

IMPORTANCIA Y JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Carlos A. VALLEFÍN*

SUMARIO: I. *El principio de división de poderes y el control de la administración pública.* II. *La importancia de las medidas cautelares.* III. *Encuadramiento constitucional de las medidas cautelares. El silencio o prohibición legislativos.* IV. *Cautelarización y gobierno de las medidas cautelares.* V. *Conclusiones.*

I. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES Y EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. *Justificación y repaso histórico de dos modelos*

Según dispuso el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano dada en Francia en 1789, “toda sociedad donde no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución”.¹ Su fundamento, expresado con las palabras del *De l’Esprit des Lois* de Montesquieu, es claro: “es una experiencia eterna que todo hombre investido de poder tiende a abusar de él,

* Profesor de derecho administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina y de derecho procesal administrativo y constitucional de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, Argentina.

¹ Sin desautorizar la decisiva importancia de este texto en las futuras constituciones de los países de Occidente es interesante notar que en el año 1895 George Jellinek publicó un trabajo comparativo entre distintas declaraciones de derecho. “Los documentos americanos —afirma— estaban en todas las manos cuando se redactaba la Declaración

yendo hasta donde encuentra límites” y “para que no se pueda abusar del poder, es necesario que, por disposición de las cosas, el poder detenga al poder”.

La llamada división de poderes “es considerada desde el siglo XVIII, en un sentido especial, como contenido necesario de una Constitución liberal y auténtica”, contenido que es “la garantía orgánica contra el abuso del poder del Estado”, de lo que se sigue que “allí donde no se ha introducido o donde se ha suprimido, domina *eo ipso*, según esta concepción, el despotismo, el absolutismo, la dictadura”.²

Sin embargo, el principio asumió una concepción bifronte a uno y otro lado del Atlántico: Francia y los Estados Unidos de América se erigieron en paradigmas, en cierto sentido, antitéticos.

En aquélla, por razones históricas nacidas de la desconfianza hacia el *Ancien Regime*, una de las primeras leyes de la Revolución —la del 16/24 de agosto de 1790, en alguna medida reiterada cinco años después, por la ley del 16 Fructidor de año III— dispuso que “las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas; los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera que sea las operaciones de los órganos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”. Esta concepción del principio de división de poderes hizo entonces que se sustrajera a la administración del control de los tribunales judiciales y que, tras larga evolución, quedara en manos de un organismo administrativo que es el Consejo de Estado.³

francesa: formular la conclusión de que han ejercido sobre ella un cierto influjo, es proceder como historiador”. Al texto francés, opone el artículo XXX de la Constitución de Massachusetts que dice así: “In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial, shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to end it may be a government of laws, and not of men”. Véase autor citado, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de Adolfo Posada, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 104 y 148.

2 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982, capítulo IV, II, 2, p. 60.

3 Weil, Prosper, *Le droit administratif*, 14a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1991, pp. 6 y ss.

En Estados Unidos, por su parte, la situación es bien distinta. En 1788 Hamilton escribía:

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores: en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.⁴

Años después, en 1803, la Suprema Corte, por boca de John Marshall, su presidente, consagraba en el caso *Marbury vs. Madison* la tesis antes sostenida, del control de constitucionalidad de las leyes por parte de los tribunales.

Esta concepción ha hecho que, en el sistema estadounidense no se haya cuestionado la conveniencia de la revisión judicial de la acción administrativa, de modo tal que, cuando la actuación de un organismo sobrepasa los límites legales, corresponde la intervención de los tribunales. “La revisión judicial —se ha señalado— es el balancín (*balance wheel*) del derecho administrativo” y sin ella, “los límites reglamentarios no serían sino palabras vacías”.⁵

2. *El régimen en nuestro país*

Desde sus primeros pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella”.⁶

⁴ Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *The Federalist Papers*, Nueva York, núm. 78, Bantam, p. 395.

⁵ Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, 3a. ed., Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1976, pp. 429 y 470.

⁶ Fallos 33:162.

Herederos declarados de la concepción americana del principio de división de poderes,⁷ la Ley 27 del año 1862 atribuyó a los tribunales federales competencia en las causas contencioso-administrativas —principio que, no obstante las sucesivas reformas legislativas, se mantiene— sin que se discuta hoy la atribución del Poder Judicial para revisar la legitimidad de la actuación administrativa.

