**Medidas cautelares en la acción de amparo contra autoridades públicas**

 *Por Alfonso Buteler*

**I.- Introducción**

En el presente trabajo nos proponemos abordar la temática relativa a las medidas cautelares que pueden tener lugar dentro del proceso expedito y rápido de amparo y en el ámbito de la Ley 16.986.[[1]](#footnote-2)

Ello, nos obligará a analizar cómo se compatibiliza ese marco normativo con la Ley de medidas cautelares en las que el Estado es parte nº 26.854[[2]](#footnote-3), sobre todo a partir de lo previsto en el art. 19 cuando prohíbe expresamente su aplicación a dicho remedio constitucional.

**II.- La cautelarización de la justicia administrativa**

Antes de ingresar en el análisis del tema propuesto entendemos indispensable contextualizar la cuestión de la tutela preventiva contra autoridades públicas dentro del sistema judicial actual.

El tema relativo a las medidas cautelares en contra de la administración pública constituye una problemática que ha adquirido mucha relevancia en los últimos tiempos; auge motivado en la excesiva demora de los procesos judiciales en donde se ventilan la pretensiones de fondo en contra del Estado. Esa coyuntura y la impotencia de los administrados frente a tal situación con la consiguiente afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, ha dado lugar a la denominada “cautelarización” del sistema contencioso administrativo ya que, de alguna manera, el retardo se traduce en indefensión.[[3]](#footnote-4)

A partir de ese panorama, resulta común en la actualidad que el administrado que se ha visto afectado en sus derechos por la actividad estatal deposite todas sus expectativas en la cautelar, desistiendo del proceso principal si esa medida urgente es denegada, pues como ha destacado Vallefín la suerte de muchos procesos se juega en esa etapa[[4]](#footnote-5).

Durante mucho tiempo, la tutela cautelar del administrado estuvo reducida a la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo, medida que como lo ha remarcado García de Enterría, resultaba insuficiente[[5]](#footnote-6). Afortunadamente, por las razones ya expuestas, en los últimos lustros se han incrementado a nivel nacional las variantes de despachos cautelares, aunque todavía faltan avances teniendo en cuenta las novedades producidas en el derecho comparado.[[6]](#footnote-7)

En nuestro derecho federal, hasta épocas recientes, ante la ausencia de codificación de la materia contenciosa administrativa, no existían previsiones que regularan un mecanismo específico de protección cautelar del administrado. Fueron los tribunales los que por vía pretoriana fueron ido dando cabida a ese tipo de decisiones urgentes con anclaje en las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.[[7]](#footnote-8)

**III.- LA PROTECCION CAUTELAR EN LA LEY 16.986**

El análisis de la regulación dela institución cautelar en la Ley de Amparopone de resalto que sólo en el art. 15 se aborda la cuestión, prescribiendo que únicamente será pasible de recurrirse mediante el recurso de apelación la resolución que disponga medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado, agotándose allí la previsión al respecto.

Entendemos que la escasez de regulación de la materia en ese cuerpo normativo en ese punto motivó que resultaran aplicables las reglas propias de la institución cautelar en general, a partir de lo normado en CPCCN.

Ello fue lo que ocurrió en la práctica judicial federal durante casi cincuenta años cuando se requería la tutela cautelar dentro de la acción de amparo contra autoridades públicas y que ahora es puesto en duda con el dictado de la Ley 26.854.

**IV.- APLICACIÓN DE LA LEY 26.854 A LAS ACCIONES DE AMPARO**

Atento la escasa regulación que se hace en ley 16.986 sobre la materia estamos obligados a preguntarnos acerca de qué cuerpo normativo debemos aplicar en los supuestos en que se requiere tutela cautelar dentro del cauce de la acción de amparo constitucional.

De manera preliminar hay que señalar es que más allá de la respuesta que se brinde al asunto, en aquellos casos en que la medida cautelar tenga por destinatario a un privado, deben aplicarse, sin lugar a dudas, las previsiones del CPCCN.

Como vimos, la ley 26.854 vino a instaurar un nuevo régimen de protección cautelares contra autoridades públicas. Entonces, debemos preguntarnos, ¿Se aplica ese régimen normativo a las medidas cautelares peticionadas dentro del proceso constitucional de amparo?

La respuesta de la legislación es muy clara y contundente pues el art. 19 dispone expresamente que: “La presente Ley no será de aplicación a los procesos regidos por la Ley N° 16.986, salvo respecto de lo establecido en los artículos 4°, apartado 2º, 5º, 7º y 20º”.Es decir, que existe una prohibición expresa de valerse de este cuerpo normativo en las acciones de amparo.

Es interesante tratar de encontrar un justificativo a dicha prohibición. Lo primero que puede pensarse es que el legislador decidió que no se utilicen tales disposiciones en las acciones de amparo a los fines de no desvirtuar la naturaleza expedita y rápida de la acción de amparo. Sin embargo, cuando uno advierte que sí se decidió la aplicación de la ley en su parte más gravosa, es decir, en lo que tiene que ver con la bilateralidad del trámite al exigirse el informe previo y en lo vinculado a los límites temporales de vigencia -aunque reducidos a tres meses- debe descartarse de plano tal propósito del legislador.

Desde esa perspectiva, debemos concluir que salvo las excepciones expresamente enumeradasen dicha normala ley no se aplica, lo que evidentemente potencia las aptitudes del amparo contra autoridades públicas; cuyos atributos hemos destacado en otra oportunidad.[[8]](#footnote-9)

Sin embargo, no podemos soslayar que tanto la doctrina[[9]](#footnote-10) como la jurisprudencia[[10]](#footnote-11)no han reparado en esta cuestión y han concluido que las acciones de amparo sí se encuentran alcanzadas por las previsiones de la Ley 26.854.

En virtud de ello, debemos concluir que al menos desde un enfoque práctico la ley resulta aplicable.En nuestra opinión, ante la carencia de regulación de la ley de amparo, solo podría aplicarse de manera supletoria en lo que tiene que ver con las medidas cautelares que allí se tipifican,

Por último, debemos preguntarnos qué ocurre cuando hay dos demandados, uno privado y otro estatal como ocurre, en reiteradas ocasiones en los amparos por salud en donde se demanda al Estado Nacional y una obra social, ¿se aplica la ley de cautelares o el CPCCN?

Teniendo en cuenta que la ley regula las medidas cautelares “en procesos en los que el Estado Nacional o sus entes descentralizados sean parte”, debe colegirse que basta que en el proceso sea parte el Estado Nacional o sus entes descentralizados para que resulte aplicable la ley.

**V.- ANALISIS DE LA LEY 26.854**

**1. Introducción**

El nuevo régimen propone varias cuestiones novedosas, que analizaremos seguidamente, entre las quese destacanla tipificación de las medidas cautelares de acuerdo a cómo se ha expresado o concretado la voluntad estatal, la consagración del principio de idoneidad cautelary la instauración de la bilateralidad en el trámite cautelar y el establecimiento de un plazo de vigencia.

Según se señala en sus fundamentos la reciente legislación se inspiró en regulaciones extranjeras (art. 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo española de 1998) y locales (art. 15 de la Ley Nº 2145 de la CABA, de 2006, entre otras)

 **2. Ámbito de aplicación**

Suámbito de aplicación está reservado para aquellos supuestos en los que Estado Nacional o sus entes descentralizados sean sujetos activos o pasivos de una pretensión cautelar.[[11]](#footnote-12)

Como puede advertirse, la ley adopta un criterio subjetivo sin tomar en consideración si lo que se ataca por vía cautelar involucra o no el ejercicio de función administrativa, sino que basta la presencia procesal del Estado Nacional o de sus entes descentralizados. De ello se colige que este marco normativo excede el ámbito *ius*administrativista y que puede ser utilizado como mecanismo de tutela para todas las situaciones de derecho público que se presenten en que intervenga alguno de las mencionadas personas públicas.

La delimitación del concepto “*entes descentralizados*” es controvertidadado que desde una visión, esa noción, solo comprende a los entes autárquicos (incluidas las universidades nacionales) mientras que desde otra atalaya puede involucrar a otras técnicas de descentralización tales como las empresas públicas, las sociedades del Estado o las sociedades anónimas con participación estatal.

**3. Exclusiones**

Una de las disposiciones más polémicas desde el punto de vista teórico y práctico de este cuerpo normativo es, sin lugar a dudas, el art. 2 apartado 2º cuando excluye la aplicación de varios preceptos de la ley –que luego analizaremos detenidamente- a los casos en que se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentariao ambiental.

