado, a petición de parte y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable.

Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida.

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

Art. 6° – Carácter provisional.

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

Art. 7° – Modificación.

1. Quien hubiere solicitado y obtenido una medida cautelar podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución, justificando que ésta no cumple

adecuadamente la finalidad para la que está destinada.

2. Aquél contra quien se hubiere decretado la medida cautelar podrá requerir su sustitución por otra que le resulte menos gravosa, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho de quien la hubiere solicitado y obtenido.
3. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco (5) días en el proceso ordinario y de tres (3) días en el proceso sumarísimo y en los juicios de amparo.

Art. 8° – *Caducidad de las medidas cautelares.*

1. Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba.

Cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa.

2. Las costas y los daños y perjuicios causados en el supuesto previsto en el primer párrafo del inciso 1 del presente, serán a cargo de quien hubiese solicitado y obtenido la medida caduca, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción de la demanda; una vez iniciada la demanda, podrá requerirse nuevamente si concurrieren los requisitos para su procedencia.

Art. 9° – *Afectación de los recursos y bienes del Estado.* Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias.

Art. 10. – *Contracautela.*

1. Las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar.
2. La caución juratoria sólo será admisible cuando el objeto de la pretensión concierna a la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2.

Art. 11. – *Exención de la contracautela.* No se exigirá caución si quien obtuvo la medida:

1. Fuere el Estado nacional o una entidad descentralizada del Estado nacional.
2. Actuare con beneficio de litigar sin gastos.

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

Art. 13. – *Suspensión de los efectos de un acto estatal.*

1. La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurran simultáneamente los siguientes requisitos:
 - a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;
 - b) La verosimilitud del derecho invocado;
 - c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto;
 - d) La no afectación del interés público;
 - e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.
2. El pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida.

En este supuesto la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el inciso anterior.

3. La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa.

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

4. La entidad pública demandada podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del acto estatal en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño

al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resolverá el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declarará a cargo de la entidad pública solicitante la responsabilidad por los perjuicios que irroge la ejecución, en el supuesto en que se hiciere lugar a la demanda o recurso.

Art. 14. – Medida positiva.

1. Las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, sólo podrán ser dictadas siempre que se acredite la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos:

- a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada;
- b) Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante, a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista;
- c) Se acreditare sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;
- d) No afectación de un interés público;
- e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.

2. Estos requisitos regirán para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley.

Art. 15. – Medida de no innovar.

1. La medida de no innovar procederá cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) Se acreditare sumariamente que la ejecución de la conducta material que motiva la medida, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;
- b) La verosimilitud del derecho invocado;
- c) La verosimilitud de la ilegitimidad de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal;
- d) La no afectación de un interés público;
- e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.

2. Las medidas de carácter conservatorio no previstas en esta ley, quedarán sujetas a los requisitos de procedencia previstos en este artículo.

Art. 16. – Medidas cautelares solicitadas por el Estado. El Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad.
2. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada.
3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.

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

Lo expuesto precedentemente no será de aplicación cuando se trate de conflictos laborales, los cuales se regirán por las leyes vigentes en la materia, conforme los procedimientos a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su carácter de autoridad de aplicación.

Art. 18. – Aplicación de las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Serán de aplicación al trámite de las medidas cautelares contra el Estado nacional o sus entes descentralizados, o a las solicitadas por éstos, en cuanto no sean incompatibles con las prescripciones de la presente ley, las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

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

TÍTULO II

Normas complementarias

Art. 20. – Inhibitoria. La vía de la inhibitoria además del supuesto previsto en el artículo 8° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, procederá también para la promoción de cuestiones de competencia entre jueces de una misma circunscripción judicial,

en todas las causas en que el Estado nacional, o alguno de sus entes, sean parte.

Todo conflicto de competencia planteado entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de otro fuero, será resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo Federal; mientras que cuando el conflicto de competencia se suscitare entre la Cámara Contencioso Administrativo y un juez o Cámara de otro fuero, el conflicto será resuelto por la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal.

Art. 21. – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Saludo a usted muy atentamente.

ANÍBAL FERNÁNDEZ.

Juan Estrada.

FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA PARCIAL DE LA DIPUTADA ALICIA COMELLI

Señor presidente:

Tengo el agrado de dirigirme a vuestra honorabilidad con el fin de fundar mi disidencia parcial sobre el proyecto de ley venido en revisión del Honorable Senado por el cual se regulan las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional, expediente 12-S.-2013.

A. Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado

En tal sentido, en primer lugar proponemos que en relación a la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado, artículo 5°, se modifique el criterio objetivo de la prórroga de la medida cautelar –a través de la fijación de un plazo rígido e inextinguible– estableciendo un criterio subjetivo, que tenga en cuenta las consideraciones de hecho del caso.

Asimismo, se incorpora el deber inexcusable de las partes y del tribunal de arribar a la resolución definitiva de la controversia, otorgando al órgano judicial la potestad de dejar sin efecto la medida cautelar cuando observe que existen actitudes dilatorias que prolonguen artificialmente el proceso para evitar el dictado de la sentencia definitiva.

La propuesta de adoptar un modo intermedio, surge a partir de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Grupo Clarín S.A. y otro s/ medidas cautelares, G. 589. XLVII; RHE”, Fallo del 22/5/12 cuando sostuvo:

“...Es importante señalar que tanto los jueces como los litigantes deben perseguir la resolución definitiva de la controversia y que en ese proceso el instituto de las medidas cautelares aparece como un medio idóneo para asegurar el cumplimiento de un eventual pronunciamiento definitivo. Sin embargo, no es posible tolerar que, a partir de la obtención de tales medidas –que pueden en ocasiones agotar o suplir el contenido de la pretensión principal–, una de las partes pueda desentenderse de la marcha del proceso principal prolongar

artificialmente su duración, ya que ello constituye un supuesto de ejercicio contrario a los fines que la ley tuvo en miras al reconocer este tipo de medidas...”.

En dicha causa, si bien sostuvo la validez del plazo establecido para la medida cautelar concedida, instó a un correcto control del proceso para evitar la prolongación innecesaria del mismo a través de acciones dilatorias. Éste es el principio que queremos señalar, incorporando el deber de las partes y del tribunal de arribar a la resolución definitiva de la controversia en el menor plazo posible. El equilibrio está dado, en que pueden presentarse situaciones fácticas que impliquen la necesidad de apartarse de plazos fatales y perentorios, teniendo en cuenta los derechos constitucionales en juego.

Es decir, creemos que las medidas cautelares deben tener una vigencia temporal, pero debe también tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, para permitir al tribunal garantizar la tutela judicial efectiva a través de las medidas cautelares –que han sido concebidas para asegurar el resultado práctico del proceso–. Por ende, debemos permitir la posibilidad de que los jueces decidan las medidas conforme a las circunstancias fácticas, pero bajo el deber de velar por una rápida obtención del pronunciamiento de la sentencia definitiva en la cuestión de fondo. Asimismo, prevemos la posibilidad de que el tribunal pueda dejar sin efecto la medida en caso de advertirse acciones dilatorias que pretendan “prolongar artificialmente” el proceso para evitar el dictado de la sentencia definitiva sobre el fondo de la cuestión.

Propuesta normativa

Artículo 5° – Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado.

Al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses. En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres (3) meses. No procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2°.

Al vencimiento del término fijado, a petición de parte y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso y de las circunstancias reales del caso, el tribunal podrá prorrogar la medida siempre que ello resultare procesalmente indispensable.

Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida, siendo deber inexcusable de las partes y del tribunal la resolución definitiva de la controversia.

El tribunal podrá, a petición de parte, dejar sin efecto la medida cautelar prorrogada, cuando observare actitu-

des dilatorias que prolonguen artificialmente el proceso a los fines de evitar el dictado de la sentencia definitiva.

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.

B. Efecto suspensivo de la concesión del recurso de apelación

En segundo lugar, se propone modificar el efecto suspensivo de concesión del recurso de apelación contra las providencias que admiten medidas cautelares –artículo 13 *in fine*–. En esta norma se proponen dos modificaciones con respecto al dictamen de mayoría.

La primera, con relación a permitir la suspensión de una ley, reglamento, acto general o particular a través de una medida cautelar, pero la misma debe darse en un caso concreto sometido a juzgamiento, a la luz de la doctrina del caso Thomas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así lo expuso el doctor Fernando García Pulles en su alocución en el plenario de comisión del Honorable Senado de la Nación al señalar que:

“...Con relación al tema del efecto suspensivo, la norma no se refiere a que es suspensivo respecto de todos los actos, sino solamente cuando fueran actos de naturaleza legislativa o reglamentos de naturaleza legislativa. En realidad, los actos de alcance particular no dice que sean de efecto suspensivo, razón por la cual debería seguirse que el efecto es el común devolutivo y de lo que se trata es de traer acá la doctrina de “Thomas” de la Corte, donde dice que una demanda no puede suspender la aplicación de una ley, genéricamente hablando. Ésta es una doctrina de la Corte que dice que la suspensión podrá ser para un acto en particular, pero no para una suspensión general. De modo que este efecto suspensivo, con esa aclaración de distinción entre lo particular y lo general, me parece que puede superarse...”. (Honorable Senado de la Nación, plenario de las comisiones de Justicia y Asuntos Penales y de Legislación General, 11-4-13.)

Esta distinción, entre lo particular y lo general, es muy importante para la comprensión de la segunda parte de la modificación que proponemos a la norma, para que la legislación adopte la doctrina de la Corte Suprema sobre el alcance del control de constitucionalidad, el cual a partir de la división de poderes, solo puede recaer sobre casos concretos y no con efectos *erga omnes*.

La segunda parte de la modificación, tiene relación con el efecto con que debe concederse el recurso de apelación ante una medida cautelar que suspende –en el caso concreto, remarcamos– la aplicación total o parcial de una ley o reglamento, modificando el efecto suspensivo por el efecto devolutivo.

