

Medidas cautelares en las que interviene o es parte el Estado Nacional. Análisis de la Ley n° 26.854

Precautionary measures in which the Argentinian State intervenes or is involved as a party. Analysis of Law 26.854

Esteban Fernando Herrera Aquilino
Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba
Argentina
estebanha@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-5400-8599>
Magíster en Derecho Administrativo
(Universidad Nacional de Córdoba)

Recepción: 6 de octubre de 2022
Aceptación: 7 de noviembre de 2022

Resumen

Este trabajo aborda los diferentes temas debatidos con la sanción de la Ley de Medidas Cautelares en las causas que es parte o interviene el Estado Nacional N° 26.854, indagando la relación existente entre la protección cautelar y la garantía fundamental de una tutela judicial efectiva. Asimismo, el artículo profundiza los aportes novedosos de la legislación bajo análisis, tales como el informe previo al despacho de la cautelar, la medida interina, el plazo razonable de vigencia temporal, el régimen procesal diferenciado según la naturaleza del derecho material que la pretensión cautelar ponga en juego y las diferentes clases de medidas legisladas. De la misma forma, el papel preponderante que asume el interés público según el tipo de medida solicitada, como también la incorporación de un estado social constitucional de derecho al proceso

contencioso argentino y su repercusión en la justicia. El trabajo intenta desentrañar la importancia o el rol definitivo que ocupan las “medidas cautelares contra el Estado nacional”, la incorporación de la tutela cautelar al proceso contencioso administrativo argentino, las modificaciones relevantes introducidas como el informe previo, el plazo razonable, el interés público comprometido y los sujetos de especial consideración y por último, la aplicación práctica en el ordenamiento jurídico argentino a partir de la sanción de la Ley N° 26.854.

Palabras clave: medidas cautelares, ley 26.854, Estado nacional, proceso contencioso administrativo

Abstract

This work address the different issues debated with the sanction of the law of precautionary measures N° 26.854 in which the National State is a party or intervenes, investigating the relationship between the precautionary protection and the fundamental guarantee of an effective judicial

protection, delving into the different innovative contributions given by the legislation under analysis, such as the report prior to the dispatch of the precautionary measure; the reasonable term of validity; the procedural regime differentiated according to the nature of the material right that the precautionary claim brings into play; the different kinds of measures legislated; and the preponderant role assumed by the public interest according to the type of measure requested, as well as the incorporation of a constitutional social state of law to the Argentine contentious process and its impact on justice. An attempt will be made to unravel the importance that the “precautionary measures against the national State” came to occupy, the incorporation of precautionary protection in the Argentine contentious administrative process, relevant amendments such as the previous report, the public interest involved and the subjects of special consideration, as well as the practical application in the Argentine legal system since the sanction of Law N° 26.854.

Keywords: precautionary measures, law 26.854, national State, contentious process

1. Introducción

El trabajo propone abordar como tema central y eje, el nuevo régimen de medidas cautelares en las causas que es parte o interviene el Estado nacional o sus entes descentralizados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como de los demás tribunales de inferior rango, habiendo transcurrido ya casi una década de la sanción de la Ley N° 26.854, que más allá de miradas o concepciones disímiles sobre su implementación, concluye con

una laguna legal en la que se había sumergido la temática de medidas cautelares cuando el Estado nacional o alguna de sus dependencias fuera parte teniendo como punto de partida el proceso cautelar y la tutela judicial efectiva como bases fundamentales del Estado de Derecho. Su objetivo, finalmente, es el de discernir la real y efectiva proyección jurídica que han ido teniendo en este lapso temporal desde su sanción.

Como sabemos, el derecho procesal moderno establece instrumentos legales tendientes al logro de la eficacia final del proceso. En esa línea de pensamiento es donde se proponen los llamados “procesos urgentes”, los que implican un cambio sustancial en los tiempos procesales ya que reubican la figura del juez y le reconocen atribuciones para conceder una “tutela diferenciada” llevada a cabo por medio de trámites –supuestamente- más funcionales, rápidos y dinámicos. Es aquí donde se ubican las “medidas cautelares contra el Estado nacional”.

Desde siempre existió la necesidad e importancia de la protección cautelar- ante la falta en Argentina -en el orden federal nacional¹- de un Código Procesal en lo Contencioso Administrativo. Además de la ausencia de un régimen exclusivo que tomara las particularidades específicas del derecho administrativo, se incurrió frecuentemente en la utilización abusiva del instituto cautelar. En estos términos, el Poder Judicial tuvo –y lo sigue teniendo- un rol imprescindible en lo concerniente a la defensa de los derechos, puesto que, justamente son las medidas cautelares las que constituyen un instrumento indispensable respecto de la tutela judicial efectiva, toda vez que el propósito principal es garantizar la efectividad de las decisiones jurisdiccionales (Basterra, 2013).

En esta sintonía y adentrándonos al tema propuesto, expone Gallegos Fedriani (2002), que la satisfacción instantánea de una pretensión de conocimiento o de ejecución resulta materialmente irrealizable, y por ello, la ley ha debido prever la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurra entre la presentación de la demanda y la emisión del fallo final sobrevenga cualquier circunstancia que haga imposible la ejecución o torne inoperante el pronunciamiento judicial definitivo.

En general, las medidas cautelares han sido concebidas legislativamente con la finalidad de asegurar el resultado del pleito. Es decir, el instituto tiene por objeto permitir que el

1. La República Argentina adopta constitucionalmente como forma de gobierno una democracia representativa, republicana y federal. Debido a su carácter federal, posee dos estructuras de gobierno: el Gobierno Nacional o Federal; 24 gobiernos provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cada una de las cuales son consideradas preexistentes a la Nación y ejercen todos los poderes no delegados expresamente al gobierno federal. Adicionalmente la Ciudad de Buenos Aires está regida por un sistema de autonomía, mientras que las provincias poseen subdivisiones administrativas y municipios.

tiempo que insume la sustanciación del proceso, no se erija en un obstáculo para la efectividad de la sentencia. Así lo reconoció la Corte Suprema al sostener que: “La finalidad de la medida cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso” (Sarquis de Navarro, María Cecilia c. Santiago del Estero, Provincia de s/ Acción Declarativa 2003).

El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado nacional terminó siendo objeto de una regulación especial, viniendo -o al menos intentando- a poner fin a esta laguna legislativa que en varias ocasiones terminó siendo un “abuso” por parte de los justiciables. Es así como el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 26.854 el 24 de abril del año 2013, promulgándola el 29 de abril siguiente. En la misma se ordenaron los diferentes aspectos que hacen a este tipo de remedios judiciales, tales como su nacimiento, período de vigencia, distintas modalidades para su aplicación y su extinción. La Ley 26.854 no tuvo una buena recepción doctrinaria, y ello fue por el temperamento fundado en el temor de que el Poder Judicial viera limitada su capacidad de garantizar la tutela judicial efectiva en los procesos contra el Estado Nacional (Cassagne, 2013; Gozaini, 2013; Midón, 2013; Oteiza, 2013).