La citada ley fue el punto inicial de una evolución que, en el orden federal, culmina con la Ley 19.549 que constituye un sistema general de impugnación de los actos administrativos a través de una acción judicial. Coexiste, además, en ese mismo ámbito, con numerosísimos regímenes específicos que establecen recursos judiciales contra aquéllos y, en la esfera provincial, como fruto de nuestra organización federal, con los denominados códigos contencioso administrativos.

3. *Las condiciones para acceder al control judicial*

Quién accede al control judicial y bajo qué condiciones;⁸ de qué remedios se disponen para impedir que los daños se consumen o agraven desde la promoción del proceso hasta su finalización;⁹ qué extensión tiene el control ejercido por los jueces sobre la actividad administrativa¹⁰ y qué alcance y de qué modo se ejecuta la sentencia que finalmente se ob-

⁷ La Corte Suprema dijo en “Fallos” 1:317 que la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, “debe servirnos de guía para interpretar nuestra Constitución”. Y, en “Fallos” 33:162 señaló que “tanto la doctrina de los expositores, como la sanción de la jurisprudencia de las Cortes Americanas de Justicia”, “tiene importancia decisiva entre nosotros” pues su derecho federal “es nuestro propio derecho constitucional”.

⁸ La legitimación, la existencia de una cuestión justiciable, el agotamiento de la vía administrativa previa y el plazo en el que se debe deducir la acción.

⁹ Las medidas cautelares, previas, contemporáneas o ulteriores a la interposición de la demanda.

¹⁰ La distinción entre facultades regladas y discrecionales de la administración cobra importancia en el punto y en qué medidas estas últimas pueden ser revisadas sin menoscabo del principio de división de poderes.

tenga,¹¹ son los problemas que dominan el estudio del contencioso administrativo.¹²

Entre todos éstos y a los fines de este trabajo hemos escogido detenernos en el estudio de la etapa cautelar. Pero nuestra preferencia no es casual. Hoy el plazo para la decisión de los pleitos se computa en años. Los actos y las omisiones de los poderes públicos, cada vez con mayor frecuencia e intensidad, amenazan o lesionan derechos fundamentales. Las consecuencias de esta actuación se traduce en la existencia de daños graves o irreparables. En este contexto la suerte de una pretensión cautelar aunque, como tal, no sella el destino del caso puede, en ocasiones, determinar el desistimiento de la acción o acrecentar las posibilidades de un acuerdo obviando la necesidad de llegar a la sentencia final. Su admisión o su rechazo cobran, en algún sentido —y como se procurará explicar— una importancia mayor que el mismísimo pronunciamiento de fondo.

II. LA IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. *En general*

Las medidas cautelares cumplen un rol fundamental en la vida del proceso, cuya eficacia depende, muchas veces, de la existencia y alcance que se le reconozca a aquéllas. El tiempo imprescindible para resolver los pleitos, la mora derivada del recargo de tareas —prácticamente universal— de los tribunales o la naturaleza de los derechos afectados, van tornando cada día más inconcebible la idea de un proceso sin protección cautelar.

En un ordenamiento procesal puramente ideal —enseña Calamandrei—¹³ en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre *instantánea*, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las “providencias

¹¹ La cuestión ofrece particulares dificultades cuando se trata de sentencias condenatorias al pago de una suma de dinero que, a causa de un estado de emergencia económica casi permanente, se ven cíclicamente suspendidas o postergadas en su ejecución.

¹² Para todos estos temas, en el derecho argentino, consúltese Mairal, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

¹³ *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 44.

cautelares”. La función de las providencias cautelares —precisa— nace de la *relación entre dos términos*: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. Es éste uno de aquellos casos (la disciplina de los cuales constituye quizá el más antiguo y el más difícil problema práctico de toda legislación procesal) *en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien*: a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y meditado desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un período, frecuentemente no breve, de espera; pero esta *mora* indispensable para el cumplimiento del ordinario *iter* procesal, ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto. Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la *celeridad* y la de la *ponderación*; *entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto*, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. *Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente.*¹⁴

2. Frente al proceso administrativo

Si estos conceptos, escritos preferentemente pensando en el proceso civil en el que rige —al menos teóricamente— el principio de igualdad de armas entre las partes, destacan la importancia de las medidas cautelares, puede afirmarse que aquélla se redobla cuando se trata de pleitos contencioso-administrativos. De un lado porque los actos administrativos cuya anulación judicial se reclame, se presumen legítimos, gozan de eje-