En este caso, nos hacemos eco de las críticas que tiene la actual ley de amparo de Onganía, que prevé el mismo efecto suspensivo del recurso de apelación ante medidas cautelares interpuestas –artículo 15– en el proceso de amparo. (Morello-Vallefin, *El amparo*

régimen procesal, Ed. Librería Editora Platense, quinta edición, página 174.)

El fundamento de las críticas, reside en su colisión con los actuales artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, existiendo incluso pronunciamientos judiciales que han llegado a declarar la inconstitucionalidad del precepto (“Adecua c/Poder Ejecutivo nacional decreto 1.517/98 s/amparo ley 16.986”, sentencia del 16-2-99, Juzgado de Primera Instancia N° 1 a cargo del juez Marinelli).

Supongamos, que ante el sufrimiento de un daño o amenaza de daño de un derecho subjetivo o colectivo, una persona recurra a la garantía del artículo 43 –por vía del amparo– de la Constitución Nacional. A través del artículo 15 de la ley de amparo, se otorga al autor del daño o de la amenaza, la posibilidad de neutralizar dicha garantía constitucional mediante el simple mecanismo de recurrir el pronunciamiento cautelar.

Esto ha llevado, a que muchas cuestiones que deben dilucidarse en el ámbito del proceso de amparo –por la naturaleza de la cuestión–, se diluyan por la vía acciones ordinarias –por ejemplo, un juicio de nulidad– solicitando una medida de prohibición de innovar, toda vez que éstos tramitan a través del artículo 198 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), que prevé el efecto devolutivo respecto a la concesión del recurso.

El proyecto que se prevé en el dictamen de mayoría, cerraría también este supuesto de obtener la tutela jurisdiccional efectiva, asimilando el supuesto del artículo 15 de la ley de amparo, 16.986, de Onganía, a los procesos ordinarios que cuentan con el efecto devolutivo del recurso del artículo 198 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Propuesta normativa:

Artículo 13. – *Suspensión de los efectos de un acto estatal.*

1. La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;
- b) La verosimilitud del derecho invocado;
- c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto;
- d) La no afectación del interés público;
- e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

2. El pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la administración y que la decisión de ésta fue adversa a

su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida.

En este supuesto la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el apartado anterior.

3. La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa.

El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda en el caso concreto, total o parcialmente una ley, un reglamento, un acto general o particular, tendrá efecto devolutivo.

4. La entidad pública demandada podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del acto estatal en cualquier momento del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado de la contraparte por cinco (5) días, resolverá el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declarará a cargo de la entidad pública solicitante la responsabilidad por los perjuicios que irrogue la ejecución, en el supuesto en que se hiciere lugar a la demanda o recurso.

Por todo lo expuesto es que acompañaré en general la iniciativa objeto de tratamiento, pero con las salvedades anteriormente señaladas.

Alicia M. Comelli.

INFORME

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Legislación General han estudiado el proyecto en cuestión y teniendo en cuenta los aportes ya realizados, encuentran viable su sanción por parte de la Honorable Cámara, por las razones que oportunamente se darán.

Diana B. Conti.

II

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Legislación General, han considerado el proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo nacional, que regula las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña aconsejan el rechazo total del proyecto.

Sala de las comisiones, 23 de abril de 2013.

Mario R. Negri. – Olga I. Brizuela y Doria De Cara. – Jorge L. Albarracín. – Manuel Garrido. – Ricardo R. Gil Lavedra. – Juan P. Tunessi.

INFORME

Honorable Cámara:

El paquete de medidas presentado por el Poder Ejecutivo nacional que pretende reformar –bajo la ficción de la democratización– la Justicia nacional, va en dirección contraria a los cambios que la sociedad viene reclamando para recibir un adecuado servicio de justicia. En los hechos, las reformas tal como están planteadas sólo tienen como propósito acrecentar la dependencia de los jueces al poder político de turno, favorecer a los factores de poder enquistados en el gobierno y en la Justicia, y resultan en definitiva en obstáculos al acceso a la Justicia de la ciudadanía, y particularmente de los sectores vulnerables.

Reconociendo que los diferentes proyectos comparten un objetivo común, es imprescindible que las iniciativas se analicen integralmente. La división del paquete de medidas, en cada una de las Cámaras no es sino un ardid destinado a enmascarar la verdadera naturaleza de los proyectos: socavar la independencia de la Justicia como poder autónomo de la República.

El avance en reformas institucionales del Poder Judicial merece un ámbito de tratamiento diferente, a partir del cual se genere mayor participación plural de los diferentes actores de la Justicia y la sociedad, generando en consecuencia un debate profundo a partir del cual se permita la elaboración de proyectos superadores y con un mayor grado de consenso.

Específicamente sobre el expediente 6-P.E.-13, que tiene como objetivo principal regular las medidas cautelares en las que el Estado forme parte, cabe decir que el mismo implica un retroceso centenario en lo referente a medidas protectivas tendientes a lograr una tutela judicial efectiva por parte de los justiciables.

Sostener, como lo hace el Poder Ejecutivo nacional, que en la relación Estado-ciudadano sea el primero de ellos el que se encuentra en una situación de inferioridad es invertir la realidad. Son precisamente los ciudadanos quienes se encuentran en una situación de desventaja y por tanto deben verse resguardados frente a los actos u omisiones del Estado. Por supuesto que el interés público debe ser un requisito a tener en cuenta a la hora de regular las medidas precautorias en las que el Estado sea parte, pero dicha regulación no debe obstaculizar el acceso a la Justicia.

La iniciativa del oficialismo hace tabla rasa con las conquistas logradas a lo largo del último siglo. La doctrina de modo pacífico reconoce la necesidad de avanzar en sistemas que procuren la prevención del daño. Lo trascendente no resulta reparar el daño, sino esencialmente evitarlo, siendo las medidas cautelares herramientas idóneas para lograr tal finalidad. Las medidas cautelares tienen como objetivo primordial asegurar que la pretensión no se esfume conllevando a

que la eventual sentencia favorable se convierta en una cuestión abstracta carente de cualquier valor.

Resulta apropiado remarcar que las iniciativas planteadas por el Ejecutivo no resultan ajenas ni indiferentes a su modelo de gobierno. Las acciones tendientes a acumular poder, someter al resto de los poderes y limitar el acceso a la Justicia por parte de la ciudadanía, conforman y exhiben su forma de entender el sistema de gobierno, la cual está claramente alejada del sistema representativo, republicano y federal que manda nuestra Constitución. Los proyectos bajo análisis junto con las modificaciones introducidas por el partido gobernante al proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial –en lo relativo a la eliminación de las acciones colectivas y a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos– son ejemplos claros de su intención de limitar el acceso a la Justicia por parte del común de la gente.

La premisa fundamental debe ser la tutela judicial efectiva, entendida ésta como parte integrante de las garantías constitucionales y no como una cuestión meramente procesal. El sistema interamericano de derechos humanos ha abordado acabadamente el derecho de todo ciudadano a gozar de una tutela judicial efectiva. Específicamente el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Cabe sostener que pese a las modificaciones introducidas en el Senado el proyecto sigue adoleciendo de los mismos problemas en lo referente a la protección de los derechos fundamentales. La incorporación de la posibilidad de que jueces o tribunales incompetentes dicten providencias cautelares cuando se trate de sectores “socialmente vulnerables” y se encuentren comprometidos la “vida digna”, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o un derecho “de naturaleza ambiental” si bien amplía el marco protectorio, sigue dejando por fuera a un conjunto de derechos humanos. Lo correcto hubiera sido encontrar una fórmula que incorpore dentro de las excepciones a todos los derechos humanos personalísimos.

La otra cuestión que no ha sido adecuadamente regulada es la referida al límite temporal de las cautelares. El exiguo plazo que ha sido fijado desnaturaliza el instituto, ya que el mismo debiera prolongarse en la medida en que subsistan las circunstancias que dieron motivo a su concesión. Desde ya que las cautelares no puede prolongarse al infinito, pero su extensión no puede estar limitada a plazos inamovibles, ya que las mismas debieran depender de las cuestiones que se encuentra bajo análisis.

Asimismo resulta objetable el efecto suspensivo que se le da a las apelaciones presentadas por el Estado. La

simple apelación estatal posibilitaría que el tiempo siga transcurriendo, y en consecuencia el daño se siga produciendo, generando que la protección se torne ilusoria.

Desde ya que el articulado del expediente bajo análisis es merecedor de mayores observaciones, las cuales serán desarrolladas en la respectiva sesión, pero existe un argumento central que nos sirve de sustento para rechazar la presente iniciativa: Se debe garantizar la vigencia del Estado de derecho, que implica la garantía de acceso a la Justicia y a una tutela judicial efectiva, la cual supone permitir el pedido y eventual concesión de medidas cautelares.

En definitiva, el proyecto 6-P.E.-13 en particular, así como el paquete de reforma judicial en general, debe ser rechazado, pues la República y sus instituciones no pueden quedar al arbitrio de los intereses del partido político de turno. En un sistema de frenos y contrapesos, los diferentes órganos de poder deben ser capaces de controlarse y limitarse. En este sentido, el Congreso de la Nación debe recuperar su rol institucional, común a todos los partidos políticos –oficialistas y de oposición– y asegurar que el Poder Judicial mantenga su independencia, en tanto se trata del órgano de poder contramayoritario por excelencia, cuya función esencial es el resguardo de las minorías y la salvaguarda de los derechos humanos.

Ricardo R. Gil Lavedra.

III

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales de Justicia y de Legislación General han considerado el proyecto de ley en revisión, por el cual se regulan las medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado nacional o sus entes descentralizados sean parte; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que oportunamente dará el miembro informante, aconsejan el rechazo total del proyecto.

Sala de las comisiones, 23 de abril de 2013.

Roy Cortina. – Omar A. Duclós. – Gerardo F. Milman. – Liliana B. Parada. – Margarita R. Stolbizer. – Juan C. Zabalza.