Como puede advertirse la ley plantea una especie de segmentación horizontal del derecho administrativo, distinguiendo las directrices jurídicas aplicables a la contienda procesal de acuerdo a la ubicación que tenga el sujeto que solicita la medida cautelar dentro de la escala social o en base a los derechos que se encuentran en juego estableciéndose, en este último supuesto, una especie de jerarquización de derechos.

Si bien no desconocemos que el tratamiento de este aspecto desborda con creces el objeto de este trabajo consideramos necesario compartir algunas reflexiones.

En primer lugar, queremos destacar que resulta evidente que la segmentación del derecho administrativo –o su selectividad[[12]](#footnote-13)- es necesaria de modo tal de dotar a esta disciplina de mayor equidad.Es que, la desigualdad impregna muchos campos del derecho administrativo con consecuencias funestas para los ciudadanos. Pues,como lo apunta Justo “*Cuando más reducida es la posibilidad del ciudadano de influir en las decisiones de la autoridad pública mayor es la rigidez y severidad con la que se ponen en práctica las atribuciones de la Administración, más intensas las consecuencias en materia de pérdida de derechos y menores las posibilidades de revisión –administrativa o judicial- de decisiones adversas*”.[[13]](#footnote-14)

En virtud de ello,el derecho público y enparticular el administrativo no puede brindar las mismas respuestas o herramientas a sectores sociales totalmente desfavorecidos o a quienes se encuentran en marcada desigualdad habida cuenta que un tratamiento homogéneo delos administrados desiguales multiplica la violación de ese derecho y atenta contra su fundamento democrático.

Tal circunstancia puede verse en claro en materia de derecho administrativo sancionador donde el procedimiento sumarial o de faltas es igual para todos los ciudadanos cuando es evidente que una persona de escasos recursos o con marcada incapacidad no puede hacer frente al trámite, a los costos de una defensa, del patrocinio letrado y de la revisión judicial posterior de la sanción. Lo mismo cabe decir, por ejemplo, en lo que tiene que ver con el ingreso al empleo público de ciudadanos con discapacidad física o visual o el acceso al régimen de fomento de niños o ancianos.

La lógica protectora de estas situaciones de adversidad, se advierte con meridiana claridad en el texto constitucional cuando el art. 75 inc. 23 dispone que el Congreso Nacional debe “*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”*

Dichacláusula constitucional tiene un gran impacto dado que si bien está dirigida específicamente al legislador, según la opinión de la Corte Suprema “*debe igualmente servir de pauta de orientación paratoda autoridad estatal en su ámbito de competencia*”.[[14]](#footnote-15)

En esta línea el principio de progresividad viene a hacer un gran aporte en la medida que impone la obligación de que los Estados adopten medidas que demuestren un avance enlas políticas públicas destinadas a garantizar plenamente losderechos reconocidos.

Asimismo, para reducir ese margen se han creados reglas interpretativas que a partir de la tutela que se ha efectuado desde el plano normativo[[15]](#footnote-16)permitenequilibrar la balanza en procura de la salvaguarda de los derechos comprometidos en el caso. Así, se considera que en los supuestos de distinciones normativas basadas en categorías sospechosas[[16]](#footnote-17) tales como la raza, la religión, la nacionalidad, etc. la violación a la igualdad se presume,lo que ha llevado a los operadores jurídicos a imponer el traslado de la carga argumentativa a la autoridad estatal a los fines de que demuestre: 1) Que la regulación que hace la diferenciación persigue fines sustanciales; 2) Que los medios elegidos promueven efectivamente esos fines; y 3) Que no existen medios alternativos menos gravosos para el interesado para alcanzar los fines.[[17]](#footnote-18)

Afirmamos, entonces, que estamos de acuerdo con la idea de proponer y construir un derecho público más igualitario y democrático. Ello, puede lograrse haciendo más flexible el principio de juridicidado de legalidad dejando de lado, incluso, la utilización de técnicas jurídicas clásicas tales como el control de constitucionalidad de normas[[18]](#footnote-19) o la declaración de nulidad de actos administrativos,[[19]](#footnote-20) o, también, limitando la discrecionalidad[[20]](#footnote-21)para dotar de eficacia real a los derechos fundamentales y apuntalar a los sectores más vulnerables en su contacto con la administración pública y respetar, de ese modo, la dignidad de la persona humana.[[21]](#footnote-22)

No creemos que eso sea lo que se plasmó en la ley de medidas cautelares que estamos comentando. Es que allí se siguió una lógica inversa. En vez de apuntalar facilitando el acceso a la tutela cautelar a los sectores más vulnerables se le “quitaron” garantías ya conquistadas a quienes no integran ese ese grupo.Desde nuestro enfoque la legislación no propone un progreso en los derechos de los desfavorecidos sino que se limita a mantener lo que ya tenían en la regulación anterior (caución juratoria, despacho unilateral, no limitación temporal), desmejorando la situación del resto de la sociedad que ahora ve más dificultosa la defensa de sus derechos. Lo que debió plasmarse, en definitiva, fue la ampliación de la protección a los más desfavorecidos para lograr, de ese modo, disminuir los niveles de igualdad pero siempre manteniendo la situación para la sociedad en general.

Por último, debemos apuntar que nos parece que no es muy rigurosa la descripción que hace la normativa sobre cuáles son los sectores excluidos. Es que resulta imprecisa la alusión a que “*se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos”,* pues, como se ha destacado,hubiera sido de mejor técnica establecer que los derechos humanos contemplados por la CN y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados, o que se incorporen, conforme la disposición del art. 75, inc. 22º de la C.N., están exentas de limitación alguna, con lo que se protege a todos los grupos o sectores vulnerables. Por ello se considera quela mención a la tutela de la vida digna puede ser entendida como comprensiva de todo el plexo de derechos humanos tutelados por la Ley Fundamental y los tratados internacionales.[[22]](#footnote-23)

**4. Contracautela**

El art. 10 de la ley prescribe que “*Las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar*.” Luego, habilita a los denominadossujetos excluidos, a ofrecer como contracautela la caución juratoria.

Valga destacar que esa disposición ha sido declarada inconstitucional por la jurisprudencia al señalar que “al excluirse la caución juratoria como contracautela, se está avanzando de forma irrazonable sobre las facultades propias de la función judicial”.[[23]](#footnote-24)

5. **Principio deidoneidad cautelar**

Esto, que es común en otros países habilita la solicitud y adopción de todas aquellas medidas cautelares que resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso. De esta manera, tanto el peticionante de la cautela como el juez actuante tienen un marco de amplitud para valorar qué medida cautelar resulta más idónea de acuerdo a la situación concreta, la naturaleza del derecho que se intenta proteger y el perjuicio que se procura evitar.Tal circunstancia habilita, asimismo, a que el magistradoreconduzca la medida cautelar solicitada por el requirente si así lo considera más conveniente para asegurar los fines del proceso.

En consonancia con ello, la ley permite que la medida cautelar pueda plantearse, antes, conjuntamente con pretensión de fondo o con posterioridad.

**6. Acerca de la prohibición de que el objeto cautelar coincida con la demanda**

La leyvedalaposibilidad de que la medida cautelar pueda coincidir con el objeto de la acción entablada, es decir, se elimina toda pretensión cuyo contenido sea idéntico al de la demanda propuesta.[[24]](#footnote-25)

Nos parece oportuno apuntar es que este límite puede resultar contradictorio con el principio de idoneidad cautelar prescripto, habida cuenta que si el administrado se encuentra habilitado para solicitar cualquier medida que resulte idónea para asegurar los fines del proceso, esto es, el dictado de la sentencia, también puede peticionarse una tutela que coincida con el objeto de la demanda si ello resulta necesario.

Como se advertirá, dicha limitación implica, en palabras de Biglieri que la ley “aplasta las medidas autosatisfactivas y elimina las medidas adelantadas”.[[25]](#footnote-26)Por tal motivo, endeterminadassituaciones la norma que le da base a tal prohibición puede resultar inconstitucional habida cuenta que prohíbe la protección cautelar y, por ende, la tutela judicial efectiva.[[26]](#footnote-27)Es que resulta evidente, además, que la posibilidad de despachar medidas cautelares está ínsita en la *jurisdictio* y, por ende, no puede ser limitada.