Por lo que, y con miras de establecer un parangón con el anterior régimen de medidas cautelares utilizado plasmado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –al que la nueva ley remite de manera residual en varios casos-, nos adentraremos en los antecedentes del nuevo régimen, las diferentes pretensiones cautelares contempladas en la ley, sus distintos requisitos, la competencia del juez o tribunal, su objeto, finalidad y causa, la temporalidad de su concesión, las modificaciones relevantes, etcétera.

Ello así, dentro del llamado “proceso cautelar” pueden requerirse y disponerse para conjurar tales peligros, diversas medidas conocidas como “cautelares” o “precautorias” (Palacio, 1988), cuya finalidad se reduce a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe recaer en otro proceso (Fassi y Yanez, 1989). A continuación, repasaremos las diferentes nominaciones dadas a estas medidas.

Por otra parte, la ley 26.854, establece las condiciones de admisibilidad y procedencia de las medidas cautelares en los casos en los que algún órgano o ente del Estado, en ejercicio de funciones públicas, sea parte demandada o actora.

2. Presupuestos generales

El dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud. Además, el juicio de verdad en esta

materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad.

La procedencia de las medidas cautelares está justificada, en principio, en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito, la cual queda subordinada -como ya se dijo y se dirá a lo largo de este trabajo- a la verificación de los siguientes extremos: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, recaudos estos a los que se une un tercero establecido de modo genérico para toda la clase de medidas cautelares, esto es, la contracautela.

Asimismo, los requisitos de verosimilitud del derecho invocado y del peligro que se cause un daño grave e irreparable, se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus*² se debe atenuar.

Entonces, los requisitos comunes a toda medida cautelar y que, en una forma u otra sobreviven a las exigencias de estas, son:

- Verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*).
- Peligro en la demora (*periculum in mora*³).
- Contracautela.

Por lo que, una vez corroborada la existencia de las dos primeras y decretado su procedimiento, su efectivización quedará condicionada a la prestación de una caución o contracautela, constituyendo ésta un requisito del efectivo proceder de las medidas cautelares.

Ingresamos ahora a analizar cada uno de estos requisitos por separado, más allá que la exigencia para la procedencia de las medidas cautelares es que se den en su conjunto y de manera concurrente.

2. *Fumus bonis iuris* o *fumus boni iuris* traducido literalmente quiere decir “humo de buen derecho”, más en su acepción semántica debe entenderse como apariencia o aspecto exterior de derecho.

3. En España, los requisitos de procedencia de las medidas cautelares se encuentran contenidos en el artículo 728 Ley Enjuiciamiento Civil, que señala las exigencias de la doctrina y la jurisprudencia para poder adoptar este tipo de medidas: *Fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) y *Periculum In Mora* (peligro por la mora procesal) y prestar caución.

2.1 Verosimilitud del derecho

De este recaudo debe desprenderse el derecho a proteger (*fumus boni iuris* o *humo de buen derecho*), de manera que se justifique el aseguramiento de un eventual progreso de la demanda donde la prueba de la verosimilitud del derecho no debe ser acabada ni definitiva, ya que el derecho invocado recién habrá de determinarse y será materia del objeto del juicio principal. Por lo tanto, para que proceda la medida se requiere la apariencia de buen derecho y la verosimilitud como apariencia verdadera de aquel: la verosimilitud equivale a la probabilidad sobre la existencia del derecho y no exige un juicio definitivo sobre la materia controvertida sino solo su apariencia debiendo ser demostrada sumariamente. De allí que la tarea del juzgador deba restringirse a realizar “...un conocimiento periférico o superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en dicho proceso...” (Palacio, 2011).

Si para emanar la medida cautelar fuese necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en relación con el cual se espera la providencia principal, valdría más esperar ésta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud (Calamandrei, 1984).

Para declarar la certeza de la existencia del derecho en función de la providencia principal, basta que la existencia del derecho aparezca verosímil; para decirlo con mayor claridad, basta que, según el cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar.

2.2 Peligro en la demora

Si bien no debe prescindirse de este presupuesto para el otorgamiento de las medidas cautelares no siempre implica que debe exigirse su acreditación, por cuanto también puede ser presumido dada ciertas circunstancias. No obstante ello, este presupuesto otorga razón de ser al instituto de las cautelares; si tal peligro no existe, no se justifica su dictado. El temor del daño inminente es el interés jurídico que hace viable la adopción de la medida; interés que además debe revestir el carácter de actual al momento de petitionar la medida.

Estos recaudos se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca de aquella exigencia se puede atenuar. Asimismo, la doctrina ha entendido que aun cuando de existir

realmente peligro en la demora, debe encontrarse acreditada –aunque sea mínimamente- la verosimilitud del derecho (Gallegos Fedriani, 2002).

La jurisprudencia en la materia se mueve en dos direcciones; por un lado, se considera que para evaluar si existe peligro en la demora invocado como fundamento de la medida cautelar solicitada, debe apreciarse si de resultar la sentencia favorable a las pretensiones del peticionario, el transcurso del tiempo necesario para llegar a ella puede tornar inoperantes sus efectos. Así, si los perjuicios invocados son fundamentalmente económicos, no se configura el peligro en la demora, pues ellos pueden encontrar satisfacción en un adecuado resarcimiento (Sarquis de Navarro, María Cecilia c. Santiago del Estero, Provincia de s/ Acción Declarativa 2003). Por otro lado, la posibilidad de reparación no debe medirse en términos económicos; basta con que la reparación *in natura* sea imposible o, al menos, difícil para que proceda la suspensión del acto recurrido (Frigorífico Litoral Argentino S.A. c/ DGI. s/ declaración de certeza, 1996), y que los tribunales deben ponderar si existe menor perjuicio en otorgar la medida que en negarla.

El perjuicio también se resuelve desde la amenaza cierta de concretar un peligro inminente, que encuentra doble lectura. Para el Estado suspende una licitación en curso, una construcción que de paralizarla llevaría más riesgos que los eventuales reclamos o cualquier otra donde la balanza mide el perjuicio general con el individual, admitiendo resolver con esa vara. Pero, desde la posición del individuo, el grupo o la clase, la ponderación tiene igual relevancia⁴.