INFORME

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Legislación General han considerado el proyecto de ley en revisión (expediente 12-S.-13), por el cual se regulan las medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado nacional o sus entes descentralizados sean parte, anticipando brevemente los motivos del rechazo.

Las medidas cautelares son uno de los principales institutos procesales con los que cuentan los justiciables para resguardar sus derechos y libertades. Las cautelares se otorgan, en cualquier instancia de los procedimientos judiciales, para asegurar que la sentencia que eventualmente se dicte mantenga su eficacia.

Nuestra Constitución Nacional, así como también diversos instrumentos internacionales de derechos humanos establecen normas precisas para la tutela judicial efectiva, aplicables con mayor rigor aun en los casos de peligro en la demora. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “el derecho a la tutela judicial genera la obligación estatal de establecer y garantizar recursos judiciales idóneos y efectivos para la protección cautelar de los derechos”. En el mismo sentido, su artículo 25 dispone que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

La noción de tutela legal efectiva que surge del artículo citado exige que las herramientas judiciales disponibles incluyan medidas procesales como las medidas cautelares y, en general, recursos judiciales sencillos y rápidos para la tutela de derechos, con miras a impedir que las violaciones se prolonguen en el tiempo. Asimismo, a fin de ser considerados “idóneos”, la CIDH puntualiza, entre otras cosas, que debe tratarse de recursos sencillos, urgentes, informales y accesibles.

Los requisitos introducidos en el proyecto del gobierno desvirtúan este instituto de trascendente importancia para la tutela efectiva de los derechos constitucionales como lo son las medidas cautelares, a través de la constitución de nuevas prerrogativas o privilegios en cabeza del Estado nacional.

El proyecto debilita a los más débiles y fortalece a los más fuertes. Los reclamos sociales —como tales—, se encuentran incluidos entre los procesos en los cuales se hace más engorroso —por no decir casi imposible— obtener cautelares en contra del Estado y sus entes descentralizados.

Quienes reclamen medidas cautelares deberán, a partir de la sanción de esta ley, que la suspensión del acto cuestionado no habrá de afectar el interés público. Esto significa subvertir los principios del derecho cautelar, puesto que el damnificado sólo debería acreditar que el derecho que invoca es verosímil y que existe peligro en la demora.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “[...] No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en

nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29 inciso a)) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (Opinión Consultiva 5/85).

Como señala Ferrajoli (*Derecho y razón*) “la máxima adquisición y al mismo tiempo el fundamento del Estado constitucional de derecho es la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluido el Legislativo y su funcionalización a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados”.

La desnaturalización del instituto cautelar que hace el proyecto va a contramano de la demanda de diversos sectores de la sociedad civil que manifiestan la necesidad de una reforma que garantice el efectivo acceso a la Justicia por parte de la ciudadanía, en particular cuando se trata de grupos en situación de vulnerabilidad.

El proyecto es regresivo en materia de protección de derechos y tutela judicial efectiva porque limita en exceso la posibilidad de que un juez dicte una medida cautelar contra un acto u omisión estatal, perjudicando ostensiblemente la posición de la parte más débil en un pleito, es decir aquel que debe someter a una contienda judicial una disputa contra el Estado.

La nueva reglamentación sugerida perjudicará a miles de litigantes, y ciertamente no va a facilitar el acceso al servicio de Justicia, ni mejorará la respuesta para quien considera vulnerado un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Para justificar la iniciativa se ha acudido al plazo excesivo de vigencia de algunas medidas cautelares, pretendiendo que esta iniciativa favorecería una reducción en los plazos procesales, lo cual es falso.

El tema de los plazos en la Justicia es complejo y tiene muchas aristas, dado que no siempre una medida cautelar dura mucho tiempo por la inactividad procesal de las partes, o porque la actora se beneficia de ellas injustificadamente, o porque necesariamente existió una desidia en el juzgador. Ello, sin perjuicio de que el sistema judicial amerita una profunda y seria reforma para ponerse a la altura de las necesidades de la gente. Pero para ello, se necesita trabajar en forma conjunta desde los tres poderes del Estado, escuchando las dificultades de todos los operadores del sistema, trabajadores, abogados y jueces.

Por dar un ejemplo acerca de la irrazonabilidad de la medida, el propio Código Procesal asigna un plazo de diez días hábiles para que una oficina pública conteste

un oficio, plazo que se extiende a veinte días hábiles en el fuero laboral, y la mayoría de ellas no lo responde la primera vez, así que se suelen enviar dos y hasta tres oficios reiteratorios.

El Estado nacional, es justamente uno de los demandados que más retrasa la contestación de informes, resultando una verdadera “paradoja” que pretenda combatir el tiempo de vigencia de una medida cautelar invocando un retraso en la tramitación de justicia.

Previo al dictado de una medida cautelar, por esencia provisoria, el juez debe analizar que la persona que acude a la Justicia alegue un derecho verosímil. Es decir, el juez hace una valoración de aproximación, no definitiva, donde analiza si prima facie, el peticionante está legitimado para solicitar esa medida. Además debe analizar si efectivamente hay un peligro en la demora, es decir si quien invoca la medida puede demostrar en forma liminar que de no acceder a ella, se generaría un perjuicio de difícil reparación ulterior. Por último debe analizar la cautela que ha brindado el peticionante, que puede ser juratoria o real.

De acuerdo a los fundamentos que sostiene el proyecto, el Estado debe “resguardarse” de estas medidas cautelares en razón de que algunas de ellas afectarían el interés público que trasunta en toda actividad estatal, sin tomar en cuenta que el Estado también es el principal empleador, y que muchos de los planteos judiciales obedecen a sus omisiones en materia laboral o previsional.

Sobre esto hay varias cuestiones que plantear:

- Si bien los actos del Estado gozan de presunción de legitimidad, la promoción de una acción judicial respecto de un acto u omisión tiene como objeto justamente impugnar dicha presunción y probar que efectivamente esa decisión es contraria al orden jurídico por avasallar derechos subjetivos o intereses legítimos, incluso derechos de incidencia colectiva o difusos.

En tal sentido la medida cautelar, por naturaleza, tiende a actuar rápidamente para dejar sin efecto los efectos del acto impugnado.

- Se pierde de vista que el juzgador debe efectuar un análisis previo a la hora de acceder o no a una medida cautelar, reconociendo si existe cierta legitimidad de derecho en el peticionante, si hay un peligro en la demora, y si efectivamente otorgó una suficiente contracautela.
- La gran mayoría de los actos jurídicos que se impugnan judicialmente no tienen una gran trascendencia pública, ni afectan el funcionamiento del Estado, son más bien decisiones administrativas que afectan a particulares y que pueden ser suspendidas en su ejecución, con nulo menoscabo a las instituciones públicas. Entender que toda medida cautelar contra el

Estado afecta el interés público es una afirmación que no guarda contacto con la realidad.

El proyecto, pudiéndolo hacer, no realiza ninguna distinción en este sentido, es decir que toda medida cautelar en una demanda contra el Estado (pusiera o no en riesgo su funcionamiento) es objeto de un procedimiento restrictivo. Efectuando un hincapié en el sujeto demandado (Estado) y no en la perturbación o no de sus funciones esenciales.

El proyecto se presenta como una regulación de las medidas cautelares en procesos contra el Estado, pero operará en la práctica como la lisa y llana anulación del dictado de medidas cautelares contra el Estado, pues obliga al demandante a notificar el pedido de medida cautelar para que el Estado demandado, se expida sobre el interés público comprometido y demás condiciones de admisibilidad y procedencia de la cautelar.

La norma establece como excepción a esa notificación previa, las cuestiones que tengan como finalidad la tutela directa de bienes jurídicos que van desde la vida digna hasta un derecho de naturaleza ambiental (artículo 4º, inciso 3), desoyendo las advertencias de muchas organizaciones no gubernamentales que entienden que esas excepciones, aunque en su actual redacción más laxas, no incluyen la totalidad de supuestos que pudieren presentarse.

Estas excepciones son claramente insuficientes a la luz de la totalidad de bienes jurídicos que podrían ser dignos de tutela y que exceden esos aspectos.

Este traslado previo e inoficioso no tiene sentido considerando que rápidamente existe el traslado del contenido de la demanda que prevé por ejemplo, el artículo 8º de la Ley de Amparo. Los plazos de caducidad que prevé la ley de amparo son por demás razonables y evitan dilaciones innecesarias que pueden ser sancionadas con la perención de instancia.

Si bien el proyecto en su artículo 19 sostiene como regla general que no es de aplicación en los procesos regidos por la ley de amparo, sí subsiste la aplicación en esos procesos de lo previsto en el artículo 4º inciso 2, artículos 5º, 7º y 20.

Uno de los aspectos más preocupantes es lo atinente a que todo recurso planteado contra la concesión de una medida cautelar tendrá efecto suspensivo.

En la práctica significa que toda medida cautelar tendrá una vida efímera puesto que sólo se hará efectiva una vez que la decisión sea confirmada por la Cámara de Apelaciones. Si esto se lo complementa con la creación de las Cámaras de Casación (como tercera instancia revisora) será imposible ejecutar en tiempo oportuno una medida cautelar contra el Estado nacional.

La Justicia no va a resolver su lentitud a través de normas que impongan plazos de imposible cumplimiento, ni a través de medidas que otorguen privilegios desmedidos a una parte en la contienda.

El proyecto subestima completamente el “criterio judicial” que con la ley actual exige a los jueces verificar el cumplimiento de los recaudos necesarios para la procedencia de toda medida cautelar, esto es; la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la suficiente contracautela, como elementos esenciales de una herramienta procesal de suma utilidad.

Es tan grosera la inconsistencia de la norma que el proyecto mismo ha debido contemplar “la excepción de la excepción” (cuando refiere a medidas cautelares donde se comprometa la vida, la salud y cuestiones alimentarias).