Con tal orientación se ha manifestado la jurisprudencia al señalar que “*resulta inconstitucional, en el presente caso, el exceso reglamentario dispuesto en cuanto a los requisitos exigibles en la norma para conceder una medida cautelar, porque ello produce en los hechos una limitación irrazonable a la facultad de los jueces para poder evaluar en cada caso concreto si corresponde o no otorgarlas. Sobre la base de ello cabe señalar que la aplicación dogmática del principio recogido en la norma de que las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal (art. 3, inc. 4) debe ceder, en el presente caso, en que un examen profundo de la situación planteada dejaría desprotegido a quien acude a reivindicar su derecho*.”[[27]](#footnote-28)

**7. El informe previo**

En el art. 4 de la ley se dispone la obligación de los jueces, de requerir a la autoridad pública demandada de manera previa a resolver la solicitud cautelar que, dentro del plazo de cinco días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. En esa oportunidad el Estado o sus entes descentralizados pueden expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañar las constancias documentales que considere pertinentes.

La bilateralidad plasmada, que también se verifica en el derecho comparado[[28]](#footnote-29) y en algunos ordenamientos adjetivos provinciales[[29]](#footnote-30), tiene por objeto procurar que antes de que una medida seadispuesta por el juez o tribunal la otra parte pueda pronunciarse.[[30]](#footnote-31)

A los fines de que la aludida bilateralidad no altere el equilibrio en la relación procesal la ley autoriza que en casos “*graves y objetivamente impostergables*” que el juez o tribunal lo justifiquen podrá dictar una medida de carácter interino interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción.

El plazo para producir el informe será de tres días en los casos en que la protección cautelar se solicitase en juicios sumarísimos y en los juicios de amparo.

Cabe destacar que la norma deja de lado la bilateralidad en aquellos supuestos en que el que solicita la medida cautelar sea una de los sujetos excluidosque ya hemos mencionado.

Es importante tener en cuenta que la necesidad de requerir el informe ha sido considerada inconstitucional por la jurisprudencia[[31]](#footnote-32). En tal sentido, se ha señalado que “*Además, en el presente caso, ello resulta de la obligación dispuesta en la norma con relación a la necesidad de exigir de manera obligatoria un informe previo (art. 4), cuando -como resulta de las constancias de la causa- se trata de una cuestión de derecho y no de hecho (circunstancia que -en su caso- permitiría considerar alguna circunstancia particular con relación a la aplicación de la normativa cuestionada y, en consecuencia, la necesidad de considerar el correspondiente informe) y, a su vez, la actora ha justificado la urgencia en obtener la protección cautelar fundado en la proximidad de la convocatoria al electorado para la elección de candidatos a Consejeros del Consejo de la Magistratura.Por otra parte el interés público comprometido, a que hace referencia el informe previsto en el artículo 4, es un requisito cuyo examen ya es propio del instituto cautelar y su estudio se encuentra reconocido -desde hace mucho tiempo atrás- por la jurisprudencia y la doctrina*.[[32]](#footnote-33)

**8. Vigencia temporal de las medidas cautelares**[[33]](#footnote-34)

La legislación que estamos analizando dispone que al otorgarse la medida cautelar el juez o tribunal tiene la obligación de establecer –bajo pena de nulidad- el lapso temporal para su vigencia, el que no puede ser mayor a los seis meses en el trámite ordinario y de tres meses en los juicios sumarísimos y de amparo.

Vencido dicho término, a petición de parte y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el magistrado puede de manera fundada prorrogar la medida por un plazo no mayor de seis meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable. A tales efectos, se debe valorar especialmente para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida. Esa prórroga puede requerirse nuevamente vencido el plazo de seis meses.[[34]](#footnote-35)

Según se expuso en los fundamentos, el establecimiento de un plazo para la vigencia de una medida cautelar tuvo como génesis lo resuelto por la Corte Suprema en el caso “Clarín”[[35]](#footnote-36). Allí, el máximo tribunal señaló que los desequilibrios que podrían llegar a producirse entre el peticionario y el sujeto pasivo con aquella providencia cautelar que suspende los efectos de un acto estatal “hasta tanto recaiga pronunciamiento en la acción de fondo a promoverse”, en tanto se podría llegar a obtener “por vía del pronunciamiento cautelar, un resultado análogo al que se lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial”.

En virtud de ello, sostuvo que“Que por esta razón, y para evitar ese efecto no deseado, se considera conveniente la fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar. Si el tribunal de grado no utilizara ex oficio este remedio preventivo, la parte recurrente podría promover la solicitud de la fijación de un plazo”.

Posteriormente, en la misma sentenciala Corte Suprema añadió que “*Ello es así, pues si la índole provisoria que regularmente revisten las medidas cautelares se desnaturalizare por la desmesurada extensión temporal y esa circunstancia resultare frustratoria del derecho federal invocado, en detrimento sustancial de una de las partes y en beneficio de la otra... la parte afectada por aquel mandato tiene a su alcance las conocidas instancias previstas con carácter genérico por el ordenamiento procesal para obtener de los jueces de la causa (artículos 202 y cc), y, en su caso, la del artículo 14 de la ley 48 ante este estrado, la reparación del nuevo gravamen que se invoque*”.

Luego y con la misma orientación en la causa “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A.”[[36]](#footnote-37) sostuvo que “*Que no es posible desvincular por completo la provisionalidad de estas medidas del periculum in mora, pues cuando éste recae sobre un daño irreparable, debe ser muy cuidadosa la jurisdicción y en casos muy excepcionales puede llegar hasta a sacrificar en buena parte la provisionalidad de la medida en función de la naturaleza de los intereses y bienes jurídicos en juego. Pero estas consideraciones no rigen cuando se trata de daños reparables (como pueden ser los intereses puramente patrimoniales en demandas contra el Estado), en que la vigencia de la medida cautelar no puede quedarlibrada al hiato temporal del proceso cognitivo, cuya excesiva prolongación puede convertirla en los hechos en definitiva. Es en este campo, precisamente, donde las medidas cautelares deberían ser cuidadosamente limitadas en el tiempo, mediante plazos razonables, adecuados a las características particulares de cadasupuesto, atendiendo en especial al gravamen que la medida pueda causar a su sujeto pasivo, a la naturaleza del proceso o acción en que se la impetra, al alcance de laprolongación excesiva del proceso en comparación con la pretensión de fondo*.”

De esta limitación quedan exceptuados quienes encuadren en las exclusiones que ya hemos referenciado.

 **9. Medidas cautelares tipificadas**

Como dijimos en la introducciónlaley en seguimiento de la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo propone la tipificación de un electo de medidas cautelares que tiene como base la forma en que se ha manifestado la administración pública.

Como lo ha puesto de resalto Sammartino[[37]](#footnote-38), en criterio que hemos compartido[[38]](#footnote-39), el conducto para encausar la pretensión cautelar del administrado se halla ligado a la manera y a la forma en que se ha exteriorizado la voluntad administrativa.

A partir de ello, si lo que se pretende es lograr tutela cautelar contra un acto administrativo, se debe requerir la suspensión de sus efectos sea que la misma se plantee en sede administrativa o ante el Poder Judicial, variando en este último caso si se presenta durante el trámite del procedimiento administrativo o conjuntamente con la demanda, como veremos. Si lo que se persigue, en cambio, es la defensa contra una vía de hecho, se deberá intentar una medida de innovar o no innovar, ya que en este último caso –ante el obrar ilegítimo de la administración- desaparece la prerrogativa estatal y, en virtud de ello, deben utilizarse los mecanismos previstos para los sujetos privados. Por último, frente a la inejecución de un acto firme, actos denegatorios de una petición o inactividad de la administración pública, la herramienta idónea para la protección del administrado será la medida cautelar positiva.

**a) Suspensión de los efectos de un acto estatal**

Lo primero que debemos señalar es que la protección suspensiva que permite esa legislación en el art. 13 no solo contempla la suspensión de los efectos de un acto administrativo sino que comprende la posibilidad de paralizar los efectos de una ley, de un reglamento y de actos generales. Es importante poner de resalto que el legislador hace una distinción entre reglamentos y actos generales. Parece ser que la categoría de reglamento queda reservada a los denominados reglamentos autónomos[[39]](#footnote-40), mientras que en los actos generales (exceptuada ya la ley) se involucra a los decretos ejecutivos[[40]](#footnote-41), de necesidad y urgencia[[41]](#footnote-42) y delegados.[[42]](#footnote-43)

Específicamente, en lo tiene que ver con los actos administrativos en virtud del carácter obligatorio y, sobre todo, por la ejecutoriedad que tienenlos mismos en el sistema argentino adquiere relevancia, como forma de repeler los efectos de la decisión estatal, el instituto de la suspensión de sus efectos.