En las cautelares innovativas -previstas en el artículo 14 de la ley 26.854 como “Medida Positiva”- además de los presupuestos enunciados exige un cuarto que le es propio y característico: la irreparabilidad de la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar. De no acreditarse este presupuesto podría incurrirse en prejuzgamiento y no una

4. Al mediar suficiente verosimilitud en el derecho y en particular, la posibilidad de perjuicio inminente o irreparable, de conformidad con lo establecido en el art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenar al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región involucrada por la situación de emergencia extrema, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios (CS, 2007/09/18, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento”, Fallos, 330:4134). Cabe hacer lugar a la medida cautelar requerida en el marco de la acción de amparo promovida contra la provincia de Salta y el Estado Nacional, ordenándose de manera provisional el cese de los desmontes y talas de bosques nativos autorizados por la provincia, pues media suficiente verosimilitud en el derecho y la posibilidad de perjuicios inminentes e irreparables, de conformidad con lo establecido en el art. 232 del CPCCN, y resulta aplicable al caso el principio precautorio previsto en el art. 4º de la ley 25.675, limitándose su alcance a las autorizaciones otorgadas durante el último trimestre del año 2007 en atención a que los demandantes no individualizaron con precisión cuáles eran los desmontes o talas de bosques nativos autorizados que afectaron las áreas de influencia de las comunidades que representan, destacando especialmente que en aquel período se verificó un abrupto incremento en los pedidos de autorizaciones a tales efectos (CS, 2008/12/29, “Salas, Dino y otros c. Salta, provincia de y Estado Nacional s/amparo”).

orden de no innovar para mantener el *statu quo*. Los tribunales deben procurar -en tanto ello, naturalmente, sea posible y requerido- conferir al que demanda una protección en especie antes que en dinero. El dinero, por regla, confiere una tutela adecuada si y solo si pueda ser utilizado para reemplazar la cosa específica que fue perdida (Laycock, 1991). Claro está que hay casos en que la pérdida no puede ser reemplazada, tales como la tala de un bosque, la demolición de una construcción antigua y la destrucción de una obra de arte -entre muchos otros- por citar solo algunos ejemplos clásicos.

2.3 Contracautela

La caución debe ser real o personal y no simplemente juratoria, ello a fin de garantizar los eventuales derechos del destinatario de la medida. La decisión sobre la calidad también debe considerar la magnitud del menoscabo patrimonial que eventualmente pudiera derivarse. La juratoria se presta mediante juramento en el expediente, de forma que el requirente se responsabiliza de los daños y perjuicios que pudieren derivar de la medida, si resultara infundada. Es viable cuando la verosimilitud del derecho aparece manifiesta. La caución personal se configura cuando un tercero -y no el propio solicitante- se obliga por los presuntos daños que le pueden sobrevenir al embargado, en caso de que la medida precautoria haya sido indebidamente solicitada (Peyrano, 1997). Por otro lado, la real importancia de la afectación de un bien o bienes determinados a los mismos fines puede instrumentarse mediante el embargo de un inmueble, el depósito de acciones de una sociedad o de una determinada suma de dinero, la constitución de prendas, hipotecas, etcétera.

Funciona como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podrá surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada, en favor de aquel contra quien ha sido ejecutada.

También se consideró que las acciones meramente declarativas no admiten en principio medidas cautelares en razón que no tienen que proteger una prestación futura a cumplir salvo supuestos en que la otra parte pudiere hacer ineficaz la declaratividad por actos sobre la cosa o el derecho. La Corte Suprema sostuvo que: “La sola circunstancia de tratarse de una acción declarativa, no excluye la procedencia de medidas precautorias” (Provincia de Mendoza c/ Compañía Argentina de Teléfonos S.A., 1993).

En consonancia con el artículo 199 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN), las medidas cautelares sólo se concederán bajo la responsabilidad de la parte que las solicita, quien deberá dar caución por los daños y perjuicios que pudieran ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho. El prudente arbitrio judicial

determinará el monto y la calidad, a cuyo fin habrá de tener en cuenta la menor o mayor verosimilitud del derecho y las demás circunstancias del caso. De esta forma, a mayor grado de verosimilitud del derecho corresponderá menor exigencia de contracautela y, a la inversa, esta última deberá ser más elevada cuando aquel extremo se muestre como menos notorio (Vallefin, 2010).

La disposición del Art. 10 de la Ley 26.854, que habilita a los denominados sujetos excluidos a ofrecer como contracautela la caución juratoria (Ávalos, Buteler y Massimino, 2014), fue declarada inconstitucional por la jurisprudencia. Vale señalar que, “al excluirse la caución juratoria como contra cautela, se está avanzando de forma irrazonable sobre las facultades propias de la función judicial” (Szwarc, Rubén Mario y otro c. Estado Nacional y otros s/ medida precautoria, 2013).

Asimismo, el art. 11 de la ley ha incorporado en sus dos incisos el principio establecido con relación al ordenamiento procesal común de acuerdo con el cual, no corresponde exigir fianza cuando quien solicita la medida cautelar es el Estado nacional o alguna de sus entidades descentralizadas en resguardo del interés público comprometido en la causa.

Por último, y no menos importante, debemos mencionar el interés público comprometido.

3. Interés público comprometido

La procedencia de las medidas cautelares se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, recaudos que en el ámbito del proceso contencioso administrativo federal es necesario verificar de oficio (Neuquén, Provincia de C/ Estado Nacional (Ministerio del Interior) S/Acción de Amparo (Aportes del Tesoro Nacional), 2006) y ponderar con especial prudencia en atención a la presunción de legitimidad de que gozan los actos de las autoridades estatales y la consideración debida al interés público en juego (Frigorífico Litoral Argentino S.A. c/ DGI. s/ declaración de certeza, 1996).

En los procesos contencioso-administrativos, a los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar, debe agregarse la ineludible consideración del interés público, recaudo incorporado por el artículo 13, inciso 1, apartado “d” de la Ley 26.854 (Marchetti, 2016).

Así, en un proceso que tenía por objeto suspender los efectos de la resolución del Ministro de Salud de la Nación por la que se había dispuesto la clausura de una clínica, se ponderó que tal temperamento podría provocar una situación de riesgo para la salud humana,

circunstancia que había sido expresamente indicada por las autoridades sanitarias y cuya falsedad no resultaba posible determinar en ese estado procesal (Santa Salud SA c/ EN-M Salud s/ medida cautelar autónoma, 2015). En similar sentido se rechazaron medidas precautorias vinculadas con las restricciones del Banco Central de la República Argentina (BCRA) bajo el denominado “cepo cambiario”, con fundamento en que el Tribunal no debía desprenderse del análisis de las repercusiones que podía generar la decisión reclamada sobre el sistema económico del país (Domínguez Juan Manuel c/ EN -AFIP-Resol 3210/11 s/ amparo ley 16.986, 2012).