Los argumentos respecto a la armonización de los intereses públicos y privados son materia de análisis en la ponderación que efectúa el magistrado a la hora de acceder o no a una medida cautelar. Se trata de valoraciones jurídicas de competencia de los tribunales.

Por último, contrariamente a toda tendencia acerca del principio precautorio en materia ambiental, se recorta abruptamente la posibilidad de brindar caución juratoria para responsabilizarse por eventuales costos y gastos judiciales. Esto significa claramente que cualquier entidad o particular que solicite una medida cautelar deberá afectar a la contracautela propiedades o bienes suficientes, o promover un beneficio de litigar sin gastos que en nuestro país es un proceso judicial en sí mismo largo y tedioso.

Existen muchas cuestiones, por ejemplo relacionadas con el derecho a la educación, o la vivienda, o al espacio público, o temas relacionados con el medio ambiente, que exigen el dictado de medidas cautelares urgentes, que no pueden supeditarse a “la opinión” de quien justamente cuenta con todos los recursos y capacidad para defenderse.

Por último debemos hoy en día en razón del avance sobre la Justicia, existe una solapada autocensura que se vincula con las amenazas latentes de promover juicios políticos para destituir a los jueces que no fallan de acuerdo a los intereses del actual gobierno.

Los proyectos enviados por el Ejecutivo, por lo abusivos y manifestamente contrarios a la división de poderes que es pilar de nuestro sistema, tienen la clara intencionalidad de generar en el Poder Judicial un estado de zozobra y temor que les impida actuar de acuerdo a sus convicciones y al texto constitucional. Llegará el tiempo en que no serán necesarias tantas iniciativas irrazonables porque el efecto paralizante les garantizará un Poder Judicial débil y a la altura de sus necesidades.

En definitiva, por este contexto que describimos y las razones aquí expuestas, el proyecto debe ser rechazado pues desnaturaliza el objeto y finalidad de las medidas cautelares, afecta gravemente los derechos de los justiciables y es contrario al orden constitucional y convencional.

Margarita R. Stolbizer.

IV

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Legislación General han considerado el proyecto de ley venido en revisión por el que tramita el mensaje 377/13 y el proyecto de ley por el cual se establece la regulación de las medidas cautelares dictadas en procesos en los que el Estado nacional o sus entes descentralizados sean parte y, por las razones que expondrá el miembro informante, se postula el rechazo del presente proyecto de ley.

Sala de las comisiones, 23 de abril de 2013.

*Graciela Camaño. – Gustavo A. H. Ferrari.
– Natalia Gambaro. – Carlos A. Carranza.
– María C. Cremer de Busti.*

INFORME

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Legislación General han considerado el proyecto de ley en revisión del Honorable Senado por el cual establece la regulación de las medidas cautelares dictadas en procesos en los que el Estado nacional o sus entes descentralizados sean parte; y, luego de un exhaustivo análisis, aconsejan el rechazo total.

Gustavo A. H. Ferrari.

V

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Legislación General han considerado el proyecto de ley venido en revisión del Senado por el cual se regulan las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, se aconseja su rechazo y la aprobación, en su lugar, del siguiente

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1° – Créase en el ámbito del Congreso de la Nación la Comisión Bicameral para la Redacción del Código Contencioso Administrativo Federal.

Art. 2° – La Comisión Bicameral estará compuesta por tres diputados y tres senadores, designados por los presidentes de cada Cámara, respetando las representaciones políticas, más dos jueces integrantes de

la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo, dos profesores titulares de derecho administrativo de universidades nacionales y un representante del Poder Ejecutivo.

Art. 3° – La Comisión Bicameral deberá elaborar un proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo dentro del plazo de ciento ochenta (180) días a partir de su constitución y contará con la colaboración técnica de las oficinas del Congreso Nacional, en cuyo ámbito funcionará.

Art. 4° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Pablo G. Tonelli. – Laura Alonso. – Julián M. Obiglio.

INFORME

Honorable Cámara:

El proyecto de ley bajo análisis tiene por objeto la reglamentación de las medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado nacional o sus entes descentralizados sean parte.

Por las razones expuestas en el presente informe, se aconseja el rechazo del proyecto del Poder Ejecutivo, y la aprobación del proyecto de creación de la comisión bicameral para la redacción de un código contencioso administrativo federal.

I. Contexto. Paquete de proyectos

Antes de analizar el proyecto en sí mismo, es necesario y conveniente considerar el contexto dentro del cual la iniciativa ha sido remitida al Congreso. Es importante, en efecto, tener presente que este proyecto integra, junto con otros cinco, una propuesta bastante general y abarcadora referida al Poder Judicial de la Nación.

Dentro de ese paquete de proyectos los hay más importantes y trascendentes y de menor relevancia. Este último sería el caso del proyecto bajo análisis, pero sería un error considerarlo y analizarlo aisladamente, sin tener en cuenta la totalidad de los proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo. Porque si se analizan y tienen en cuenta los seis proyectos que forman parte de la iniciativa, se podrá advertir el verdadero sentido y propósito que mediante ellos se persigue.

Desde nuestro punto de vista, está claro que ese propósito no es otro más que debilitar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la doble vía de recortar grandemente su competencia jurisdiccional y también sus facultades administrativas. Se busca, en síntesis, que el más alto tribunal de la república resuelva la menor cantidad posible de causas y, a la vez, deje de ser quien gobierna y conduce al Poder Judicial de la Nación.

Estos propósitos quedan bien a la luz y en evidencia, muy particularmente, al analizar el proyecto ingresado al Senado mediante expediente P.E.-5/13 (mensaje 375/13) por el cual se propicia una reforma integral y de enormes consecuencias al Consejo de la

Magistratura creado por el artículo 114 de la Constitución Nacional. Mediante esa iniciativa, a la cual en su momento nos referiremos en particular, no solo se propone recortar las atribuciones de la Corte Suprema, sino también aumentar el número de integrantes del consejo, establecer la elección popular de algunos de sus integrantes y reducir las mayorías necesarias para resolver la designación y destitución de jueces.

En síntesis, se busca convertir al Consejo de la Magistratura en un órgano político más, sometido a las luchas y disputas políticas de las cuales, paradójicamente, los constituyentes de 1994 quisieron apartar al procedimiento de designación y remoción de magistrados nacionales. En otros términos, se nos propone una gravísima vuelta atrás, un retroceso a prácticas y trámites que creíamos haber superado.

Por ende, todos los proyectos que integran el paquete remitido al Congreso por el Poder Ejecutivo deben ser analizados y considerados bajo esta premisa, la de que no son propuestas aisladas sino parte de una decisión política de enorme trascendencia destinada a modificar sustancial y gravemente el funcionamiento y el rol del Poder Judicial de la Nación.

No debemos cometer el error de considerar aislada o individualmente los proyectos. Debemos hacerlo en conjunto y teniendo siempre presente la verdadera finalidad que mediante ellos se persigue, para evitar la equivocación de avalar, aunque sea parcialmente, una reforma nefasta para la independencia del Poder Judicial. No podemos permitir que se oculten a la opinión pública los enormes perjuicios que algunos de los proyectos causarían, por el hecho de que otros contengan iniciativas en apariencia –y sólo en apariencia– bien inspiradas.

De todas maneras y más allá de su apariencia, ninguno de los proyectos merece ser aprobado. Todos contienen, en mayor o menor medida, vicios de legalidad y defectos conceptuales. Y lo que es peor, ninguno está de verdad destinado a concretar una mejora en el funcionamiento de la Justicia o a lograr que ella sea más accesible y eficiente para todos los ciudadanos, como se ha expresado públicamente para intentar justificar este verdadero ataque a la independencia del Poder Judicial.

II. Trámite parlamentario exprés. Afectación del rol del Congreso

Además de las razones sustanciales, concurren también razones procedimentales que llevan a propiciar el rechazo de los proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo. Nos referimos, concretamente, al trámite parlamentario ultrarrápido que se ha aplicado a las iniciativas y que afecta el rol constitucional del Congreso de la Nación. También, el trámite exprés, pone de manifiesto la inexistencia de voluntad de diálogo, estudio y debate serio de la mayoría oficialista.

El tratamiento de los proyectos en plenario de comisiones, en lugar del procedimiento normal de tratarlo en cada comisión por separado, limita el debate e impide

la reflexión serena. Lo cual se agrava frente al hecho de que un día después del tratamiento en comisión los proyectos serán sometidos al debate del pleno de la cámara, sin que haya transcurrido el plazo del artículo 113 del Reglamento.

La modernización del Poder Judicial es un tema importante y pendiente, que ha generado una enorme cantidad de iniciativas. Existen numerosos proyectos presentados por diversos diputados y senadores, pero esos proyectos duermen en los cajones de las comisiones porque el oficialismo se niega a discutirlos y, como en este caso, sólo cita a las comisiones para tratar –sin debate ni posibilidad de reformas– los proyectos que envía el Poder Ejecutivo.

En este contexto, los seis proyectos deben ser rechazados porque no implican ninguna mejora sustancial en el servicio de Justicia, ni benefician al ciudadano y, para peor, se nos exige tratarlos mediante un trámite parlamentario velocísimo y de dudosa legalidad. Mientras tanto, los proyectos que sí mejorarían a la justicia, como ocurre con muchos de los presentados por los legisladores, no se debaten ni consideran. Entre ellos podemos citar: creación de tribunales de menor cuantía, regulación del arbitraje, reglamentación de las acciones de clase y colectivas, creación de fiscalías anticorrupción, traspaso a la órbita de la Ciudad de Buenos Aires de los fueros ordinarios del Poder Judicial de la Nación, reglamentación del juicio por jurados, instauración de la oralidad y tantísimos más.

Con las precedentes salvedades, pasamos al análisis de esta iniciativa en particular.

III. Necesidad de un Código Contencioso Administrativo Federal

La primera razón que nos conduce al rechazo de este proyecto, precisamente la esboza el Poder Ejecutivo en los fundamentos de su proyecto.