¹⁴ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

curatoriedad y los recursos que se deduzcan contra aquéllos no suspenden su ejecución.¹⁵ De otro, porque la conciliación entre la celeridad y la ponderación —que destacamos en el pasaje transcrito— son más difíciles de alcanzar en este ámbito.¹⁶ La celeridad debido a que —con excepción de las acciones de amparo— el particular no puede acudir directamente a los tribunales para obtenerla sino que debe recorrer y agotar la instancia administrativa previa.¹⁷ La ponderación porque en el proceso contra el

¹⁵ El artículo 12, primera parte, de la Ley 19.549 establece que el “acto administrativo goza de presunción de legitimidad”. Ello significa —seguimos aquí la síntesis de Mairal, Héctor A., *op. cit.*, nota 12, pp. 774-776— “considerarlo válido a partir de su nacimiento y hasta tanto se haya declarado judicialmente su ilegitimidad”. La jurisprudencia ha derivado de esta presunción “la falta de necesidad de que la justicia declare legítimo el acto para que éste produzca efectos”, “el acatamiento debido al acto por los particulares”, “la improcedencia de la revisión de oficio” y “la necesidad de alegar y probar la ilegitimidad”. La segunda parte del artículo 12 dispone que “su fuerza ejecutoria —se refiere a la del acto administrativo— faculta a la administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial”. Explica Agustín A. Gordillo —*Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, t. III, V-53/54— que “la ejecución ‘por sus propios medios’ como expresamente autoriza el artículo 12, se trata de los casos en que: a) sea factible ejecutar el acto por la administración *en lugar* de hacerlo el interesado (el retiro de una instalación ubicada en un bien del dominio público; el retiro por la grúa policial de un automóvil mal estacionado), o b) en que sea admisible forzar materialmente por la coerción al individuo (el agente de policía que toma a una persona y la detiene por la fuerza)”. Pero, por ejemplo, exigirán “la intervención judicial” —utilizando los términos de la ley— “la ejecución de una multa” que “no puede hacerla la administración procediendo ella misma a vender los bienes del particular en subasta pública y retener el importe que se le debe: debe iniciar la acción judicial pertinente para la ejecución del crédito”. Por último, esta misma norma establece que esta característica “impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario”. “Expreso como es el texto del artículo 12” —expresa Juan Francisco Linares— “nada cabe ya sino lamentarlo, y hacer votos porque la administración no asuma, como regla, la de rechazar por sistema todo pedido de suspensión”. Véase su *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 331 y las remisiones de la nota 27.

¹⁶ Chinchilla Marin, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 28 y 29.

¹⁷ El artículo 23 inciso “a” dice que podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular “cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas”. Mairal —*op. cit.*, nota 12, pp. 318 y 319 y 320 y 321— recuerda que los objetivos que la doctrina nacional enumera con relación al agotamiento de la vía administrativa “tienen en mira, algunos, el interés de la Administración (darle una oportunidad para corregir sus errores, promover el control de la actuación de

Estado el pedido cautelar, abrirá un conflicto entre el interés particular del demandante y el público de la administración demandada, conflicto de difícil resolución que no necesariamente surge —o, al menos, por regla, no con la misma intensidad— en los pleitos regidos por el derecho privado. En fin, valiéndonos de la expresión de Parada Vázquez, el particular llega al contencioso administrativo “en la posición de *vencido y apelante*”.¹⁸ El sistema cautelar, se ve entonces, determinará en buena medida el grado de eficacia del control que los tribunales ejercen sobre los comportamientos estatales a la hora de la sentencia definitiva.