Esta posibilidad está contemplada en el art. 12 de la LNPA cuando norma que la administración debe de oficio o a pedido de parte suspender en sede administrativa los efectos del acto “*por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta*”; siendo dichas causales indistintas, esto es que basta la concurrencia de una de ellas para que proceda la suspensión.

Si la misma no es dispuesta en sede administrativa el administrado puede solicitarla ante el Poder Judicial mediante una medida cautelar autónoma[[43]](#footnote-44), es decir, de manera previa a que se produzca el agotamiento de la vía administrativa. Para ello, ¿Es necesario haber requerido la suspensión en sede administrativa?

Desde la doctrina[[44]](#footnote-45)y la jurisprudencia[[45]](#footnote-46) se han alzado posiciones que consideran que para poder solicitar la suspensión de los efectos del acto en sede judicial es requisito necesario haber efectuado dicha petición previamente en sede administrativa, alegando en su fundamento el carácter revisor del contencioso administrativo. Cabe destacar que para Canda[[46]](#footnote-47), quedan excluidos del cumplimiento de ese recaudo, los supuestos en que dicha exigencia pudiera provocar un grave perjuicio al administrado por la inminente ejecución de acto. Para otros, en cambio, no puede exigirse el planteo previo en sede administrativa[[47]](#footnote-48) por considerarlo inútil pues, por lo general, la administración nunca resuelve suspender el acto.[[48]](#footnote-49) En una postura intermedia hay quienes sostienen que dicha exigencia debe ser ponderada en el caso concreto.[[49]](#footnote-50)

La Ley 26.854 ha dado respuesta al interrogante planteado. Es que el art. 13 exige que con anterioridad a petición de la suspensión de los efectos en sede judicial se haya pedido la suspensión en sede administrativa y que la decisión sea adversa a la petición del administrado o que la administración no se pronuncie dentro de los cinco días.

Esa reciente legislación, además, requiere a los fines de procedencia de la medida cautelar autónoma los siguientes recaudos: a) acreditar sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) demostrar la verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

Asimismo, la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto puede plantearse conjuntamente con la demanda de nulidad del acto administrativo una vez que el acto ha causado estado por ser definitivo y haberse agotado la vía administrativa. En ese caso, también debe cumplirse con los mencionados requisitos y su vigencia es de seis meses pero que puede renovarse si se dan los supuestos mencionados (art. 5), tal como hemos visto.

La normativa en cuestión también regula el cauce recursivo contra este tipo de despachos cautelares. Así, la providencia que suspenda los efectos de un acto estatal es pasible de ser recurrida mediante la reposición y el recurso de apelación, sea de manera subsidiaria o directa.

El recurso de apelación que se interponga en contra de la providencia que suspenda, total o parcialmente, “*los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico*”, tiene efecto suspensivo, salvo que se verifiquen los supuestos de exclusión que hemos mencionado en virtud de lo cual el efecto del recurso es devolutivo.

No debemos pasar por alto que la norma no menciona a los actos administrativoscon la cual la apelación de las decisiones judiciales que dispongan su suspensión tiene siempre efecto devolutivo.

Por otra parte, creemos importante destacar, que este párrafo del art. 13 presenta algunas inconsistencias con el primero, dado que, como vimos allí se alude al reglamento y a los actos generales. Empero, en este párrafo se refiere a un reglamento del mismo rango que la leycon lo cual todo parece mostrar que se está haciendo referencia a los a los decretos ejecutivos, de necesidad y urgencia y delegados. Ello nos lleva a la conclusión de que la apelación de medidas suspensivas de reglamentos autónomos tiene efecto devolutivo, habida cuenta que éstos no tienen rango de ley.

El art. 5 *in fine* de la ley de medidas cautelares alude a la vigencia de este tipo de despachos cautelares prescribiendo que la medida se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía mientras que en los fundamentos de la ley se dice que “dicho plazo puede extenderse hasta el dictado del acto que causa estado”. El art 8 segundo párrafo, por su parte, establece que “*Cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa*.”

**b) Medidas cautelares positivas (art. 14)**

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.[[50]](#footnote-51)Su campo de actuación es específico ya que procede frente a los actos por los cuales se deniega una petición[[51]](#footnote-52), la inactividad material[[52]](#footnote-53) o la inejecución de un acto administrativo que se encuentra firme.[[53]](#footnote-54)

A partir de ello y a instancia del administrado, el juez competente puede suplir por vía cautelar “las denegaciones o las omisiones de la Administración, no solo imponiendo a ésta una determinada conducta, sino habilitando directamente al ciudadano cuya actividad está bloqueada por la previa actuación administrativa”.[[54]](#footnote-55)

Como podrá advertirse, este tipo de medidas, tienen un gran potencial de aplicación frente a la actividad prestacional del Estado, en materia de subsidios, habilitaciones y permisos, frente a cuestiones de naturaleza económica en donde se pretende por cautelar adelantar fondos o, incluso, en cuestiones de naturaleza previsional.

De esta manera, a través de este conducto procesal urgente se superan las limitaciones tradicionales que pesan sobre la justicia administrativa; esto es, su carácter revisor, la imposibilidad de sustituir a la administración pública por la supuesta violación del equilibrio entre los diversos poderes estatales y la histórica interdicción de que los tribunales no interfieran sobre el desarrollo de la actividad administrativa.[[55]](#footnote-56)

Por esas razones, esta clase de despachos cautelares ha sido resistida durante muchos años tanto en el derecho comparado como argentino bajo el argumento de que al otorgarlas se incurre en un activismo judicial[[56]](#footnote-57), tal como lo ponen de resalto los fallos de la propia Corte Suprema. Empero, como ha ocurrido en algunos ordenamientos foráneos, muchos sistemas han superado esos prejuicios conceptuales –en algunos casos vetustos- y han admitido las medidas de contenido positivo.

Desde lo jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de analizar este tipo de medidas despachadas en contra de la administración pública en varias oportunidades. Así en la causa “Pesquera Leal S.A.”[[57]](#footnote-58)en donde se discutía la decisióncautelar por la que se había permitido la actividad de un buque dentro del alcance de un proyecto pesquero aprobado por la autoridad de aplicación, con las limitaciones del cupo anual establecido, hasta tanto la autoridad pública resolviera el recurso administrativo interpuesto por el actor.

El Alto tribunal, al revocar la resolución que había concedido parcialmente esa medida cautelar, señaló que “*bajo la pretensión de superar la falta de decisión de una petición formulada ante ese organismo, la actora ha obtenido el dictado de una medida virtualmente operativa en el ámbito de la política de pesca. Ello, en razón de que dicha cautela traduce una acción positiva, al otorgar un permiso de captura no concedido por la autoridad administrativa*”.[[58]](#footnote-59)

Asimismo, entendió que al conceder esa medida el tribunal inferior había incurrido en un “exceso jurisdiccional en menoscabo de los poderes y funciones atribuidos a las autoridades administrativas por las leyes que las instituyen y les confieren sus competencias respectivas”.[[59]](#footnote-60)

En la causa “Rosmar S.A.[[60]](#footnote-61)” se verificó un caso de similares características. La actora promovió una acción cautelar innovativa, contra el Estado Nacional -Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación-, a fin de que le permitiera realizar una operación pesquera con alcances irrestrictos y limitado al cupo anual de captura transmisible, hasta tanto se resolviera, con carácter firme, la transferencia del permiso de pesca de otra embarcación a la propia, que tramitaba por expediente administrativo.

El Supremo Tribunal, al resolver, dejó sin efecto la sentencia que hizo lugar a la pretensión cautelar en tanto entendió que el fallo recurrido incursionaba en el ejercicio de la política estatal de preservación y aprovechamiento de los recursos naturales y del poder de policía que desarrolla la aludida secretaría de Estado con competencia material específica, a la vez que constituía una acción positiva al otorgar un permiso todavía no concedido por la autoridad administrativa.

En la línea opuesta, en “Chiabaut Morales”[[61]](#footnote-62), la Suprema Corte de Buenos Aires, frente a la solicitud de jubilación que no había sido resuelta por la autoridad previsional a pesar de haber transcurrido un plazo razonable, entendió que atento a la estado de incapacidad en que se encontraba el peticionante, cabía ordenar al organismo demandado que abone al actor el beneficio jubilatorio pretendido.