No cualquier interés puede considerarse suficiente para desestimar la pretensión cautelar contra Estado nacional o sus entes descentralizados. En este aspecto debe destacarse que la noción de interés público, como factor relevante para impedir una medida cautelar en este ámbito del proceso administrativo federal, no se identifica con el simple interés que ha llevado a dictar el acto o ejecutar la conducta estatal cuestionada, sino con el interés general de la comunidad; y no simplemente los propios del Estado nacional o los particulares de alguno de sus entes.

Esta nueva concepción debe conducir a estimar la procedencia de la tutela cautelar, no ya desde la exclusiva preeminencia del interés público, sino a partir de una ponderación razonada de todos los intereses en conflicto: los del Estado nacional y sus entes. Pero también los del particular que reclama la protección judicial e incluso de los terceros a quienes el acto o la norma cuestionada beneficia o perjudica en el caso concreto (Simón Padrós, 2015).

El interés público al que se refiere debe ser un extremo para ponderar. Esto supone –a entender de Comadira- considerar dos aspectos: por un lado, la índole del interés público comprometido y, por el otro, el grado de afectación.

En ese orden de ideas, resulta oportuno colacionar la línea doctrinal que distingue entre intereses públicos primarios –de impostergable satisfacción- e intereses públicos secundarios.

El interés público varía de caso en caso y su satisfacción no tiene la misma trascendencia o entidad en todos los supuestos, ni admite su postergación de la misma manera en todas las hipótesis. No es lo mismo el interés comprometido en la contratación de medicamentos para asistir a la población afectada por una epidemia, que el implicado en el acto que decide el cese de un agente, aun cuando este sea un funcionario jerarquizado.

En segundo término, debería evaluarse el grado de afectación de esos intereses. Es decir, si se trata de una afectación grave o leve de un interés público primario o secundario.

Por lo tanto, no debe ser evaluado en forma abstracta y teórica, sino de manera puntual y concreta, significando que la Administración también deberá indicar, de manera particular y concreta, de qué manera el interés público está comprometido.

4. Distintas clasificaciones

El nuevo régimen de medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado Nacional, las clasifica en suspensivas, positivas y de no innovar; asimismo las solicitadas por el Estado, están descriptas desde el artículo 13 al 17 inclusive en la ley N° 26.854. El criterio ha sido recogido expresamente y al respecto impone, con carácter general, la concurrencia simultánea o conjunta de los requisitos de procedencia de todas las medidas precautorias solicitadas en contra del Estado o de una autoridad nacional.

El art. 13 establece la clasificación con relación a la suspensión de los efectos de una ley, de un reglamento o de un acto administrativo general o particular; el art. 14 respecto de las medidas cautelares positivas destinadas a imponer la realización de una determinada conducta a la autoridad pública demandada; y el art. 15 con referencia a la denominada medida cautelar de no innovar.

4.1. Suspensivas

El Artículo 13 de la Ley 26.854, sobre suspensión de los efectos de un acto estatal, supone que la acción se dirige a cuestionar actos generales tales como las leyes, los reglamentos (autónomos)⁵ los decretos (reglamentarios, de necesidad y urgencia, delegados); como así también actos individuales, los contratos administrativos, los tratados internacionales y la Constitución Nacional.

Así, la suspensión es la medida cautelar con mayor tradición en la materia. La legislación procesal federal -a diferencia del ámbito provincial- no la consagraba de modo expreso, lo que fue superado con la sanción del mentado artículo 13 de la ley 26.854.

5. Constitución Nacional Argentina, Artículo 99: “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país. 2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias. 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar...”.

Cabe mencionar que el art. 12 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (en adelante LNPA) prevé la suspensión del acto en sede administrativa y por la autoridad interviniente, ya sea por razones de interés público, perjuicios graves al interesado y nulidad absoluta debidamente fundada.

Nótese que las pautas establecidas en la LNPA pueden ser asimilables a las previstas en el CPCCN, con más la ponderación del interés público. Recordemos que, en efecto, el precepto prevé la suspensión para evitar perjuicios graves al particular y en razón de la constatación de una probable nulidad absoluta. Ahora bien, la alegación fundada de la nulidad no es más que la verosimilitud del derecho; en tanto que el objetivo de evitar graves perjuicios al interesado se refleja en el peligro en la demora.

La parte interesada es quien debe solicitar el dictado de la medida, y los requisitos exigidos para su otorgamiento deben concurrir simultáneamente. Se repiten los de la verosimilitud en el derecho y el de peligro en la demora, agregándose el de la no afectación del interés público comprometido y que la suspensión no produzca efectos jurídicos irreversibles, requisito este que también se repite en el resto de las medidas.

La ley también interviene en una zona de larga data jurisprudencial, consistente en determinar si pendiente el agotamiento de la vía administrativa podría solicitarse directamente ante los tribunales la medida cautelar, dando respuesta a una cuestión debatida antes de la sanción de la ley de medidas cautelares referida a la obligación o no, de requerir la suspensión del acto en sede administrativa en forma previa a la solicitud en la instancia judicial⁶. En la actualidad el debate ha sido zanjado por la ley de medidas cautelares.

Es decir, el justiciable deberá acudir a sede administrativa y obtener una denegación expresa o tácita y luego requerir judicialmente la suspensión; configurándose así la llamada medida cautelar autónoma.

La nueva ley decididamente opta por exigir que, en forma previa al requerimiento autónomo de suspensión judicial del acto administrativo, se haya solicitado la suspensión en sede administrativa, y hasta tanto se resuelva el recurso o reclamo obligatorio para agotar la vía o, en su caso, el recurso o reclamo optativo y procedente articulado aun luego de agotada la misma, habiendo sido rechazada la petición o bien transcurrido cinco días desde la solicitud sin haber obtenido resolución al respecto.

6. En contra, Gambier, B. y Zubiaur, C., en *Las medidas cautelares contra la Administración (fundamentos, presupuestos y aplicación del art. 12 de la ley 19.549)*, LL, 1993-D-690. Lo había exigido, en su momento, CNContAdmFed, Sala III, 20/2/95, “*EDESUR SA c/ ENRE -Resol. ENRE n° 18/95*”; id., 02/04/1985, “*Romero*”, y las citas de sus precedentes. Ver también, CSJN 7/3/85, “*Hughes Tool Company SACIFI c/ Nación Argentina*”, Fallos, 307:178.