3. *Frente a la demora judicial*

Los grandes problemas condicionantes de la adecuada prestación de la justicia han sido —desde siempre, y aun hoy— la *lentitud* de los procedimientos y la excesiva *onerosidad*.¹⁹ La experiencia en nuestro país revela que la duración de los procesos se computa en años. Hay un divorcio entre el mundo legal del proceso y el mundo real del litigio; entre los tiempos “imaginados por las normas y los que se consumen en los pliegos y

sus órganos inferiores) y otros el interés del Poder Judicial (facilitar su tarea obligando a las partes a concretar la controversia antes de acceder a sus estrados)”. El agotamiento es visto con simpatía por parte de la doctrina —recuerda— y por la jurisprudencia. La Corte Suprema lo ha elevado a la categoría de principio esencial en materia de recursos contencioso-administrativos. La Cámara Federal del fuero ha destacado ‘su múltiple finalidad en cuanto tiende a dar a la administración la oportunidad de revisar el caso y, eventualmente, revocar el error facilitando el control de legitimidad y conveniencia por parte de los órganos superiores, y de tal modo, asegurar una oportunidad para que defienda más eficazmente el interés público confiado a su custodia’”. La práctica revela que, a veces, es utilizado ritualmente con la desviada finalidad de postergar o frustrar el necesario control judicial sobre el comportamiento administrativo. La situación es aun más grave cuando este requisito del agotamiento de la instancia administrativa se extiende a la acción de amparo, desnaturalizando tanto el sentido del recaudo como la finalidad de la acción. Sobre esto último, consúltese Morello, Augusto M. y Vallefín, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, 4a. ed., La Plata, Platense, 2000, p. 29 y sus remisiones.

¹⁸ Parada Vázquez, José Ramón, “Privilegio de la decisión ejecutoria y proceso contencioso”, *La administración y los jueces*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Marcial Pons, 1988, p. 142 y aparecido originariamente en la *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 55, p. 65.

¹⁹ Berizonce, Roberto O., *Derecho procesal civil actual*, La Plata-Buenos Aires, Platense-Abeledo-Perrot, 1999, p. 172.

repliegues interminables de la contienda”.²⁰ Del amplio abanico de necesidades que conducen al litigante a acudir al proceso —alternativa, por cierto, cada vez más meditada a la luz de los altos costos que demandan la defensa de los derechos y de las posibilidades de éxito— muchas requieren el suministro de remedio en un plazo que se computa en días. En esta orientación, la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado un importante criterio que reconoce a los justiciables el *derecho a una rápida y eficaz decisión judicial*.²¹ Pero cuando la rapidez con que se alcance la sentencia no es suficiente para que ésta sea también eficaz, las medidas cautelares prestan su auxilio para lograr tal finalidad y pasan a ocupar el más alto rango en las preocupaciones del justiciable y del jurista.

III. ENCUADRAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. EL SILENCIO O PROHIBICIÓN LEGISLATIVOS

Nuestro tiempo ha resultado ser especialmente sensible a la necesidad de que los Tribunales puedan disponer de un haz de medidas cautelares suficientes para evitar la frustración de sus decisiones de fondo, que sin esas medidas se produciría fatalmente en ciertas circunstancias. Esa sensibilidad se ha expresado en recientes y solemnes sentencias de los más significados Tribunales Constitucionales europeos, que han sostenido unánime-

²⁰ Morello, Augusto M., *La reforma de la justicia*, Buenos Aires, Platense-Abeledo-Perrot, 1991, p. 172.

²¹ “La redacción de esta regla no descansa sólo en la «rapidez» con que debe llegar la sentencia en el mérito —aunque esto sí sea principalmente gravitante— sino más bien, en que la sentencia sea «eficaz». Tal complemento, con autonomía, consagra una exigencia plausible e inescindible de lo anterior. Es que, en verdad, obtener nada más que con rapidez la decisión es insuficiente para asegurar el resultado de la jurisdicción”. Véase Morello, Augusto M., *Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso*, Buenos Aires, Hammurabi, 1981, t. I, p. 13. La Corte también señala que “la garantía constitucional de la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos *sentencia útil* relativa a los derechos de los litigantes” y que el artículo 18 de la Constitución Nacional “procura conservar *el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*” (“Fallos” 310:937 considerando 5 y 7, *in fine*). Esta última expresión parece encontrar inspiración en el artículo 24.2 de la Constitución Española que consagra el derecho “a un *proceso público sin dilaciones indebidas*”. El derecho comunitario europeo habla, por su parte —sobre la base del artículo 6.1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre— de *plazo razonable* para la decisión. Una visión general del tema puede encontrarse en el estudio de Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, Civitas, 1994.

mente que *la exclusión —o aun la limitación— de medidas cautelares es contraria a los derechos fundamentales y, específicamente, al derecho a la tutela judicial o a los derechos de la defensa.*²²