La posibilidad del juez de ordenar una conducta activa a la administración encuentra su límite en la discrecionalidad[[62]](#footnote-63), pues por principio para que proceda debe tratarse de una actividad reglada[[63]](#footnote-64). Es que, se entiende que una orden de tales características supliría ilegítimamente la valoración que le corresponde a la administración, lo que solo aparece como viable para algunos ante la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta[[64]](#footnote-65).

Comadira, por su parte, es de la opinión que la cautelar positiva debe disponerse en los casos en que a pesar de tratarse del ejercicio de facultades discrecionales esa medidas pueden otorgarse en los supuestos “en los que la no emisión del acto debido importe, en relación con las circunstancias del caso, una violación manifiesta de los límites jurídicos de la discrecionalidad”.[[65]](#footnote-66)

Cassagne, en cambio, aporta una visión distinta del asunto ya que para él “Lo que el juez tiene que apreciar más que la naturaleza reglada o discrecional de la respectiva actividad es el derecho del administrado a la tutela cautelar y los requisitos de fundabilidad de ésta”.[[66]](#footnote-67)

En nuestra opinión, es el campo de la actividad reglada el propicio para este tipo de medidas de contenido específico. Sin perjuicio de ello y teniendo en cuenta la inexistencia de la discrecionalidad en bloque[[67]](#footnote-68), el establecimiento de márgenes de apreciación administrativa no puede impedir *a priori* el otorgamiento de esta especie de cautelares cuando concurran los recaudos para su procedencia; evaluación que recaerá sobre el juez teniendo en cuenta las particularidades del caso.

Ya ingresando al análisis que hace la ley de este tipo de medidas, se observa que la normativa habilita a los interesados a solicitar medidas cautelaresque impongan la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada.

Para ello se exigen los siguiente recaudos:1) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada; 2) Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante, a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista;3) Se acreditare sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior:4) No afectación de un interés público; 5) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.

La medida innovativa posee carácter excepcional ya que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor”[[68]](#footnote-69)

Según nuestro parecer no debe confundirse la medida positiva con la innovativa. Gallegos Frediani[[69]](#footnote-70) opina que la diferencia entre ambas radica en la diversa situación de hecho o de derecho en que se deja al administrado: al peticionar una innovativa el particular pretende ser colocado en la situación en la que se hallaba antes de la solicitud, procurando que se restablezca el estado de cosas que existía con anterioridad a la actuación innovadora de la administración. En cambio, a través de una medida cautelar positiva, el administrado aspira a quedar en una situación nueva, distinta de la que gozaba tanto antes como después del acto de gravamen.[[70]](#footnote-71)

Cassagne, por su parte, sostiene que como a través de este cauce el juez emite un mandato para que la administración realice una determinada conducta se ha dicho que las positivas son una especie de las innovativas[[71]](#footnote-72). En cambio, para otros autores[[72]](#footnote-73) ambas figuras son equivalentes.

Como podrá advertirse, la doctrina se ha centrado, a los fines de identificar las diferencias, en los efectos de ambas medidas. Para nosotros, la distinción entre ambas instituciones adjetivas estriba en su campo de actuación; las innovativas son propias del derecho privado y proceden solo cuando la administración se ha pronunciado mediante una vía de hecho o un hecho administrativo. En cambio, las positivas -como dijimos- funcionan ante la denegación de una petición, una omisión material o ante la denegación de un acto firme.

 La ley 26.854 señala que los requisitos apuntadosrigen también para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley, lo que pone en evidencia que no es un número cerrado sino que pueden disponerse todas aquellas medidas que resulten necesarias para asegurar el objeto del proceso.

Dado que la ley no dispone cual es el efecto de la apelación de la providencia que dispone una medida de carácter positivo deben aplicarse las pautas del CPCCN, atento lo previsto la aplicación supletoria dispuesta en el art. 19.

**c) Medida de no innovar (art. 15)**

Como hemos visto, este tipo de medidas cautelares procede contra los hechos administrativos o vías de hecho. Estas últimas, son comportamientos materiales que debiendo concretarse en un acto administrativo se llevan adelante sin cumplir con dicha obligación.

Cabe recordar que el art. 9. De la LNPA cataloga como vías de hecho a: 1) Los comportamientos materiales de la administración pública que violenten un derecho o garantía constitucional; 2) La ejecución de actos estando pendiente la resolución de algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos del acto administrativo o que habiendo sido dictado no haya sido notificado pues esta última es su condición de eficacia

 La legislación que estamos comentando autoriza el despacho de medidas cautelares de no innovar siempre que concurran los siguientes recaudos. 1) Se acreditare sumariamente que la ejecución de la conducta material que motiva la medida, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; 2) La verosimilitud del derecho invocado; 3) La verosimilitud de la ilegitimidad de una conducta material emanada de un órgano o Ente estatal;4) La no afectación de un interés público;5) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.

 Luego se señala que “Las medidas de carácter conservatorio no previstas en esta ley, quedarán sujetas a los requisitos de procedencia previstos en este artículo”, lo que poner de resalto que el juez puede adoptar cualquier medida conservatoria que resulta apta para salvaguardad el proceso, en consonancia al principio de idoneidad cautelar que establece la ley.

Dado que la ley no dispone cual es el efecto de la apelación de la providencia que dispone una medida de carácter positivo deben aplicarse las pautas establecidas en el CPCCN.

**d) Medidas cautelares solicitadas por el Estado (art. 16 y 17)**

La ley también contempla la regulación de las medidas cautelares que puede solicitar el Estado Nacional y sus entes descentralizados (con las aclaraciones referidasal comentar el art. 1º) habilitándolo para requerir la tutela cautelar en cualquier clase de proceso.

En lo vinculado a los recaudos se estipulan los siguientes:1) Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad;2) Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada;3) Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.

 A su vez, en el art. 17 se prevé la posibilidad de que el Estado solicite medidas cautelares que tengan por objeto neutralizar los actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpan o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometido.

**VI. CONCLUSIONES**

En virtud de la limitada regulación que hace Ley 16.986 sobre el instituto cautelar cuando el amparo esté dirigido contra autoridades federales debe aplicarse la ley nº 26.854en lo que allí se dispone y de manera supletoria, en lo que tiene que ver con la tipificación de las medidas cautelares. En el resto de las cuestiones debe acudirse a las prescripciones del CPCCN.

1. B.O. 20/10/1966. [↑](#footnote-ref-2)
2. B.O. 30/04/2013. [↑](#footnote-ref-3)
3. Cfr. PADRÓS, Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 17. [↑](#footnote-ref-4)
4. VALLEFIN, Carlos A., *Protección cautelar frente al Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, p. 23. [↑](#footnote-ref-5)
5. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1989, p. 66. [↑](#footnote-ref-6)
6. A los fines ilustrativos, haremos un breve recorrido por las últimas novedades producidas en el derecho comparado. En España a partir de lo previsto en el art. 24.1 de la Ley Fundamental (1978) en cuanto consagra el derecho a la tutela judicial efectiva permitió el anclaje constitucional del derecho a la tutela judicial cautelar bajo el cual los tribunales fueron admitiendo diversos despachos cautelares. El abanico de posibilidades se amplió notablemente con la sanción de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, habida cuenta que ese cuerpo normativo autorizó el dictado de todas aquellas cautelas que permitan asegurar la efectividad de la sentencia (art. 129.1), es decir, el otorgamiento de medidas que permitan neutralizar los efectos de actos, reglamentos, vías de hecho, inactividad, etc.

En Italia luego de los avances que implicó el dictado en el año 2000 de la ley 205,a sanción del decreto legislativo nº 104 del 2 de julio de 2010, se ha puesto en vigencia, desde el 16/09/2010, su primer Código Procesal Administrativo. Dicho cuerpo normativo, en lo que tiene que ver con las medidas cautelares ha dispuesto una gran amplitud de tutelas que contempla la anticipación de condena (art. 55) la protección mientras se analiza el despacho cautelar (art. 56), o durante el tránsito por la vía recursiva (art. 61), entre otras.