A entender de Comadira (2016), no parecería que se trate de una solución desacertada cuando aún esté en curso el trámite administrativo. En efecto, si todavía está pendiente la instancia administrativa, parece lógico que sea primero en esta sede donde se requiera la suspensión del acto que se impugna administrativamente y, solo si tal petición es denegada o no se obtiene una respuesta en un plazo razonable, pueda acudirse a la justicia para superar la denegatoria o el silencio. No obstante, dicha regla no debería ser absoluta y, en esto, la ley de medidas cautelares ha pecado de excesiva al no contemplar excepciones a la obligatoriedad del requerimiento administrativo previo.

En síntesis, la suspensión de la ejecución de un acto administrativo configura una prohibición de innovar consistente en detener durante la sustanciación del proceso, los efectos jurídicos y fácticos de ese acto (Palacio, 1988).

4.2 Positivas

Continuando, el artículo 14 de la Ley 26.854 consagra la medida positiva, que también cuenta con una extensa interpretación judicial, tanto a nivel federal como local.

Este tipo de medidas involucran a aquellos mandatos judiciales dirigidos a la autoridad estatal para que realice una determinada conducta u otorgue una prestación de una manera urgente, y se traduce en una obligación de hacer (Comadira, 2003).

No obstante lo expuesto, el campo de actuación de las cautelas positivas es más amplio aún, ya que procede frente a los actos por los cuales se deniega una petición, la inactividad material o la inexecución de un acto administrativo que se encuentra firme (Buteler, 2009).

Es decir, constituyen una herramienta útil frente a la inactividad de la Administración en general, o en el supuesto de una denegación de derechos, importando la emisión de un mandato judicial para que aquella observe una conducta activa, esto es, no una mera abstención de ejecutar ciertos efectos sino directamente, una obligación de hacer (Comadira, 1996, p. 215). Y cuando el acto debido por la Administración corresponde al ejercicio de facultades regladas, podrá disponerse este tipo de medidas; pero cuando se trate de atribuciones discrecionales, su procedencia deberá limitarse a los casos en los que la abstención de emitir el acto debido implique una violación manifiesta de los límites jurídicos de la discrecionalidad.

En efecto, estas medidas positivas -o innovativas- poseen características excepcionales, ya que tienden a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto

del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en los recaudos que hacen a su admisión⁷.

Analizando los requisitos establecidos en el mentado artículo 14, en su inciso primero exige como punto a) “Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada”. En efecto, en este punto nos referimos a la exigencia de la “verosimilitud del derecho” antes aludido, al igual que el siguiente inciso b) “Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública exista”; y el punto c) “Se acreditare sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior”; es el equiparable al “peligro en la demora”.

Lo relevante aquí al tratarse de una medida positiva es localizar un deber jurídico del Estado que sea concreto y específico, en una aproximación inicial que sea también concreta y específica. Sin embargo, a menudo las impugnaciones se orientan a exigir conductas del Estado que no encuentran respaldo en un enunciado normativo de aquellas características (Vallefn, 2002).

Como puede observarse, la concesión de este tipo de cautelares genera una modificación de la situación previa existente antes de su dictado. Por ello tradicionalmente se ha exigido un grado mayor de prudencia al analizar los requisitos de su procedencia⁸.

Un sector de la doctrina (Ammirato y Saba, 2012) ha discurrido acerca de si las medidas cautelares positivas son a su vez innovativas. Gallegos Fedriani las distingue en estos términos:

7. Esta ley fue sancionada en compañía de la 26.853, que dispuso la creación de las Cámaras de Casación (suspendida en el marco de la Causa 22621/2013, Inc. de medida cautelar en autos “CACBA”), y de la Ley 26.855, que regula la integración y funcionamiento del Consejo de la Magistratura, también declarada inconstitucional en la causa “Rizzo”.

8. Esta exigencia fue sustentada en la modificación de la situación de hecho o de derecho que produce la admisión de una cautelar positiva y en la circunstancia de que podrían configurar un anticipo de jurisdicción. Empero, tales argumentos pierden de vista, por un lado, las características propias de las cautelares: provisionalidad, sumariedad, instrumentalidad, etc.; y, por el otro, que frente a las facultades propias de la Administración se encuentran las también propias del Poder Judicial, entre las que se encuentran las decisiones cautelares. Nótese que la propia Corte ha hecho ceder tales oposiciones frente a la configuración de los recaudos cautelares, “si bien se ha considerado a las medidas innovativas como excepcionales, por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, corresponde hacer lugar a ellas cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que exigen una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual, a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los intereses en juego” (CSJN, Fallos: 326:3210, 1/9/2003, “Salta, Provincia de c. Estado Nacional s/ ejecutivo”).

Al petionar una innovativa, el particular pretende ser colocado en la situación en la que se hallaba antes de su solicitud; es decir, que se restablezca el estado de cosas que existía con anterioridad a la actuación innovadora de la Administración. Por el contrario, si se persigue la obtención de una medida cautelar positiva, el administrado aspira a quedar en una situación nueva, distinta de la que gozaba antes como después del acto que lo perjudicó (Gallegos Fedriani, 2004, p.762).

Por su parte, Balbín (2011) destaca que, en el caso de la suspensión del acto, la pretensión tiene por finalidad volver las cosas al estado anterior, de allí que la decisión cautelar tenga un fin innovador⁹. Empero, si partimos del análisis del estado de cosas anterior a la emisión del acto administrativo y de su ejecución, entonces, la cautelar no innova nada. Sin embargo, concluye que lo fundamental es colocarse en otro lugar para dilucidar el planteo:

Esto es, si el Estado ejecutó o no el acto impugnado. En el primer caso, el decisorio cautelar del juez es claramente innovador ya que vuelve las cosas al estado anterior. En el segundo, es más opinable porque el acto no fue ejecutado de modo que la suspensión mantiene el estado actual de las cosas (p. 84).

De todos modos, concluye que la diferencia entre las cautelares innovativas y las no innovativas es jurídicamente irrelevante, por cuanto no cabe exigir una mayor estrictez en un caso o en otro por ese solo carácter.

4.3 No innovar

Siguiendo con la exposición de las medidas cautelares, de acuerdo con lo establecido por el art. 15 de la ley 26.854, la tradicional medida de “no innovar” es procedente contra los comportamientos o actuaciones materiales, hechos y no actos, ilegítimas de los órganos públicos constitutivas de vías de hecho.