La *constitucionalización* de las medidas cautelares —recogiendo el neologismo utilizado por el citado profesor español— ya había sido advertida entre nosotros en el pionero estudio de Grau que consideraba que la suspensión del acto administrativo comprometía la garantía del debido proceso fundada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto esta medida tiende a asegurar la eficacia del resultado del proceso.²³ Nuestros tribunales también se han enfrentado con distintas limitaciones de orden legislativo al régimen de las medidas cautelares y han declarado la inconstitucionalidad de los efectos suspensivos del recurso de apelación contra la decisión que otorga una medida cautelar²⁴ y de las restricciones impuestas a su alcance.²⁵

²² García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 277 y 278. Se refiere a la Cámara de los Lores en Inglaterra, al Tribunal Supremo de España, al Consejo de Estado francés y al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

²³ Grau, Armando E., “Suspensión del acto administrativo y medida de no innovar contra el Estado”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965, p. 239.

²⁴ Véase Vallefin, Carlos A., *Protección cautelar frente al Estado*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2002, capítulo IX.

²⁵ En el marco de una grave crisis económica que obligó al gobierno nacional a restringir la disponibilidad de los depósitos de dinero efectuados en los bancos públicos y privados y frente al creciente número de órdenes judiciales que, a título cautelar, imponían la devolución de dichos depósitos, el Congreso de la Nación sancionó —entre otras— la Ley 25.587. El artículo 1o. dispuso que en los pleitos sobre la materia “sólo será admisible la medida cautelar reglada por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando existiese el peligro de que si se mantuviere o alterare, en su caso, la situación de hecho o derecho, la modificación pudiese interferir en la sentencia o convirtiere su ejecución en imposible o ineficaz. *En ningún caso las medidas cautelares que se dispongan podrán tener idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que deba ser materia del fallo final de la causa, ni consistir en la entrega bajo ningún título al peticionario de los bienes objeto de la cautela*”. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *in re* “Grimberg, Marcelo Pablo”, sentencia del 25 de junio de 2002 declaró inconstitucional este precepto por encontrarlo “violatorio de las garantías consagradas en los artículos 1o., 16, 18, 31, 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, destacando que “*la efectividad de la tutela judicial se halla muchas veces condicionada por la eficacia de los medios procesales a través de los que se intenta la conservación del derecho o situación jurídica litigiosa durante la sustanciación del proceso*”.

En este orden de ideas, la argumentación en otros países se ha ido afinando frente a problemas específicos.

Así, por ejemplo, en Francia, en virtud de la legislación vigente las decisiones del Consejo de la Concurrencia eran recurribles ante el Tribunal de Apelación de París sin que la interposición del recurso tuviera efectos suspensivos y sin que el mencionado tribunal estuviese facultado para dictar medida cautelar alguna, ni siquiera la suspensión de la ejecución. El Consejo Constitucional declaró la inconstitucionalidad de este régimen y sostuvo que:

teniendo en cuenta la naturaleza no jurisdiccional del Consejo de la Concurrencia, la extensión de sus poderes de *injonction* y la gravedad de las sanciones pecuniarias que puede pronunciar, el derecho para el justiciable que interponga un recurso contra una decisión de este organismo de obtener, en su caso, *una suspensión de la ejecución de la decisión impugnada constituye una garantía esencial del derecho de defensa*.²⁶

En España, a su turno, la ley 34/1979 prohibía la posibilidad de suspender cautelarmente la ejecución de los decretos que otorgasen determinada calificación jurídica a los inmuebles. El Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad. Señaló que si bien la Constitución “no hace referencia alguna a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión” de allí:

no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, ‘efectiva’, y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por Ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda.

Énfasis agregado. Véase *infra* nota 30 y la nota 258 de nuestro trabajo citado en nota 24 y allí la remisión al caso “Yakus” (321 U.S. 414) resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos, que explica la extensión y límites de la competencia del Congreso en materia cautelar en dicho país.

²⁶ Long M., Weil P., Braibant G., Devolvé P. y Genevois B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11a. ed., París, Dalloz, 1996, p. 712, núm. 22. La bastardilla nos pertenece.