Francia también ha experimentado el dictado de nuevas regulaciones en materia cautelar con la sanción de la ley 597 del 30 de junio del 2000, por la cual, se reconoció ampliamente la potestad jurisdiccional de adoptar todas las medidas cautelares necesarias e, incluso, positivas para neutralizar los efectos de un comportamiento estatal ilegítimo.Con ese nuevo plexo normativo se instauraron cinco nuevos procedimientos cuya exigencia principal de procedencia es la urgencia. El *référé-suspension*contemplado en el art. L521-1 del nuevo *Code de justice administratif*, encuentra a cargo de un juez único denominado *juge des référés* y está previsto para ordenar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo; exigiéndose para ello la existencia de una situación de urgencia y de una duda seria acerca de la legalidad del acto.Por vía del *référé-liberté* se autoriza a los magistrados, en aquellos casos en que la administración pública o una entidad privada encargada de la prestación de un servicio público lleva adelante una atentado grave y manifiestamente ilegal a una libertad fundamental, a ordenarle que cese una actuación o remedie una omisión y a cuyo fin puede ordenarse todas las medidas necesarias –incluso de carácter positivo- para su salvaguarda.El *référé-conservatoire*, por su parte,permite aljuez en casos de urgencia y aún sin la existencia de decisión administrativa previa, ordenar todas aquellas medidas útiles siempre que no se opongan a la ejecución de acto administrativo alguno.En cuarto lugar, encontramos al *référé-instruction* que habilita al juez a adoptar medidas de carácter instructorio y pericial. Por último, está al *référé-provision,* por cuyo cauce el juez interviniente posee la facultad de ordenar al deudor de manera anticipada el pago de un crédito cuando la existencia de la obligación no haya sido controvertida seriamente.

En Alemania la Ley de jurisdicción contenciosa – administrativa de 1960 ha experimentado una modificación en 1991 que principalmente incidió en la regulación de las medidas cautelares. A partir de entonces y con basamento en el art. 19.4 de la Ley Fundamental, se ha afianzado la idea de un derecho a la tutela cautelar efectiva. Con el mentado plexo normativo se delineó un sistema de protección cautelar de doble vía que tiene en cuenta, principalmente, la pretensión de quien acciona. Así, en los casos en que se impugna un acto administrativo que posee ejecutoriedad se autoriza su suspensión provisional y para los otros supuestos (como las pretensiones prestacionales) se prevé la posibilidad de dictar una orden judicial de carácter provisorio cuyo contenido se adecua al objeto de que se trate. En este último supuesto, el administrado obtiene protección cautelar positiva mediante la emanación de una orden por parte del Tribunal Contencioso administrativo, previa solicitud del interesado, aun antes de la interposición del recurso.A su vez, esa orden provisional se subclasifica de la siguiente manera: a) de aseguramiento de un derecho y b) de regulación. La primera, puede consistir en la condena a la administración a omitir una actuación material de limitación o la condena a omitir la emanación de un acto administrativo de gravamen. Por otra parte, la medida provisional de regulación, puede tener por objeto la condena a la administración a dictar un acto administrativo favorable o a realizar una actuación material favorable. [↑](#footnote-ref-7)
7. En adelante CPCCN. [↑](#footnote-ref-8)
8. BUTELER, Alfonso, *El amparo contra acto administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012. [↑](#footnote-ref-9)
9. MALBRAN, Manuel, “El amparo y la tutela cautelar efectiva ante la ley 26.854”, LA LEY, 03/01/2014 , p. 1  [↑](#footnote-ref-10)
10. Cam. Fed. Córdoba, Sala B, 05/07/2013, “De la Vega, Marta Lilia c/Universidad Nacional de Córdoba–Amparo Ley 16.986” (Expte. Nº 33041712-2012), Prot. N° 188B- F° 104/107- Sent. N° 230/2013. [↑](#footnote-ref-11)
11. Art. 1. [↑](#footnote-ref-12)
12. JUSTO, Juan Bautista, “El doble conforme en el procedimiento disciplinario”, Revista de Derecho Público, 2012-I, Empleo Público-I, Rubinzal Culzoni, p. 255. [↑](#footnote-ref-13)
13. Idem, p. 255/256. [↑](#footnote-ref-14)
14. Fallos, 335:452, “Q.C.S.Y” (2012) [↑](#footnote-ref-15)
15. Los instrumentos internacionales que detentan jerarquía constitucional por vía del art. 75 inc. 22 de la C.N. contienen regulaciones específicas sobre la materia que nos aportan mayor claridad sobre el asunto. Tanto el Pacto de San José de Costa Rica (art. 1.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2.) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26) contienen disposiciones que regulan la temática de las categorías sospechosas al vedar todo tipo de discriminación basada en motivos de raza, religión, sexo, color, idioma, origen nacional, posición económica, etc.

Ya desde el derecho comparado, la Ley Fundamental de Alemania en su art. 3°luego de consagrar el derecho a la igualdad expresa que “*Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico*”.