9. En este entendimiento, la jurisprudencia sostuvo que: “La pretensión del cargador de obtener la reposición de las cosas al estado anterior a la carga no puede calificarse como una medida de no innovar, pues no persigue mantener el ‘status’ existente, sino alterar ese estado de hecho o de derecho vigente antes de su dictado, por lo cual, además de los tres requisitos esenciales de las medidas precautorias, debe existir la posibilidad de que se consume un daño irreparable. Por ello, dicha pretensión constituye una medida cautelar innovativa” (CNFed. Civ. y Com., Sala 1, “Skybridge SA c. Maitetsu Express Corp.”; decisión del 05/9/1996).

En estrecha relación con lo que se viene de exponer en el apartado anterior, cabe destacar que “no innovar” significa dejar las cosas como estaban en un momento determinado, es decir, mantener el statu quo que de hecho o de derecho existe al tiempo de requerir la tutela. Se trata pues de una medida cautelar conservatoria (Barbarán y Saba, 2010) que como tal queda sujeta a los mismos recaudos de admisibilidad que los restantes tipos de cautelares.

La falta de una regulación procesal administrativa en el orden federal –como se dijo– condujo a los tribunales federales a la aplicación supletoria del artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que contempla la denominada “prohibición de innovar”. En este supuesto la medida traduce un mandato de abstención dirigido al demandado, debido al cual no puede modificar el estado de las cosas (Editorial Río Negro SA c. Neuquén, Provincia del s/acción de amparo, 2003).

Ello así, la decisión cautelar de no innovar no importa adoptar una decisión que implique, a nivel preventivo, adelantar un criterio acerca de la certeza del derecho alegado. Si siguiéramos el razonamiento expuesto en oportunidad de analizar la superposición del objeto de la acción y la cautelar, podría decirse que la exigencia de una mayor prudencia y su admisión en supuestos muy especiales deberían atenuarse en este caso (Ammirato y Saba, 2012).

En concreto, a diferencia de las suspensivas, la contracara de las medidas no innovativas son las llamadas innovativas, cuya concesión implica una modificación del estado de las cosas y, por ello, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que su procedencia debe ser apreciada con criterio más riguroso y estricto, máxime en el ámbito de las medidas cautelares contra el Estado, dada la presunción de legitimidad de los actos administrativos y legislativos¹⁰.

4.4. Solicitadas por el Estado

La ley prevé el caso de que sea el propio Estado quien solicite una medida cautelar. El art. 16 faculta al Estado Nacional y a sus entes descentralizados a solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, sujetando el pedido a circunstancias de hecho

10. Sin embargo, se aceptó que dicha presunción cede frente a fundamentos, prima facie, verosímiles (cf. CSJN, Fallos: 330:5226, 18/12/2007, “Capatti, Gustavo Jorge c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”; entre muchas otros), o cuando genere graves daños al administrado (cf. CSJN, Fallos: 329:482, de fecha 31/10/2006, “Pluspetrol S.A. c. Neuquén, Provincia del y otro s/ incidente de medida cautelar-IN1”).

que se deben demostrar, sin perjuicio de igualar la admisión con los demás presupuestos precautorios.

Lo primero impone acreditar que existe un riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre: a) el interés público, b) el patrimonio estatal, u c) otros derechos de su titularidad. Los otros recaudos inciden en la verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada. Además, debe demostrarse la idoneidad y necesidad del pedido en relación con el objeto de la pretensión principal. El requerimiento de una “protección” no es acorde con el sentido particular de cualquier medida cautelar; en realidad, toda medida provisional procede para asegurar el objeto del proceso, o anticipar un derecho que se torna visible, o para guarecer con medidas adecuadas, el fin naturalmente ejecutivo que para una sentencia se espera.

Asimismo, es claro que la autoridad pública que solicita la tutela cautelar deberá acreditar sumariamente el peligro del daño al interés público, la verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada, así como la idoneidad de la medida para asegurar, en el caso concreto, el objeto de la pretensión principal.

De allí que los jueces, al momento de resolver la pretensión cautelar del Estado nacional y sus entes, deberán considerar, además de la concurrencia de los recaudos exigidos para cada medida en particular, la presencia de motivos serios y razonables que demuestren la existencia de un interés público preponderante que justifica, en cada caso, la provisoria anticipación de la tutela judicial.

A diferencia de la regla general establecida en el art. 10, por medio de la cual se condiciona la eficacia práctica de las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas al previo otorgamiento de una caución real o personal, la ley no exige al órgano o autoridad pública que solicita la protección cautelar en defensa del interés público, del patrimonio u otro derecho de titularidad estatal, la constitución de una fianza o contracautela por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar.

Evidentemente, la razón de esta exención legal se encuentra en la presunción de solvencia del Estado Nacional (Simón Padrós, 2015).

Como las medidas cautelares a favor del Estado se pueden plantear aún desde la posición de demandado, el derecho que el artículo confiere puede servir para actuar con anticipación al peligro de oposición de precautorias de la otra parte; y será “precautelar” porque tiene que predecir el riesgo que invoque, en cualquiera de los parámetros dispuestos. Alguna doctrina señala que la jurisdicción precautelar comienza con la plenitud de las medidas cautelares genéricas, luego con la medida cautelar innovativa y en la actualidad

de la satisfacción provisional. Ésta última, en una forma distinta a las medidas cautelares tradicionales y más cerca de la anticipación (Ramírez, 2005).

4.5 Tutela urgente por interrupción de servicios públicos

A su vez, la regulación en examen contiene una previsión específica para los supuestos que denomina tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos.

La ley reitera el principio general contenido en el artículo 3° inciso 1° y autoriza al Estado Nacional y a sus entes a solicitar de manera previa, concomitante o posterior a la promoción de la demanda, la adopción de todas aquellas medidas cautelares que, según las circunstancias de la causa, resulten las más idóneas para asegurar el objeto del proceso y garantizar la prestación de los servicios públicos, la ejecución de las actividades de interés general o la integridad o el destino de los bienes afectados al cumplimiento de tales cometidos (Simón Padrós, 2015).

Culmina el artículo destacando que lo expuesto 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.

De esta forma, se introduce una figura que vuelve a facultar al Estado en un ámbito específico —el de los servicios públicos o actividades esenciales— a requerir el dictado de medidas cautelares.

5. Conclusiones

La ley 26.854 regula cuestiones procedimentales y sustantivas respecto del dictado de medidas cautelares contra el Estado Nacional y contempla asimismo el dictado de medidas cautelares a instancias del propio Estado.

En los aspectos sustantivos la ley contempla distintos tipos de medidas cautelares contra la administración -debiendo destacarse la recepción en forma expresa, por primera vez en el ámbito federal, de medidas cautelares positivas contra el Estado- y los requisitos de procedencia de cada una de ellas. Tales requisitos expresan diversos criterios que han sido receptados jurisprudencialmente y que, más allá del modo en que están redactados en algún caso y del innegable aporte que supone que sean sistematizados por el legislador, no parecieran innovar respecto del estándar que en la materia aplica la jurisprudencia federal mayoritaria.