En el mensaje 377 que acompaña el proyecto bajo examen el Poder Ejecutivo expresa que en el orden nacional no existe un régimen orgánico de los procesos contencioso administrativos, es decir de aquellos juicios en los que es parte el Estado nacional y sus entidades descentralizadas.

Se agrega en el mensaje, entre otros fundamentos, que “la ausencia de una ley reguladora del trámite de los juicios contra el Estado dio lugar a la aplicación analógica de un cuerpo legal destinado a reglar las relaciones procesales entre particulares: el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”.

Asimismo, señala que “esa carencia normativa se proyecta directa e inevitablemente sobre el régimen cautelar”.

Entonces, si no existe una legislación orgánica del proceso contencioso administrativo, tal como lo afirma el Poder Ejecutivo y es correcto, la solución más razonable sería redactar y sancionar un código contencioso administrativo que regule el procedimiento de esos juicios en los que el Estado es parte. Tal código, como

es natural, contendría la regulación y reglamentación de las medidas cautelares.

Nada justifica que el Congreso regule las medidas cautelares en forma aislada y desconectada del resto de los aspectos del proceso contencioso administrativo, como pretende el Poder Ejecutivo con su proyecto. El mismo no es más que un “parche” que creará más confusión en el vacío legislativo que existe.

Tampoco se advierte cuál es la urgencia de regular sólo este aspecto parcial del proceso contencioso administrativo (las medidas cautelares) como se pretende con el proyecto bajo estudio, en vez de sancionar ese código que está haciendo falta.

Hay que tener presente que las medidas cautelares son provisionales y accesorias a un proceso principal. Entonces, ¿por qué regular lo accesorio y no lo principal? No existe razón lógica para este temperamento, por lo cual los verdaderos motivos parecen estar detrás de la voluntad de restringir las medidas cautelares y limitar los derechos de los justiciables.

En otras palabras, sostenemos que la postura coherente y lógica en esta materia es redactar y sancionar un código contencioso administrativo.

Existen numerosos antecedentes y algunos, inclusive, tuvieron estado parlamentario y media sanción en este Congreso. Entre los antecedentes que podemos nombrar, encontramos:

a) Proyecto del doctor Bartolomé A. Fiorini (de las universidades de La Plata y Buenos Aires) (1963).

b) Proyecto de los doctores Manuel María Diez, José María Ávila y Agustín A. Gordillo (1965).

c) Proyecto de los doctores Juan Carlos Cassagne, Juan Francisco Linares y Miguel S. Marienhoff (1981).

d) Creación de una comisión interjurisdiccional para redactar el anteproyecto del Código Contencioso Administrativo Nacional. Autor: Ivelise Ilda Falcioni de Bravo, expediente 1.879-D.-86.

e) Creación en el ámbito de la Honorable Cámara de Diputados de una comisión especial encargada de proyectar el Código Contencioso Administrativo aplicable a la jurisdicción nacional. Autor: Jorge Reinaldo Vanossi, expediente 1.323-D.-87.

f) Proyecto de Código Contencioso Administrativo de la Nación. Autor: Juan Octavio Gauna, expediente 3.350-D.-92.

g) Proyecto de Código Contencioso Administrativo de la Nación. Autores: Carlos Saúl Menem, Jorge Alberto Rodríguez y Raúl Granillo Ocampo, expediente Senado 740-P.E.-98, expediente Diputados 116-S.-99. Mensaje 1.492. Este proyecto tuvo media sanción en el Senado.

En la elaboración de este último proyecto se tuvieron en cuenta el que preparó en 1994 una comisión de especialistas constituida por el Ministerio de Justicia por resolución 897/93, integrada por los doctores Miguel S. Marienhoff, Rodolfo Barra, Juan Carlos Cassagne,

Julio Rodolfo Comadira, Carlos Manuel Grecco, Juan Octavio Gauna y Juan Carlos Cantero, y que fue presentado ante esta Cámara bajo la denominación de “Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de Demandas contra la Nación y demás Entes Estatales”.

h) Proyecto de ley reguladora del proceso contencioso administrativo, del senador Marcelo Alejandro Guinle, expediente Senado 998-S.-05.

i) Proyecto de ley regulando el proceso contencioso administrativo, del senador Marcelo Alejandro Guinle, expediente Senado 89-S.-13.

Como vemos, existen varios antecedentes en la doctrina como en la actividad parlamentaria de este Congreso, que bien podrían servir en la redacción de un Código Contencioso Administrativo Federal.

A esta tarea habría que añadir la legislación dictada por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y sus experiencias, que en esta materia se encuentran mucho más adelantadas que el Estado federal.

A esos proyectos hay que agregar los aportes que la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo ha venido haciendo todos estos años a fin de adaptar las normas existentes al proceso administrativo.

Por ello, proponemos la creación de una comisión bicameral en el ámbito de este Congreso, que tenga por objeto redactar un Código Contencioso Administrativo Federal y llenar así el vacío histórico que existe en la materia.

Nos parece que éste es el camino correcto a seguir, es decir, legislar un procedimiento tanto en sus aspectos principales, accidentales y en sus contingencias.

Por ello, no acompañamos la iniciativa del Poder Ejecutivo, que no soluciona el vacío legislativo y en realidad oculta otros objetivos, que a renglón seguido pasamos a analizar.

IV. Consideraciones generales sobre el proyecto del Poder Ejecutivo

La finalidad perseguida por el proyecto no es sólo la reglamentación de las medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado nacional o sus entes descentralizados sean parte, sino también una fuerte restricción y, en definitiva, desnaturalización de las mismas.

El proyecto limita severamente el uso de una herramienta procesal de vital importancia al momento de ejercer la tutela judicial efectiva de derechos fundamentales, dejando a los ciudadanos en notable desigualdad frente a posibles arbitrariedades que pueda cometer el Estado.

Es necesario mencionar que estas medidas no son autónomas, sino que, por el contrario, nacen al servicio y para proteger la resolución definitiva del juez, ya sea preparando el terreno o aportando los medios necesarios para que ésta pueda cumplirse de manera

exitosa. Su propósito entonces consistirá en asegurar el resultado práctico de la sentencia.

Dado que la Nación no tiene un Código Procesal en lo Contencioso Administrativo y teniendo en cuenta la importancia que revisten este tipo de medidas, el Código Procesal Civil y Comercial ha dedicado un capítulo entero a su regulación, aunque no contempla la particularidad de las acciones cuando el Estado es parte.

Esta circunstancia no implica que el proyecto presentado venga a “cubrir una laguna normativa”, como se ha afirmado; al contrario, se advierte claramente que se utiliza la excusa de la reglamentación para producir una restricción, que lejos de ser razonable provoca una grave lesión a varios derechos constitucionalmente protegidos.

El único y principal perjudicado con la reforma propuesta es el justiciable, es decir, el ciudadano que necesita acudir a la justicia para solicitar la protección de un derecho, o ya se encuentra con un pleito en trámite contra el Estado Nacional o sus entes descentralizados.

El proyecto afecta el derecho del justiciable a la igualdad, la tutela judicial efectiva y a una justicia rápida y eficiente. La violación de estos derechos, consagrados en tratados de derechos humanos, puede generar la responsabilidad del Estado argentino ante tribunales internacionales.

1. Derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra protegido por el artículo 18 de la Constitución Nacional, en el que se establecen las normas y principios fundamentales para preservar la libertad y seguridad de los individuos. En este dispositivo se enuncian las garantías del debido proceso legal, entre las que tiene un lugar de privilegio el derecho de acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva.

Por derecho a la tutela debe entenderse aquel derecho fundamental reconocido a todas las personas, por medio del cual se garantiza la posibilidad de ellas de acceder a los tribunales de justicia para solicitar la protección de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener, de esta forma, una resolución de fondo fundada en derecho.

Sin embargo, es importante aclarar que la tutela judicial efectiva no es sólo un principio, sino también es un derecho fundamental, que se erige en pilar del orden político y de la paz social.

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos del proceso judicial; primero, al acceder a la Justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia. Los tres momentos se verían afectados por las nuevas disposiciones.

Esta prerrogativa asimismo se encuentra resguardada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando en el artículo 8° enumera las garantías judiciales que deben respetarse en todo proceso legal.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha expresado sobre el principio de tutela efectiva, determinando que ésta no es otra cosa que la garantía de la libre entrada a los tribunales de justicia para la defensa de derechos e intereses de los ciudadanos frente al poder público. Implica un conjunto de garantías elementales que deben respetarse en la tramitación de todos los procesos judiciales, en resguardo de los derechos individuales y colectivos.

Se puede decir que existen dos estadios en el derecho de tutela judicial efectiva; por un lado, la etapa anterior al proceso, que consiste en el derecho que tiene toda persona, como sujeto, de exigir al Estado que provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos necesarios, para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias.

Por otro lado, el segundo estadio es el que se desarrolla durante la tramitación del juicio; aquí se visualizan todos los derechos esenciales que el Estado debe proveer a quien participe en un proceso judicial.

Teniendo el derecho a la tutela judicial en mira, podría afirmarse que con la aprobación del proyecto en estudio el acceso a la Justicia por parte de los ciudadanos se vería severamente restringido y obstaculizado por las limitaciones mismas que aquél conlleva, por lo que debe reputarse que colisiona gravemente con el bloque de constitucionalidad federal.

A su vez, y conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema, no podemos soslayar la interpretación contenciosa y consultiva que efectúan los organismos de aplicación de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, y que generan responsabilidad para el Estado argentino.

Vemos, en primer lugar, los artículos vinculados al acceso a la Justicia y la tutela judicial efectiva.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece que “toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente” (artículo 18).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, reza que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (artículo 8°).

Asimismo, el artículo 25 del citado instrumento dice: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención,

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

Referenciadas algunas de las normas pertinentes a nuestro análisis, veamos ahora la interpretación que efectuaron los organismos internacionales encargados de su aplicación.