En consecuencia —concluyó—

*no puede el mismo legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso contencioso-administrativo, pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.*²⁷

En Estados Unidos, la Suprema Corte tuvo ocasión de pronunciarse sobre el significado del silencio legislativo respecto de la competencia de los jueces para dictar medidas cautelares.²⁸ El caso se originó con la disputa entre dos estaciones de radio, una de las cuales había obtenido —en un procedimiento sustanciado con su sola intervención— un cambio en la frecuencia que afectaba la licencia otorgada a la otra anteriormente. Esta última sostuvo que la decisión de la *Federal Communications Comisión* afectaba su área de cobertura, reducía el número de oyentes y, fundamentalmente, que el trámite unilateral había violado su derecho de defensa. Al recurrir judicialmente el acto, la afectada solicitó la suspensión de la ejecución de la medida, pedido al que se opuso la Comisión sobre la base de que el silencio de la *Communications Act* privaba a los tribunales del poder para ordenarla. La Corte, a través del voto del juez Frankfurter:²⁹

para rechazar este criterio sostuvo que: *a)* ningún tribunal puede detener el tiempo ni lograr siempre que las circunstancias que rodean un caso no se vean modificadas pero, dentro de estos límites, es razonable que el tribunal pueda impedir que se consumen daños irreparables a las partes o al interés público, derivado de la prematura ejecución de una decisión que luego puede ser hallada ilegal; *b)* por esta razón siempre se ha sostenido que dentro del tradicional repertorio de instrumentos a disposición de los jueces se hallaba la posibilidad de dictar medidas cautelares en tanto estuviera pendiente la solución del litigio; *c)* si la corrección de los errores de derecho cometidos por la administración ha sido confiada a los tribunales, la

²⁷ Bacigalupo, Mariano, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, pp. 51 y 52. Énfasis agregado.

²⁸ 316 U.S. 4, “Scripps-Horward Radio Inc. vs. Federal Communications Comisión” (1942).

²⁹ Los jueces Douglas y Murphy votaron en disidencia.

revisión judicial constituiría una vana ceremonia si la situación pudiera ser irreparablemente cambiada antes de que el control pudiera ser ejercido; *d*) estas razones conducen a interpretar que sin una clara expresión legislativa no puede considerarse que el Congreso haya privado al Poder Judicial de la facultad para disponer medidas cautelares; *e*) el silencio del Congreso, en el caso, no obstaba a la posibilidad de dictar medidas cautelares que era “un poder tan antiguo como el sistema judicial de la Nación.”³⁰

IV. CAUTELARIZACIÓN Y GOBIERNO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La suerte de muchos litigios se juega en la etapa cautelar. Su continuación o virtual desistimiento depende del resultado alcanzado en ese tramo del proceso. Un proceso que arribará a la sentencia definitiva en un plazo que, para la generalidad de los casos, debe computarse en años. No debe sorprender, entonces, que mientras se aplican, sin mayor éxito, fórmulas para resolver el ecuménico mal de la demora judicial, el remedio de las medidas cautelares haya obtenido progresos notables en distintas latitudes.

Este progreso, sin embargo, puede portar en sí —según algunos— el origen de un nuevo mal: la *cautelarización*, si el lector tolera el neologismo. Algo así, como sucede con la acción de amparo y la tendencia a buscar solución a toda clase de conflictos a través del cauce rápido y expedito que la Constitución Nacional le reconoce.³¹

³⁰ Esta decisión, los comentarios de los autores y las tendencias legislativas en los Estados Unidos sugieren una posición menos terminante que la sostenida por los tribunales españoles, según señalamos *supra*. *Una cosa es sostener que el dictado de las medidas cautelares no depende de una específica autorización y otra, afirmar que la negativa del legislador —o algún tipo de limitación, añadimos— deviene inconstitucional.* Véase *Strauss, Peter L., Rakoff, Todd, Schotland, Roy A. y Farina, Cynthia R., Administrative Law*, 9a. ed., Nueva York, The Foundation Press, Inc., 1995, p. 1120, nota 1. Entre nosotros, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que la facultad de dictar medidas cautelares “deriva de la misma función jurisdiccional y, aun cuando en ciertos casos está expresamente autorizada por la ley, la ausencia de una norma que la reglamente no impide su ejercicio, el que queda librado entonces al prudente arbitrio judicial” (Véase “Acuerdos y Sentencias” 1957-IV-138). Énfasis agregado.