En razón de lo anterior, considero imperioso en esta etapa histórica gestacional de un nuevo paradigma en la distribución de derechos y garantías, construir un sistema de ideas en el que la unidad de la actividad del Estado, sea una herramienta eficaz para garantizar la efectividad de los derechos sociales reconocidos por las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos, requiriéndose para ello una intervención planificada del Estado en el sistema económico y social de la nación. Además, el sistema institucional requiere el acompañamiento de un Poder Judicial que concrete la revisión de políticas públicas de forma tal de garantizar estos derechos fundamentales a toda la ciudadanía.

Dentro de las modalidades de este tipo de tutelas urgentes, las cautelares son una especie, y conviven dentro de esta modalidad junto con otras herramientas procesales, como el amparo, las medidas auto satisfactivas, algunas medidas provisionales y ciertos interdictos, por ejemplo.

En definitiva, hasta tanto se dicte una regulación procesal específica para aquellas modalidades de tutela urgente que no cuentan hoy en día con una reglamentación legal concreta, los jueces pueden disponer de ella en cuanto fuera indispensable para asegurar la garantía de defensa en juicio, tal como resulta en definitiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en su momento, reconoció la acción de amparo (Siri, Ángel s/Interponer Recurso de Habeas Corpus, 1957).

Con la sanción de esta ley de medidas cautelares es propicio el comienzo de transformación de la justicia -en especial la administrativa- y es de esperar que, en todos los ámbitos de aplicación, se trabaje en la confección de nuevos carriles formales que permitan una atenuación de las prerrogativas procesales del Estado. Esta tendencia se encuentra en línea con la constante práctica de utilización del derecho como herramienta ideológica y cultural de transformación de la realidad social en la que se enmarcaron los importantes cambios promovidos y concretados por el Estado Nacional, todo ello en respeto de los derechos humanos fundamentales que sostienen los cimientos de nuestra sociedad democrática y participativa.

Así, se reconoce expresamente la justiciabilidad de los derechos sociales y se garantizan los derechos económicos, sociales y culturales de todos los sectores de una sociedad (salud, derechos alimentarios, ambientales, laborales, etc.), cumpliendo con el principio internacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a todos los grupos sociales, concediéndoles una atención especial y diferenciada.

Esta tutela jurisdiccional diferenciada comprende los denominados procesos urgentes, que cumplen una importante función en el proceso por la satisfacción de objeto en un momento tradicionalmente no previsto. Por lo que, estas nuevas instituciones amplían el

universo jurídico incorporando nuevas tutelas jurisdiccionales diferenciadas, logrando de esa forma un mayor proteccionismo a los derechos y garantías vulnerados.

Si partimos de la base de que la ley de medidas cautelares –más allá de la discusión del origen político de su creación- brinda una respuesta al desconocimiento de la protección del interés público por vía de la justicia cautelar, concluimos en que lo hace. Por un lado, evitando el abuso del poder cautelar por parte de grupos económicos y, por el otro, atendiendo a la protección de los derechos fundamentales, podemos arribar a una conclusión en torno a qué significa para el Estado argentino hoy en día la tutela del interés público: la protección de los derechos fundamentales y la preservación de aquellas potestades estatales ordenadoras de las actividades económicas y sociales, que resultan indispensables para generar las condiciones de vida que garanticen el pleno goce y efectividad de aquellos derechos.

Ello, no obstante existir un pensamiento contrario de que si bien la normativa analizada sigue en general los lineamientos fijados por el CPCCN y por la jurisprudencia de la CSJN, lo cierto es que cercena los derechos de los individuos frente al Estado y protege a la Administración, desnaturalizando el instituto de la medida cautelar, al fijarle un plazo de vigencia contrario a la realidad.

En definitiva, todo tipo de normas creadas para agilizar la justicia deben ser puestas en valor a través de prácticas institucionales que las sostengan y no quedar en simples expresiones de deseo. Una reforma procesal y sustancial como la que aquí nos convoca debe tender a garantizar la inmediación y la agilidad en el proceso porque son herramientas imprescindibles para una justicia rápida, responsable y presente. Por eso es bueno recordar, como un ejemplo a evitar, lo que sucedió con el CPCyC: sus dos últimas y más importantes reformas instituyeron la audiencia preliminar como dispositivo central y racionalizador del debate. Si bien su propósito fue múltiple y convergente -un proceso eficaz, ágil y ordenado-, la intención de la reforma sucumbió en la práctica. En efecto, la mayoría de los jueces nacionales no toman la audiencia preliminar o la delegan. Corolario: sin compromiso de los jueces en dar efectividad a los principios que el legislador fija, la reforma puede fracasar.

Se advierte que los temores que mereció la recepción de la Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional pudieron fundarse más en la “mala junta”¹¹ que en el contenido de sus disposiciones. Sin valorar casos puntuales, creo que los jueces han podido mantener

11. Esta ley fue sancionada en compañía de la 26.853, que dispuso la creación de las Cámaras de Casación (suspendida en el marco de la Causa 22621/2013, Inc. de medida cautelar en autos “CACBA”), y de la Ley 26.855, que regula la integración y funcionamiento del Consejo de la Magistratura, también declarada inconstitucional en la causa “Rizzo”.

en general el criterio que tenían para conceder y denegar tutelas precautorias y, excepcionalmente, declararon la inconstitucionalidad o no aplicaron los aspectos de la ley que impedían tal continuidad. Me atrevería a sostener que la aplicación que, en general, hicieron los jueces de la nueva ley, no habría implicado un desmedro sustancial en la tutela judicial efectiva ni se habría modificado el porcentaje de medidas cautelares desestimadas respecto de las concedidas (si este dato se midiera, ya que no hay estadísticas en tal sentido). Recordemos que el criterio jurisprudencial anterior a la nueva ley ya intentaba respetar el delicado equilibrio entre prerrogativa y garantía propia del Derecho Administrativo en la modulación de la tutela urgente para el proceso administrativo (Marchetti, 2016).

Esperemos, y sin adquirir una postura u otra, que la interpretación de estas normas vaya en el camino de un cambio de paradigma del Derecho Administrativo, como repercutió respecto de los derechos humanos sobre toda otra cuestión en los albores de este siglo XXI. No debemos olvidar que las medidas cautelares nacieron para dar una respuesta urgente a la tutela judicial efectiva de quien la peticione, siendo su objeto asegurar la eficacia de una eventual sentencia judicial, sin importar de qué tipo de medida estemos hablando, sea de innovar o no, autónoma o autosatisfactiva; todas ellas tienen una misma finalidad: la celeridad, siendo su característica estar destinada a evitar un perjuicio al recurrente que sea objeto de imposible reparación ulterior.