Respecto de los artículos 8° y 25 de la convención, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos interpretó que “de ambas disposiciones se desprende la garantía que tiene toda persona de que se respeten las reglas básicas del procedimiento no sólo en cuanto al acceso a la jurisdicción, sino también en cuanto al cumplimiento efectivo de lo decidido. En este sentido, esta Comisión ha señalado que la protección judicial que reconoce la Convención comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad pero nunca la garantía de un resultado favorable” (informe 105/99, caso 10.194, “Narciso Palacios”, 1999).

Por su parte, en el reciente caso “Fornerón”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales” (Corte IDH, caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, sentencia del 27 de abril de 2012).

2. Principales objeciones

En el mensaje 377/13 se señala, como una de las principales finalidades perseguidas por la reforma, la atenuación de las consecuencias producidas por la prolongación desmesurada de las medidas cautelares sobre los bienes y valores comunes protegidos por el interés público.

El ejercicio abusivo de las medidas cautelares que se puede observar en algunos casos en particular, no justifica de ninguna manera la regulación que se propone, la cual resulta regresiva y violatoria de garantías constitucionales.

Esta desnaturalización de las medidas cautelares lesiona el derecho de igualdad constitucional y la garantía de tutela judicial efectiva.

3. Vigencia de las medidas cautelares

Uno de los aspectos más preocupantes del proyecto en análisis es el plazo máximo dispuesto para la duración de las medidas cautelares.

El artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial prevé que “las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En

cualquier momento que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento”.

Actualmente no existe un plazo fijado para su duración, éste es indefinido o indeterminado, quedando supeditado a la subsistencia de las circunstancias que le dieron origen.

El proyecto, en cambio, en el artículo 5° fija una vigencia temporal de las medidas cautelares, disponiendo que el juez al otorgar una medida cautelar, bajo pena de nulidad, deberá establecer “un límite razonable de vigencia de la misma”. El plazo no podrá exceder los 6 meses en los procesos ordinarios, y en los procedimientos de tipo sumarísimo o en los juicios de amparo, el plazo de vigencia no deberá superar los 3 meses.

El proyecto admite prórroga de ese plazo, en los siguientes términos: “Se podrá extender por 6 meses más a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso”.

Es importante detenerse en este punto, ya que la medida cautelar tiene un objetivo y una finalidad muy importantes en el proceso judicial, que son de garantizar que la sentencia pueda ser cumplida en su totalidad, protegiendo los derechos de la parte actora.

Por lo tanto, al fijarse plazos acotados de vigencia se estaría protegiendo el interés de la parte, pero por un período de tiempo absolutamente escueto, que es casi equivalente a la desprotección total. Asimismo, a ningún operador del derecho le resulta ajeno el hecho de que no todos los procesos en los que se solicita una medida cautelar tienen la misma complejidad ni demoran el mismo tiempo de resolución.

En definitiva, este plazo limitado que se propone no hace más que favorecer la posición del Estado nacional frente a los particulares.

Por otro lado, debe ponerse de resalto que el proyecto del Ejecutivo establece plazos máximos, pero no mínimos, con lo cual queda al libre arbitrio del juez fijar un plazo de vigencia que bien podría ser, por ejemplo, de 10 días (o aún menos), lo que implica darle un margen de discrecionalidad desproporcionada al juez interviniente.

En este punto, nos parece importante mencionar el fallo dictado en la causa “Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares”. En lo que aquí interesa, la Corte se pronuncia respecto de la “razonabilidad del plazo de vigencia” de la medida cautelar, y entendió que ese plazo debía fijarse sobre la base del principio de buena fe y evitando cualquier tipo de conductas abusivas.

El alto tribunal ponderó, con excelente criterio, que debían tenerse en consideración la complejidad del caso y la importancia de los intereses en juego. En el caso en cuestión, la parte actora debía llevar a cabo un proceso de adecuación y de desinversión, por lo que el plazo de 36 meses fue considerado como razonable por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Frente a este pronunciamiento reciente del alto tribunal, que encontró razonable una medida cautelar de

36 meses, la fijación de 6 meses como término máximo que propone el proyecto luce a simple vista carente de toda razonabilidad.

Lo dicho se agrava si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, pues en este caso el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agote la vía.

4. Efectos de la apelación

Otro de los puntos graves y criticables del proyecto es el previsto en su artículo 13 en relación al recurso de apelación.

En ese artículo se establece que “el recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2°”.

El efecto suspensivo que se le otorga a la apelación del Estado nacional frente a una medida cautelar desvirtúa totalmente la finalidad de este instituto procesal. En efecto, el juez decretará la medida cautelar, y luego de notificado, a las pocas horas, el Estado apelará, y con sólo la “interposición” del recurso, la medida cautelar quedará sin efecto.

En definitiva, la medida cautelar, con esta precariedad al estar sujeta a la apelación del Estado (que siempre elegirá apelar, por supuesto), nunca podrá lograr el objetivo para el que está pensada, pues no será más que cuestión de horas para que deje de tener efecto.

V. Conclusión

El presente proyecto de regulación de las medidas cautelares en los procesos en los cuales el Estado es parte constituye, como ya dijimos, una suerte de “parche” para intentar solucionar la carencia de un código procesal contencioso-administrativo. Y, para peor, el proyecto es técnicamente pobre y contiene provisiones francamente incompatibles con la Constitución Nacional y los tratados internacionales suscritos por la Nación.

Por ello, a fin de evitar esas incompatibilidades y dar una solución integral y definitiva al problema planteado por el Poder Ejecutivo, propiciamos el rechazo de la iniciativa y la aprobación de nuestra propia propuesta, para que se conforme una comisión bicameral que finalmente redacte ese tan necesario código.

Pablo G. Tonelli.

VI

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Legislación General han tomado en consideración el proyecto de ley en revisión de regulación

de las medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado nacional o sus entes descentralizados sean parte. Por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante se aconseja aprobar el siguiente

Proyecto de resolución

La Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVE:

Artículo 1° – Rechácese por inconstitucional el proyecto en consideración tendiente a la regulación de las medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado nacional o sus entes descentralizados sean parte. Ello, en tanto vulnera los derechos que garantizan igualdad, debido proceso, defensa en juicio y derecho a la tutela jurídica integral y acceso a la Justicia fundado en el amparo, que garantizan los artículos 14, 16, 17, 43 de la Constitución Nacional y los pactos internacionales (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional).

Art. 2° – Apruébese el proyecto de ley que tiene como finalidad incorporar las medidas autosatisfactivas contra actos, hechos u omisiones, producidos o inminentes, que causen o puedan causar un perjuicio de difícil o imposible reparación (expediente 1.561-D.-12).

Art. 3° – Comuníquese.

Sala de las comisiones, 23 de abril de 2013.

*Elisa M. A. Carrió. – Carlos A. Favario. –
Alicia Terada.*

INFORME

Honorable Cámara:

1. Antecedentes

Así como el amparo, que es un género de tutela,¹ al momento de analizar la cuestión de las medidas cautelares cabe recordar a Alsina, quien afirmó que como el Estado ha asumido la función de administrar justicia, y prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, no puede en determinadas situaciones desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso, por lo que debe proveer las medidas necesarias para prevenirlas, colocándolas en manos del juez y de los litigantes; dichas medidas son las medidas precautorias.

Así las cosas, las medidas cautelares no ponen sólo en juego la efectividad de la acción jurisdiccional, sino que también justifican la prohibición de la autodefensa violenta; adquiriendo en el ámbito contencioso administrativo una jerarquía mayor pues se concretan la garantía del ejercicio legítimo del poder y el respeto del derecho por el propio Estado.²

Señala Fernando García Pulles que “la materia cautelar adquiere una importancia impar en la impugnación de los actos administrativos, por cuanto la conjunción de las autotutelas declarativa, ejecutiva y reduplicativa hace que lo cautelar sea el único parapeto que impide la pérdida del derecho y conserve el valor y eficacia de una sentencia futura”.³

Basta recordar que en el caso “Siri” del año 1957 se discutía la validez de la clausura del diario *Mercedes* de propiedad y administración del señor Ángel Siri, alegándose la vulneración de las garantías constitucionales de imprenta y trabajo (artículos 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional).

En dicho precedente, y habiéndose interpuesto todos los recursos judiciales vigentes a la fecha, la CSJ expresó que “basta la comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer “en qué caso y con qué justificativos” podrá procederse a su allanamiento y ocupación”, como dice el artículo 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: “No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina (*Manual de la Constitución argentina*, en *Obras completas*, vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr. además núm. 89 y 90).

2. Las inconstitucionalidades palmarias del proyecto en tratamiento.

El proyecto que, a contramano de la historia de los derechos humanos, sociales y de “tercera generación”, viene a limitar el régimen de las medidas cautelares, a dejarlo virtualmente desactivado, es a todas vistas inconstitucional en tanto vulnera los derechos que garantizan igualdad, debido proceso, defensa en juicio y derecho a la tutela jurídica integral y acceso a la Justicia fundado en el amparo, que garantizan los

Aires, 2004.

³ García Pulles, Fernando R., en *El contencioso administrativo en la Argentina (Análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, García Pullés (director), María Rotaecche (colaboradora), tomo I, p. 34, Editorial Abeledo Perrot, 1ª edición, Buenos Aires, 2012.

¹ Quiroga Lavié, Humberto, ob. cit., p. 234.

² García Pulles, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, tomo 2, p. 805, Editorial Hammurabi, Buenos

artículos 14, 16, 17, 43 de la Constitución Nacional y los pactos internacionales (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional).