³¹ Podría hablarse aquí —para utilizar aquí la misma figura— de la *amparización* de los procesos. El desarrollo de esta idea, los recaudos contra la inflación en la promoción de amparos y la devaluación del instituto por un uso inadecuado, puede hallarse en Morello, Augusto M. y Vallefn, Carlos A., *El amparo...*, *cit.*, nota 17, capítulo XXIV y sus remisiones.

La intolerable lentitud de los procesos ordinarios constituye uno de los principales motivos que origina la proliferación de procesos cautelares. Pero esta proliferación —se afirma—³² es reveladora de una crisis del sistema procesal. Y “sólo la recuperación de la funcionalidad del proceso ordinario podrá reconducir a las medidas cautelares al cauce de su función, subsidiaria e integrada y no sustitutiva de la jurisdicción ordinaria”.³³ Es decir, el *desiderátum* debiera ser fortalecer el proceso ordinario “inspirado en la lógica de la garantía y de la eficiencia, y no en la de la emergencia, siempre traumática”³⁴ que domina las cautelares.

Desde un enfoque más cercano al cometido de este trabajo, esto es, el de las medidas cautelares contra el Estado, ciertas voces en los Estados Unidos³⁵ han advertido que la flexibilización de los criterios para su otorgamiento puede significar “abrir una caja de Pandora” de la que brotarán medidas cautelares que “amenazarán programas de vasta importancia para el bienestar general”. O bien puede significar otorgar licencia para litigar “y ser recompensado con la dilación, en beneficio de intereses particulares, de los programas que el Congreso considera necesarios para el interés público”.

Y en un orden afín de ideas, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación al rechazar criterios más amplios en materia de legitimación, es la que advierte sobre el peligro de “ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares”.³⁶

Expresado con otro giro, “el ejercicio incontrolado de la función judicial, toda vez que irrumpe en el ámbito de las atribuciones reservadas a los demás poderes, constituye una anomalía constitucional y axiológica, caracterizable como pretensión de *gobierno de los jueces*, según la peyorativa expresión acuñada por la doctrina francesa”.³⁷ Es cierto. Pero también lo es que los jueces tienen en nuestra organización amplísimos poderes —entre ellos los cautelares— y que renunciar a su ejercicio frustra su misión constitucional.

³² Tarzia, Giuseppe, “La tutela cautelare”, Varios Autores, *Il nuovo processo cautelare*, Padúa, Cedam, 1993, p. XXXII.

³³ *Ibidem*, p. XXXIII.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Véase la disidencia del juez Fortas en el caso “Gardner” 387 U.S. 167.

³⁶ “Fallos” 321:1252, la cita corresponde a p. 1299, considerando 25, que invoca el precedente norteamericano “Schlesinger” (418 U.S. 208).

³⁷ “Fallos” 262:267.

La jurisprudencia de la Corte Suprema³⁸ puede suministrar una orientación: “todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia” como “en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio” pero “guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar *la protección cautelar*”.³⁹ “De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación”.

V. CONCLUSIONES

Dos conclusiones se desprenden de las paginas precedentes y que sintetizamos así:

1. *Constitucionalización de las medidas cautelares*. El neologismo que encabeza la expresión no sólo designa el fundamento constitucional que tienen sino a la tendencia a afirmar que la exclusión o aún la limitación de medidas cautelares es contraria a la garantía de la defensa en juicio. El Congreso no obstante conserva competencia para regularlas y, conforme la naturaleza de los derechos en juego, para limitarlas.⁴⁰
2. *Cautelarización y ocaso del proceso ordinario*. Constituye uno de los peligros que el uso desorbitado de las medidas cautelares puede producir. La mayor eficacia del proceso ordinario es, sin duda, el *desiderátum* pero los esfuerzos legislativos en esa dirección no alcanzan los progresos que —con auxilio legislativo o sin él— logran las medidas cautelares.

³⁸ “Fallos” 241:291.

³⁹ La Corte en la expresión en bastardilla dice *el amparo constitucional*. Utilizamos la licencia de sustituir un texto porque *mutatis mutandi* el *obiter* del Tribunal puede aplicarse en el ámbito que estudia este trabajo.

⁴⁰ Afirmación esta última —reconocemos— cuestionable, más compatible con el derecho norteamericano que con las ideas dominantes en el derecho europeo.