Por su parte, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en su art. 11 dispone que “*Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo*.” [↑](#footnote-ref-16)
16. No puede soslayarse que la calificación de sospechosa de una categoría se encuentra estrechamente ligada al contexto histórico y cultural de cada sociedad en donde tiene lugar. Así, en Estados Unidos, por lo general, se han presentado problemas con las distinciones normativas basadas en motivos raciales. En nuestro país, en cambio, en virtud de las oleadas inmigratorias que tuvieron lugar a partir del Siglo XIX, la cuestión de la nacionalidad ha generado la mayoría de las causas judiciales en donde se discutieron la presencia de categorías sospechosas. Las dificultades interpretativas sobre estas cuestiones, se han intensificado teniendo en cuenta el texto del art. 20 de la Constitución Nacional que establece una equiparación entre nacionales y extranjeros en el goce de los “derechos civiles”. [↑](#footnote-ref-17)
17. Para ampliar puede verse: BUTELER, Alfonso, “El control de constitucionalidad y la presunción de inconstitucionalidad”, en AA.VV., *Tratado de derecho federal y leyes especiales,* Buenos Aires, La Ley, 2013, (Silvia B. Palacio de Caeiro, Dir.,), T. I., p. 1139 y ss. [↑](#footnote-ref-18)
18. En la causa “Ramos” (Fallos, 333:311, 2010) el actor había ingresado a trabajar como contratado a la Armada Nacional y se le había renovado el vínculo contractual continuamente durante veinte años para luego rescindirlo basado en razones presupuestarias. Debemos resaltar que la normativa aplicable a la especie impedía la renovación de cargo luego de transcurridos los cinco años. Ante esa situación, el actor promovió demanda solicitando el pago de una indemnización bajo las pautas de la Ley de Contrato de Trabajo. La acción fue desestimada en las dos primigenias instancias y motivó la interposición del recurso extraordinario federal para arribar a los estrados de la Corte Suprema. Tanto la mayoría -integrada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay- como la minoría –compuesta por los ministros Fayt, Zaffaroni y Maqueda- hicieron lugar a la demanda modificando la doctrina que había mostrado el Máximo Tribunal hasta entonces sobre la materia y estimaron que le correspondía el pago de una indemnización. Básicamente, la sentencia ronda alrededor de dos aspectos: el establecer si corresponde el derecho a la indemnización y, en segundo término, para el caso en que se concluya con una respuesta afirmativa establecer el tipo y monto de la misma. A esos efectos el Alto Tribunal utilizó los siguientes argumentos: a) Las actividades laborales realizadas por el accionante se correspondían con las del personal estable y no con las de contratado. Al respecto, entendió que el actor “era calificado y evaluado en forma anual”, “se le reconocía la antigüedad en el empleo” y “se beneficiaba con los servicios sociales de su empleador”; b) Se había violado el régimen vigente para el caso en cuanto prohibía la renovación más allá de los cinco años. A partir de eso, consideró que administración había utilizado la figura del contratado “con una evidente desviación de poder que tuvo por objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo indeterminado”; c) El comportamiento desplegado por el Estado –al renovar durante un largo tiempo el contrato- había tenido la aptitud para generar en el actor una legítima expectativa de permanencia laboral que ameritaba la protección constitucional contra el despido arbitrario (art. 14 bis CN); d) Que no resultaba aplicable la doctrina del sometimiento voluntario a un régimen jurídico en tanto el actor no había cuestionado el régimen aplicable sino el incumplimiento del límite en él establecido; e) No le correspondía el derecho a la reincorporación en tanto la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional establece un régimen diferenciado para los trabajadores de planta permanente y contratados. Los primeros tienen estabilidad (art. 8), han sido incorporados cumpliendo los requisitos de idoneidad y de selección y su salario está previsto en el Presupuesto. Los segundos no cumplen con estas exigencias; f) Cabía otorgar analógicamente la indemnización prevista para el derecho público en el art. 11 de la ley 25. 164. Mientras en los casos anteriores la Corte centraba su foco de atención en el aspecto normativo para sostener el carácter de empleado transitorio, en “Ramos” entendió que la administración demandada había violentado el plexo normativo al renovar el contrato más allá del plazo permitido. Con relación a esta cuestión nos planteamos algunos interrogantes. En el caso el Alto tribunal sostiene que la normativa aplicable (arts. 26 del Decreto 4381/73 y 17 inc. a de su reglamentación) autorizaba a la administración pública a rescindir el contrato discrecionalmente y sin que ello generara el derecho a una indemnización. Entonces, para conceder el derecho a indemnización ¿No debió la Corte declarar la inconstitucionalidad de ese plexo normativo? ¿Cómo otorga ese derecho sin remover el obstáculo impuesto por la juridicidad? Adviértase, que la normativa había sido tachada de inconstitucional por el actor al interponer la demanda. Incluso, ese argumento fue desestimado en el Dictamen de la Procuradora aunque por un motivo formal en tanto entendió que si bien, dicho planteo de inconstitucionalidad había sido correctamente introducido al interponerse la demanda, no se había mantenido en todas las instancias y por tal razón, su consideración, resultaba ajena al recurso extraordinario federal. La Corte no aborda tampoco el tema de si el despido tuvo o no justificación sino que prescinde de esa circunstancia. No considera relevante saber si el actor impugnó o no el acto administrativo por el que se dispuso su baja por razones presupuestarias. Se deduce, entonces, que el derecho a una indemnización es independiente de la nulidad o no de la decisión. Lo que se pone en evidencia, entonces, que lo que la Corte Suprema entiende que es relevante es la protección y eficacia de los derechos comprometidos en el caso. Y como eso lo importante hace una interpretación más flexible del principio de legalidad acogiendo la pretensión pero sin declarar la inconstitucionalidad de la norma ni la nulidad del acto administrativo. [↑](#footnote-ref-19)
19. En la causa “Losicer” (Fallos, 335:1126, 2012) Se trataba de la impugnación de una resolución del Banco Central de la República Argentina por medio de la cual se había impuesto una multa por violación al régimen financiero. Dado que el acto sancionatorio se dictó casi de veinte años después de haberse cometido la supuesta infracción, la actora sostuvo que se había violado su garantía de obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas en los términos del art. 18 de la CN y de los tratados internacionales, en especial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su art. 8. Cabe destacar, que si bien inicialmente este sistema sancionatorio carecía de una regulación de la prescripción, la ley 21.526 lo introdujo en el art. 42 al establecer que aquella operaría a los seis años desde la comisión del hecho base de la sanción, y que tal término quedaba interrumpido por la comisión de otra infracción y por los actos y diligencias del procedimiento inherentes a la sustanciación del sumario. Asimismo, para una adecuada comprensión del caso, debe quedar en claro que si bien la tramitación del sumario insumió un extenso lapso temporal, el plazo de prescripción nunca llegó a cumplirse a causa de las interrupciones que se produjeron por diversas diligencias de procedimiento que tuvieron lugar, en cada caso, antes de que se completara el plazo legal de prescripción. La Corte luego de sostener que ni el carácter administrativo del sumario y de la sanción impuesta no pueden erigirse en un óbice para la aplicación de los principios de las garantías previstas en el art. 8 de la aludida Convención concluyó que “*la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta[ba] incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constituci6n Nacional y por el art. 8 de la Convenci6n Americana sobre Derechos Humanos*”. Se ve claro, entonces, que la Corte hace lugar a la pretensión del demandante y deja sin efecto la sanción pero omite declarar la inconstitucionalidad de la normativa en cuestión (inc. 3, del art. 41 de la ley 21. 526) en cuanto permite interrumpir el curso de la prescripción, ni tampoco declara la nulidad del acto administrativo que impuso la sanción. Como puede apreciarse, desde una perspectiva “clásica” la existencia de un mandato normativo no puede obviarse sin declarar su inconstitucionalidad. Esa fue la inteligencia asignada al conflicto normativo desde, por lo menos, el dictado de “Madbury vs. Madison” en 1803 por la Corte Suprema de EE.UU. Algo similar debemos decir del acto administrativo, pues todos sus principios y su basamento teórico descansan detrás de ello, en la medida en que si el acto no es declarado nulo mantiene sus efectos. Sin embargo, según lo entendemos, la Corte pasa por alto esa circunstancia y pone por delante de todo la violación de los derechos humanos y resuelve el caso haciendo una interpretación flexible de la juridicidad. [↑](#footnote-ref-20)
20. Una clara alteración de la visión clásica de la discrecionalidad -entre otras cosas- puede verse en lo resuelto por el Alto tribunal *in re*“Q.C.S.Y” (Fallos, 335:452, 2012). Se trataba de una acción de amparo promovida por una madre –por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad y discapacitado- que se encontraban en “situación de calle” por la cual se solicitaba la protección de sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda.

En el caso, la administración demandada había brindado cierta protección dado que la actora recibía un subsidio y tenía un lugar donde vivir, sin embargo, para la demandante esa tutela resultaba insuficiente.

A partir de esa plataforma y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el Alto tribunal le dio la razón a la reclamante pues consideró que “hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle”.

Por tales motivos sostuvo que resultaba “*evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente*.”

A partir de ello, concluyó que “*los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Que ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad*”.

Como puede apreciarse, el concepto de discrecionalidad cambia su configuración en este decisorio. Pues, es claro que aquella visión clásica que parte de la existencia de diversas opciones igualmente dispuestas por el ordenamiento para el actuar de la administración queda desvirtuada por, al menos, dos razones. La primera, deriva de la circunstancia de que las opciones de actuación estatal no pueden contemplarse como tales sino no respetan los derechos fundamentales de la persona. En segundo término, las alternativas no son igualmente válidas ya que el enfoque de la cuestión desde los derechos fundamentales impone al actuar estatal la adecuación y respeto de la dignidad personal del administrado con lo cual una sola de ellas será la menos lesiva. [↑](#footnote-ref-21)
21. Como se sabe, las instituciones clásicas del derecho administrativo fueron construidas a partir de las prerrogativas estatales y han hallado justificación en la idea de que ellas permiten que la autoridad estatal alcance el interés público. En ese enfoque propio del Estado liberal los derechos del ciudadano solo aparecen como un espacio en donde se prohíbe la injerencia de la administración. La nueva perspectiva, en cambio, desplaza del centro de escena a las prerrogativas estatales para colocar en ese lugar a la persona humana. Esa tendencia, en síntesis, tiene sus raíces inmediatas en las dos grandes convenciones de derechos humanos posteriores a la Segunda Guerra Mundial y se consolida en la República Argentina con la Reforma constitucional de 1994 al incorporarse los instrumentos internacionales por vía del art. 72 inc. 22 de la CN con jerarquía constitucional. Desde este enfoque, entonces, se procura la revisión de las instituciones basales del derecho administrativo con el propósito de verificar que sean compatibles con los derechos fundamentales –y en particular, con la dignidad humana- y a partir de las consecuencias a las que se arriben, proponer su mantenimiento, reformulación, matización o supresión. [↑](#footnote-ref-22)
22. BARCESAT, Eduardo S., “Justicia y Poder”, Supl. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853, La Ley, 23/05/2013 , p. 41  [↑](#footnote-ref-23)
23. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 12/08/2013, “Szwarc, Rubén Mario y otro c. Estado Nacional y otros s/ medida precautoria”, LA LEY 2013-E,522; Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contenciosoadministrativo Federal Nº 6, 07/06/2013, “Javkin Pablo c. EN –PEN -Ley 26855 s/ proceso de conocimiento”, La Ley Online, AR/JUR/21410/2013. [↑](#footnote-ref-24)
24. GOZAINI, Osvaldo Alfredo,“Medidas cautelares contra el Estado”, LA LEY 2013-C, p. 762.  [↑](#footnote-ref-25)
25. BIGLIERI, Alberto,“Las medidas cautelares contra el Estado. Primeras observaciones para la práctica abogadilPublicado”, Supl. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853, LA LEY, 23/05/2013 , p. 47  [↑](#footnote-ref-26)
26. En tal sentido, la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre en su art. XVIII hace referencia a un procedimiento sencillo y rápido por el cual la justicia lo ampare contra los actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de sus derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. En la misma línea, el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 8º establece el derecho a un “recuso efectivo” con el mismo objeto y el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla el mismo derecho estableciendo que ese recurso debe ser rápido.