En definitiva, los mejores custodios del arbitraje entre el poder y la libertad son los jueces independientes, porque su función les permite remontar el vuelo de las alturas constitucionales, cuando la legalidad contingente aparece atrapada por el autoritarismo o el individualismo (Comadira, 2016, p. 467).

De todas formas, admitiendo o no la utilización del emplazamiento para ciertos supuestos, son los jueces los que en cada caso concreto deberán ponderar si se dan los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares requeridas, siendo ellos, junto a los abogados, los responsables para que se abra paso con resolución y con lucidez, la técnica de la justicia provisional inmediata que se ventila en el plano de las medidas cautelares, impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial efectiva y de la tutela cautelar efectiva.

Referencias bibliográficas

- Aberastury, Pedro, Medidas cautelares contra el Estado, Ley 26.854 comentada y anotada, Prólogo de Juan Carlos Cassagne, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2020.
- Ammirato, A. y Saba, P. “Medidas Cautelares contra el Estado”, en Kiper, C.M. (2012). *Medidas Cautelares*. La Ley.
- Ávalos, E., Buteler, A. Y Massimino, L. (2014). *Derecho Administrativo 2*. Ed. Alveroni.
- Balbín, C. F. (2011). *Tratado de derecho administrativo*, T. IV. La Ley.
- Barbarán, J. y Saba, P. A. (2010) “Medidas cautelares”; en Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2da ed
- Basterra, M. (2013). “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la ley 26.854”, en *Estudios de Derecho Público*, Regueira, E. (Dir.), Asociación de Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- Buteler, A. (2009). *Medida cautelar positiva contra la administración*. La Ley.
- Calamandrei, P. (1984). *Providencias cautelares*. Ed. Bibliográfica Argentina.
- Cassagne, E. (2013). “El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la ley 26.854”, en *Suplemento Especial La Ley*, Ed. La Ley.
- Comadira, J. R. (1996). *Derecho administrativo. Acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*. Abeledo Perrot.
- Comadira, J. R. (2003). *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y Comentada*. La Ley.
- Comadira, Julio Pablo “La suspensión judicial de los efectos del acto administrativo en la nueva ley de medidas cautelares en las que el estado es parte”, en Universidad Austral (2016). *Control Público y Acceso a la Justicia - Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho. Ed. Astrea.
- Comadira, Julio Pablo, *Ley de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado, Comentada arlosy anotada*, con prólogo de Laura M. Monti, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2021.
- Fassi, S. C., y Yanez, C. D. (1989). *Código Procesal Civil y Comercial*, T. II. Astrea.
- Gallegos Fedriani, P. (2002). *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*. Ed. Abaco.
- Gallegos Fedriani, P.O. “Control Judicial de la Administración. Medidas cautelares”; en Cassagne, J. C. (2004). *Derecho Procesal Administrativo - Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez*. Hammurabi.
- Gil Domínguez, A. (2013). “La inconstitucionalidad e inconventionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte”, en *Suplemento Especial La Ley*, Ed. La Ley.
- Gozáini, O. (2013). “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”, en *Suplemento Especial La Ley*, Ed. La Ley.

- Laycock, D. (1991). *The Death of the Irreparable Injury Rule*. Oxford University Press.
- Loutayf Ranea, R. y Ovejero López, J., “Caución juratoria y personal, como Contracautela”, citado por Peyrano, J. W. (1997). *Compendio de reglas procesales en lo Civil y Comercial*, Ed. Zeus.
- Marchetti, L. “La aplicación de la ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional en el Fuero Contencioso Administrativo Federal”, en Alonso Regueira, E. (2016). *El Control de la Actividad Estatal II - Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos*. Asociación de Docentes UBA, Fac. de Derecho.
- Midón, M. S. (2013). “Medidas cautelares requeridas contra el Estado Nacional. Botiquín de inocuos placebos”, en *Suplemento Especial La Ley*, Ed. La Ley.
- Oteiza, E. (2013). “El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854”, en *Suplemento Especial La Ley*, Ed. La Ley.
- Palacio, L. E. (1988). *Manual de derecho procesal civil*, 7º Ed. Abeledo Perrot.
- Palacio, L. E. (2011). *Derecho Procesal Civil*, T. VIII. Abeledo Perrot.
- Ramírez, J. O. (2005). *Función Precautelar*. Astrea.
- Simón Padrós, R. . (2015). Medidas cautelares. Causas en las que es parte o interviene el Estado nacional. *Derecho administrativo. Legislación usual comentada*. La Ley.
- Vallefin, Carlos. (2002). *Protección cautelar frente al Estado*. Abeledo Perrot.

Referencias legales

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sarquis de Navarro, María Cecilia c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ Acción Declarativa. S. 1257. XXXIX. 30/10/2003, Fallos: 326:4409; La ley, 1995-A, 220. JA, 1996-II-357.

CS, Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo; S. 1144. XLIV. ORI; 29/12/2008, Fallos: 331:2925.

CS Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Otros s/proceso de conocimiento; D. 587. XLIII. ORI; 18/09/2007, Fallos: 330:4134.

CS Mendoza, Provincia de c/ Compañía Argentina de Teléfonos S.A. y otro s/ acción declarativa de certeza. M. 129. XXIII.13/11/1990; Fallos: 313:1152.

CS Neuquén, provincia de c/ Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/acción de amparo (aportes del tesoro nacional. N. 308. XLI. ORI; 26/09/2006, Fallos: 329:4161.

CS Frigorífico Litoral Argentino S.A. c/ DGI. s/ declaración de certeza. F 324 XXXI; 16/07/1996, Fallos: 319:1317.

CS Editorial Rio negro SA c/ Neuquén provincia del y otro s/accion de amparo; E. 1. XXXIX. ORI; 05/09/2007, Fallos: 330:3908.

CS Siri, Ángel S/Interponer Recurso de Habeas Corpus; 27 de diciembre de 1957, Id SAIJ: FA57997827.

CSJN, Sala IV, 13/08/2015, “*Santa Salud SA c/ EN-M Salud s/ medida cautelar autónoma*”, Exp. N° 19238/2015/CAI.

CSJN, Sala IV, “*Domínguez Juan Manuel c/ EN -AFIP-Resol 3210/11 s/ amparo ley 16.986*”, Exp. N° 25.724/2012.

CNApComercial, Sala A, 12/08/2013, “*Szwarc, Rubén Mario y otro c. Estado Nacional y otros s/ medida precautoria*”, LL, 2013-E-522.