En primer lugar, profundiza la desigualdad de por sí existente entre las partes de un proceso, en las cuales, en la mayoría de los casos, se observa una notorio desequilibrio entre ambas; como ocurre en el caso de aquella promovidos en contra del Estado por simples particulares. Incorporando privilegios en favor del primero a quien exime de dar contracautela cuando, contrariamente, les exige a los particulares otorgar caución real o personal —eliminando la posibilidad de fijarse caución juratoria—; sin distinguir los casos en que la parte más débil del proceso lo es a tal punto que directamente esa exigencia se convierte en una causal de impedimento para el otorgamiento de la medida, aun cuando el caso encuadre perfectamente en un supuesto evidentemente tutelable mediante el instituto.

El artículo 9° del proyecto repite el texto del artículo 195 del actual CPCCN, agregando como objeto de cualquier forma de perturbación a los bienes del Estado, sin efectuarse explicación alguna en los considerandos al respecto.

Dicho artículo 9°, con más el artículo 11 del proyecto, que exime al Estado nacional de la contracautela, toma los principios del *fiscus semper solvens* y del *solve et repete*.

El principio genérico establecido en el artículo 9° del proyecto torna casi inviable la concesión de cualquier tipo de medida cautelar contra el Estado pues siempre se afectan, obstaculizan, comprometen, distraen de su destino o de cualquier forma se perturban los bienes o los recursos propios del Estado, una vez que se dictan ellas. Favoreciendo así el incumplimiento de las órdenes judiciales por parte de los funcionarios públicos al prever la prohibición de imponer cargas personales pecuniarias.

Obligando a la parte más débil del proceso a una larga espera en la obtención de la sentencia definitiva, sin poder acceder a una medida cautelar aun acreditado el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho; espera que se hace aún más larga si consideramos las dificultades que los ciudadanos comunes encuentran a la hora de ejecutar una sentencia favorable, sobre todo las dictadas en contra del Estado nacional.

Lo que implica una clara violación del derecho de igualdad, al “inclinarse la balanza” aún más a favor de la parte más fuerte del proceso.

En particular, plantear como límite a las cautelares la “no obstaculización de bienes y recursos del Estado” permitirá, nada menos, que el gobierno pueda seguir utilizando los recursos de la ANSES para sostener déficit fiscal, en lugar de atender la urgencia de los jubilados que aún están a la espera de una sentencia que haga efectivos sus derechos previsionales. Sumado a que ya no existirá la posibilidad de aplicar sanciones a los funcionarios que se niegan a cumplir fallos firmes dictados en contra de la ANSES, como ha ordenado la

justicia federal de la seguridad social en más de una oportunidad.

Asimismo, mediante el resto de las modificaciones que se pretende incorporar para los procesos de referencia, se afecta irrazonablemente el debido proceso y el derecho de defensa en juicio, al configurar una reglamentación que efectivamente altera los derechos y garantías constitucionales. En tanto la complejidad de los procesos que se promueven en contra del Estado nacional y los extensos plazos que los mismos demandan, suelen generar serios riesgos de sufrir perjuicios de difícil e, incluso, imposible reparación ulterior, en “el mientras tanto” de los justiciables.

Circunstancias que el proyecto desprecia en su afán por “cerrar filas” en contra de los “enemigos” circunstanciales del gobierno, sin reparar en que precisamente ellas han sido las causas fundantes del instituto de las cautelares y de la acción de amparo como garantía constitucional.

Así se introducen en el proyecto otras modificaciones para beneficiar aún más la posición del Estado nacional en relación al resto de los justiciables, respecto de la procedencia de las medidas cautelares dictadas en contra del Estado nacional, como los mayores requisitos previstos para suspender los efectos de una norma y la incorporación de un procedimiento bilateral antes de su dictado, donde la autoridad pública puede invocar razones de “interés público” para oponerse.

Resulta sorprendente que el proyecto mencione entre sus antecedentes inspiradores al artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1998 y al artículo 15 de la ley 2.145 de la CABA, a los efectos de justificar el traslado al Estado nacional previo a resolver sobre la medida cautelar solicitada por el particular. Cuestión regulada en el artículo 15 de la ley 16.986, que no establece tal procedimiento previo para el dictado de medidas cautelares, sin perjuicio del informe del artículo 8° de dicha ley.

Si bien es correcto que en ambos antecedentes se prevé tal procedimiento, corresponde señalar que: i) en el caso de la norma del Reino de España, la justificación de la norma en términos generales, contrariamente al espíritu del proyecto, que establece el carácter excepcional de una medida cautelar, es el siguiente: “Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario”; y ii) en el caso de la norma de la CABA, la ley 2.145 regula las medidas cautelares en el proceso de la acción de amparo. El Código Contencioso Administrativo y Tributario nada dice respecto de la obligatoriedad del traslado en el título V del Código Contencioso Administrativo y Tributario; y, por el contrario, el artículo 181 de dicho código establece que las “medidas precautorias deben

decretarse y cumplirse sin audiencia de la otra parte”, y “el recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concede en efecto no suspensivo”. Por otra parte, la ley 2.145 CABA prevé que el gobierno de la ciudad deba manifestarse en el plazo de dos (2) días [no cinco (5)] sobre la inconveniencia de dictar la medida cautelar, y no –como se refiere en el proyecto– dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud (artículo 4°, inciso 1).

Cabe señalar, por otro lado, que el informe previo no tiene sentido alguno si el Estado nacional diera cabal cumplimiento a su obligación de expresar la causa y la motivación de todos los actos administrativos, conforme las disposiciones del artículo 7° del decreto - ley 19.549.

El artículo 2°, inciso 2, restringe la eficacia de la protección cautelar a la afectación directa de la vida, la salud u otros derechos de naturaleza alimentaria, desconociendo los otros derechos y garantías expresamente reconocidos en la Constitución Nacional y los implícitamente consagrados por vía del artículo 33 de la Constitución Nacional.

En particular, cabe destacar la ausencia de la protección al derecho de la propiedad, el cual ha sido reconocido por la propia CSJ en estos términos: “Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de “propiedad”.⁴

Sumado a lo cual se fija un límite temporal para la duración de las medidas, e incluso se le otorga efecto suspensivo del recurso de apelación, lo que termina por desnaturalizar en absoluto, el instituto.

En efecto, el artículo 5° del proyecto establece como principio –bajo pena de nulidad– un límite máximo temporal para la vigencia de las medidas cautelares de seis (6) meses para todos los procesos contra el Estado nacional, y de tres (3) en caso del amparo, cuando el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad –antecedente citado por los mismos considerandos del proyecto– justamente establece el principio inverso (se otorga sin límite salvo que cambien las circunstancias) en sus artículos 182, 183 y 189.

Así como parece correcto el dictado de una medida cautelar sólo a solicitud de parte, en virtud de la aplicación del principio dispositivo del proceso aun contra el Estado nacional, los plazos máximos previstos son arbitrarios pues nada indica que un proceso fuera a finalizar en dicho plazo.

En efecto, imponer previamente un plazo máximo para su vigencia implicaría que las medidas podrían caducar aun persistiendo las causas que fundamentan su necesidad. Lo cual desvirtúa absolutamente el

sentido de la medida cautelar, que, huelga señalar, no es un adelanto de sentencia sino una medida prevista para garantizar que no se pierdan los derechos durante el trámite del juicio.

En tal sentido, no resulta razonable que se las limite temporalmente por ley, debiendo quedar reservada su fijación al criterio del juez interviniente, o al del tribunal superior que intervenga por la vía recursiva quienes deberán meritar las circunstancias fácticas de cada caso.

Por otro lado, la posibilidad que tiene el Estado de apelar una medida que suspende la aplicación de una ley o decreto de contenido legislativo, suspendiendo su vigencia hasta que resuelva la instancia superior, sin duda va en contra de la jurisprudencia vigente en la materia y suprime su finalidad precautoria.

El punto 3 del artículo 13 del proyecto establece el efecto suspensivo de la apelación a presentar por el Estado en caso de que se dicte una cautelar a su favor, cuya consecuencia natural bajo el nuevo esquema del fuero contencioso-administrativo federal, será que no habrá medida cautelar que proteja al particular hasta que no se hayan expedido, primero, la cámara de apelaciones, eventualmente la cámara de casación cuya creación se propicia en proyecto por separado, pero en el mismo “paquete” de normas, e, incluso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Y en esto existe un acuerdo generalizado, de diversos sectores con indiscutible conocimiento e interés en la materia, que no han sido siquiera considerados, en uno de los más antidemocráticos procesos legislativos protagonizados por este gobierno y los representantes del oficialismo, al que paradójicamente han dado en llamar “democratización de la Justicia”. Entre los cuales no puedo dejar de citar las expresiones que nos han hecho llegar los representantes del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal,⁵ que advierten que este proyecto convertiría al importante instituto de las medidas cautelares en “un desecho jurídico”. Señalando que: “En materia cautelar atento a que claramente se favorece únicamente al Estado nacional, violando el principio constitucional de igualdad ante la ley y el de tutela judicial efectiva, deviniendo en letra muerta el articulado procesal en materia de medidas cautelares, cuando se tenga que litigar contra algún organismo o entes descentralizados que dependan del Poder Ejecutivo nacional”.

Y ésta es la clave de toda la reforma: ni siquiera se trata de perseguir beneficios para el Estado, como representación del “interés general”, sino que, una vez más, el Poder Ejecutivo nacional redobra su apuesta buscando liberar su camino en la concentración total del poder, desarticulando todo sistema de control y

⁴ Fallos, 145:307.

⁵ Posición Unificada del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal remitida por el Presidente y Secretario General de la institución, al Presidente de la H.C.D.N., de fecha 16/04/2013.

límite que para ello tuviera previsto nuestro sistema republicano de gobierno.

Retomando el análisis de la letra de otros puntos de la reforma propuesta, tenemos que se establece que para suspender los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular deben concurrir simultáneamente 5 requisitos. Al respecto cabe señalar que: (i) se confunden los incisos b) y c), pues son las dos caras de la misma moneda, ya que acreditar la verosimilitud del derecho importa justamente demostrar la ilegitimidad del obrar estatal; (ii) no se explica qué significan los indicios serios y graves respecto de la ilegitimidad, cuando las normas vigentes, jurisprudencia y doctrina se han referido a ilegalidad manifiesta; y (iii) se establece un doble estándar según se analicen el cumplimiento de la medida (conforme al criterio de perjuicios graves de imposible reparación ulterior) o la suspensión judicial de los efectos de la norma (no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles), lo cual ocasionará múltiples interpretaciones.

Sumando incoherencia la exigencia de la acreditación de la verosimilitud de la ilegitimidad del inciso c) del artículo 13 para la suspensión de los efectos de un acto estatal, que es más gravosa que cuando se trata de una medida de no innovar (artículo 15, inciso c)).

El artículo 17 del proyecto regula la tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos.

Dicha norma adolece de numerosos defectos conceptuales, de técnica legislativa e imprecisiones, a saber:

– Se refiere a los servicios públicos y a actividades de interés general.

Es un lugar común jurídico que son múltiples las definiciones sobre qué es un servicio público, según se adopte como premisa un concepto amplio, o uno restringido. Asimismo, según se incluya en el concepto de servicio público la obligatoria titularidad y/o prestación estatal de los mismos, y los consiguientes efectos de ello en la distinción (o no) de las figuras del concedente, regulador, prestador, usuario y/o administrado, los alcances de esta norma serán absolutamente diversos.

Tal como ha afirmado Linares, no es posible, ni útil, formular una definición del concepto jurídico de servicio público, sino en relación a un régimen político determinado;⁶ o, en otros términos, resulta utópica la pretensión de sentar una definición de alcance universal y permanente.⁷

Desde el punto de vista constitucional, la Constitución Nacional de 1853 nada dijo sobre qué es un servicio público, y sobre quién debía prestarlo; lo que

motivó posturas divergentes;⁸ la reforma del año 1949 se centró en la cuestión de la titularidad estatal de los mismos;⁹ y, en el año 1994, en el capítulo segundo,

⁸ Sintéticamente, Juan Carlos Cassagne ha afirmado que no existía cláusula alguna que autorizara al Estado a realizar la gestión directa de los servicios públicos y el derecho a ejercer actividades de naturaleza económica sólo resultaba reconocido en forma expresa a favor de los particulares (art. 14 CN) (cfr. El servicio público y las técnicas concesionales, LL 1995 –C– 1174); y “La crisis de los servicios públicos en Argentina”, *Servicio público y policía*, Juan Carlos Cassagne (director), p. 386, 1ª edición, *El Derecho*, Universitas, Buenos Aires, 2006. En el mismo sentido, Julio R. Comadira ha sostenido que el principio de la CN era la titularidad privada de las actividades comerciales e industriales a tenor del art. 14 original, mientras que la titularidad pública era la excepción sólo justificable por exigencias del interés público, las que al menos se consideró configuradas únicamente respecto del servicio de correos y obras sanitarias, tal como preveía la cláusula del progreso en el viejo art. 67, inc. 16, en su antigua redacción. (Cfr. Servicios públicos y regulación. Elementos de derecho administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 718). En una línea, que se puede denominar intermedia, Alberto B. Bianchi afirma que no hay en nuestra Constitución una cláusula semejante a la de las Constituciones francesa y española que disponga la titularidad estatal de los servicios públicos, y la única previsión constitucional en relación a la publicación de la propiedad privada es la del art. 17 sobre expropiaciones (cfr. Marco constitucional de la privatización, en “Primer Seminario Internacional sobre aspectos legales de la privatización y desregulación”, *Revista de la Administración Pública*, Buenos Aires, 1989, p. 229; y Una noción restringida del servicio público, *Servicio Público y Policía*, Juan Carlos Cassagne (director), p. 84, 1ª edición, *El Derecho*, Universitas, Buenos Aires, 2006). En el mismo sentido, Héctor A. Mairal, quien afirma que como mínimo la CN es neutra al respecto (cfr. “El concepto de servicio público en el derecho argentino actual”, en la obra colectiva *Jornadas de la Universidad Austral sobre servicio público, policía y fomento*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, p. 230). Por su parte, Jorge Luis Salomoni sostiene la existencia entre los impulsores de la CN de 1853 (entre ellos, Alberdi) de una noción de servicio público original y autónoma de nuestro país, previa a la desarrollada en Francia, la cual entiende que la titularidad de los servicios públicos pertenecía al Estado. La titularidad estatal de los servicios públicos –y la concepción de un Estado intervencionista– se encuentra prevista en el art. 64 inc. 16 de la CN 1853, que luego de la reforma de 1860 se transformaría en el art. 67 inciso 16 (hoy art. 75 inciso 18) (cfr. *Teoría General de los Servicios Públicos*, editorial Ah, Hoc, Buenos Aires, 1999.; en Aportes para una discusión sobre la titularidad estatal de los servicios públicos, en *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje a Miguel S. Marienhoff, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 824, y en *El servicio público en los países del Mercosur*, en *Servicio Público y Policía*, Juan Carlos Cassagne (director), p. 146, 1ª edición, *El Derecho*, Universitas, Buenos Aires, 2006).

⁹ La prestación de los servicios públicos es una de las funciones principales del Estado, garante del bien común, y es propio, en consecuencia, que después de haber experimentado el fracaso del sistema de concesiones a privados debido a que la consideración del provecho industrial empujara a hacerlo la preocupación por el bien general, se repongan en manos del Estado las riquezas y las funciones que originariamente

⁶ Linares, Juan Francisco, “Concepto y definición de servicio público”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Plus Ultra, N° 19, 1978, p. 34

⁷ Mairal, Héctor A., “La ideología del servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, N° 14, 193, p. 428.

identificado como “Nuevos derechos y garantías”, los párrafos segundo y tercero del artículo 42 introdujeron normas específicas en relación a los servicios públicos, pero sin definir su alcance y contenido.¹⁰

Y si el concepto de servicio público genera incertidumbre sobre el alcance de la norma, el alcance del concepto de actividades de interés público es difuso, y se deja al arbitrio del Poder Ejecutivo nacional la determinación de tal carácter, con el riesgo jurídico asociado a ello.

– El Estado tiene *imperium*; goza de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de sus actos (artículo 12 decreto ley 19.549).

En función del artículo 12 del decreto ley 19.549 el Estado nacional goza de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de sus actos, por lo que no necesita –en principio– las medidas cautelares (artículos 16 y 17 del proyecto).

La norma proyectada no contempla la existencia de otras normas que expresamente prevén acciones del Estado nacional –a través de sus dependencias competentes y/u órganos de control y regulación específicos– para garantizar la prestación de las diversas actividades reguladas, conforme al siguiente detalle:

– Derecho de huelga en las actividades consideradas servicios esenciales (servicios sanitarios y hospitalarios; producción y distribución de agua potable y energía eléctrica; servicios telefónicos; control del tráfico aéreo): ley 25.250 y decreto 843/2000; ley 25.877 y decreto 272/2006.

– Mercado de capitales: artículos 19, 20, 141 y 152, ley 26.831.

– Energía eléctrica: artículos 77 a 80, ley 24.065.

– Gas natural: ley 24.076 y decreto 2.255/1992 (licencias básicas de transporte y distribución).

En síntesis, el proyecto profundiza el desequilibrio entre el Estado y los administrados en su relación jurídico-procesal, pues al resultar tan estricto para el otorgamiento de las medidas cautelares contra el

Estado transformará a la jurisdicción en una justicia meramente resarcitoria.

Así es como con la reforma propuesta se deja en un estado de absoluta indefensión y vulnerabilidad a los sectores más débiles de la sociedad, como aquellos que acuden a la Justicia en reclamo de reajustes jubilatorios, quienes la mayor parte de las veces sufrirán perjuicios que no podrán ser reparados a posteriori.

No debe soslayarse que el sentido de la medida cautelar es precisamente garantizar la aplicación y eficacia de una sentencia, una de las más amplias garantías en materia de justicia, de las cuales el Estado no puede quedar exceptuado cuando lesiona derechos de rango constitucional. Por lo que esta limitación irrazonable de las medidas cautelares implica la derogación del artículo 43 de la Constitución Nacional, que precisamente ha incorporado el amparo como una acción –constitucional– de los ciudadanos, principalmente frente al Estado, para la protección de sus derechos y garantías.

Por estas razones, proponemos el rechazo de este proyecto de ley, y a su vez, promovemos la aprobación del proyecto de ley que tiene como finalidad incorporar las medidas autosatisfactivas contra actos, hechos u omisiones, producidos o inminentes, que causen o puedan causar un perjuicio de difícil o imposible reparación (expediente 1.561-D.-12).

Elisa M. A. Carrió.

VII

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Legislación General han considerado el proyecto de ley en revisión tendiente a la regulación de las medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado nacional o sus entes sean parte; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante aconsejan el rechazo total del proyecto.

Sala de las comisiones, 23 de abril de 2013.

Jorge R. Yoma.

INFORME

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Legislación General al considerar el proyecto de ley en revisión tendiente a la regulación de las medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado nacional o sus entes sean parte; y, por las razones que dará el miembro informante, aconsejan el rechazo total del proyecto.

Jorge R. Yoma.

le pertenecen (cfr. Sampay, Arturo Enrique, informe como miembro de la mayoría de la Comisión Revisora de la Constitución, el cual está transcrito en las Constituciones de la Argentina (1810-1972), recopilación notas y estudio preliminar de Arturo Enrique Sampay, Eudeba, 1975, pags. 486-517, citado por Bianchi. Si bien dicha reforma constitucional fue luego dejada sin efecto por una proclama emitida el 27 de abril de 1956, coincidió con una época en que la legislación, la jurisprudencia y las Constituciones provinciales fueron incorporando esas reglas a la par que el Estado nacionalizaba las empresas privadas que prestaban servicios, por lo que el modelo adquirió una perfecta coherencia (Mairal, Héctor A., La ideología del servicio público, *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, N° 14, 193, p. 391).

¹⁰ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, p. 472, Tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2006.