Tal como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cantos” (2002), ello se traduce en que “los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos”. [↑](#footnote-ref-27)
27. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contenciosoadministrativo Federal Nº. 6, 07/06/2013, “Javkin Pablo c. EN –PEN -Ley 26855 s/ proceso de conocimiento”, La Ley Online, AR/JUR/21410/2013. [↑](#footnote-ref-28)
28. Así lo establece la Ley 29/1998, Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa de España, salvo en los casos de urgencia debidamente acreditados en donde el juez o tribunal puede despachar la medida cautelar sin oír a la contraria. (art. 135) [↑](#footnote-ref-29)
29. Art. 19 de la ley 7182 de la Provincia de Córdoba dispone que **“**Al interponerse la demanda podrán los interesados solicitar al Tribunal la suspensión de la ejecución del acto administrativa materia de la causa. El Tribunal resolverá la solicitud en el plazo de diez días, previa vista por cinco días a la demandada. Procederá la suspensión cuando la ejecución del acto impugnado sea susceptible de causar un grave daño al administrado y se estimará que de la suspensión no se derivará lesión al interés público. El solo requerimiento de suspensión y su notificación por el Tribunal importa la prohibición de innovar hasta tanto se resuelva el incidente y, si ello no ocurriere, hasta no más allá de sesenta días de iniciada la demanda. La Administración en cualquier estado de la causa, en los casos que aprecie exista lesión al interés público, lo deberá declarar en acto administrativo y alegar ante el Tribunal. Este resolverá por auto dentro de las cuarenta y ocho horas, sobre el cese de la prohibición de innovar o la revocación de la suspensión, sin perjuicio de la responsabilidad de la Administración por los daños que ocasionare la ejecución del acto. Al solicitarse la suspensión, el Tribunal podrá establecer que el peticionante debe rendir caución, su modo y monto, bajo apercibimiento de no comunicarse la existencia del requerimiento ni imponer trámite al incidente.” [↑](#footnote-ref-30)
30. GOZAINI, Osvaldo Alfredo, “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”,Supl. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 23/05/2013,p. 73, esp. p. 76. [↑](#footnote-ref-31)
31. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 12/08/2013, “Szwarc, Rubén Mario y otro c. Estado Nacional y otros s/ medida precautoria”, LA LEY 2013-E, 522. [↑](#footnote-ref-32)
32. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contenciosoadministrativo Federal Nº. 6, 07/06/2013, “Javkin Pablo c. EN –PEN -Ley 26855 s/ proceso de conocimiento”, La Ley Online, AR/JUR/21410/2013. [↑](#footnote-ref-33)
33. Art. 5. [↑](#footnote-ref-34)
34. CASSAGNE, Ezequiel,“El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la ley 26.854”,Supl. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853, 23/05/2013, p. 55,  esp.p. 61. [↑](#footnote-ref-35)
35. Fallos, 333:1885 (2010) [↑](#footnote-ref-36)
36. Fallos, 334:259 (2011) [↑](#footnote-ref-37)
37. Cfr. SAMMARTINO, Patricio M.E., *Principios Constitucionales del amparo administrativo, El contencioso constitucional administrativo urgente*, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1ª Ed., 2003, p. 317. [↑](#footnote-ref-38)
38. Cfr. BUTELER, Alfonso, “Medida cautelar positiva contra la administración”, LA LEY 2009-F, p. 1091. [↑](#footnote-ref-39)
39. Art. 99 inc. 1º CN. Los reglamentos autónomos son las normas generales y abstractas que dicta la administración pública sobre aquellas materias que pertenecen su zona de reserva, cuya existencia encuentra controvertida. A través de su dictado, no se aplica una ley sino la propia Constitución de manera directa. Así, la denominación de autónomo deriva de que consiste en el ejercicio de facultades que no dependen de ley alguna sino que son propias del Poder Ejecutivo o de la autoridad que lo dicta y que implican el ejercicio de la función administrativa, conforme lo establece la Ley Fundamental (arts. 66, 113 y 99 inc. 1. CN) [↑](#footnote-ref-40)
40. Art. 99. Inc. 2 CN. Son decretos ejecutivos o reglamentarios aquellos que son complementarios y accesorios de las leyes dictadas por el Poder Legislativo, con la finalidad de posibilitar su aplicación. Es una atribución constitucional del Poder Ejecutivo por cuyo cauce se hace posible la aplicación o cumplimiento de una ley emanada del Congreso. Esta variante, encuentra su límite en la imposibilidad de alterar el espíritu de la ley a través del ejercicio de tal atribución. [↑](#footnote-ref-41)
41. Art. 99. Inc. 3 CN. Estos decretos son el producto del ejercicio extraordinario de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo pero en este caso lo hace para solucionar una determinada situación de urgencia. el “*El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.”, p*ermitió su dictado cuando “*circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”.*Asimismo*,* el Constituyenteestableció un límite material al señalar que no podrán dictarse en asuntos penales, tributarios, electorales *o* de régimen de los partidos políticos y que, los mismos, deben ser decididos en acuerdo general de ministros y ser refrendados, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. Este funcionario, a su vez, tiene la obligación de someterlos dentro de los diez días a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

Este precepto es completado por las prescripciones de la ley 26.122 cuando señala en el art. 10 que la Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez constitucional del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. [↑](#footnote-ref-42)
42. Art. 76 CN. Tal clase de decretos tiene lugar cuando existe una delegación legislativa por parte del Congreso Nacional de facultades que le son propias. Si bien, su dictado implica el ejercicio de actividad legislativa se diferencia de los DNU ya que en el caso de delegados no es el Poder Ejecutivo quien se arroga funciones del Legislativo sino que el Congreso el que se los delega expresamente.

De este modo, en el art. 76 se prescribió como regla la prohibición de la delegación legislativa, estableciéndose, a su vez, dos excepciones materiales: los supuestos en que se trate de *determinadas* materias de administración y de emergencia pública. Para su procedencia se requiere, además, que el Congreso determine un plazo para su ejercicio y que fije las bases de la delegación. A su vez, en el art. 100, inc. 12 se añade como exigencia que los decretos así dictados sean refrendados por el Jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación. [↑](#footnote-ref-43)
43. Esa denominación utilizada para designar este tipo de medidas cautelares ha sido criticada en tanto la misma no es independiente de una demanda que plantee la necesidad de una sentencia definitiva, sino que la anticipa. Por ello, se dice que es una medida cautelar anticipada pero no autónoma (ZAMBRANO, Pedro, “*Medidas cautelares autónomas y la garantía de defensa en juicio por el art. 230 del Código Procesal o por el art. 12 de la Ley 19.549*”, L.L. 1998-C, 344*.,* esp. p. 350) [↑](#footnote-ref-44)
44. CANDA, Fabián Omar, “La suspensión de los efectos del acto en el procedimiento administrativo”, en A.A.V.V., *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, obra conjunta, Juan Carlos Cassagne (Director), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 373; HUTCHINSON, Tomás, “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional”, E.D., 124:677, esp. 682 [↑](#footnote-ref-45)
45. Cam.Nac.Cont.Adm.Fed., Sala III, “Tienda León Manuel S.A. c/ Estado Nacional – Fuerza Aérea Argentina”, L.L., 1996-D, 127. [↑](#footnote-ref-46)
46. CANDA, Fabián Omar, “La suspensión de los efectos del acto en el procedimiento administrativo”, *op. cit*., p. 373. [↑](#footnote-ref-47)
47. ZAMBRANO, P., op. cit., p. 352. [↑](#footnote-ref-48)
48. CASSAGNE, Juan Carlos, “*Las medidas cautelares en el contenciosoadmimistrativo*”, LA LEY 2001-B, p. 1090, esp. p. 1099 [↑](#footnote-ref-49)
49. Cfr. GALLEGOS FREDIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Abaco, 2006, 2ª ed. actualizada, p. 226. [↑](#footnote-ref-50)
50. COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 269; SORIA, Daniel F., “*La medida cautelar positiva en el proceso administrativo (Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial)*”, E.D., 182:1166. [↑](#footnote-ref-51)
51. Vg. la denegación de una habilitación, autorización, etc. [↑](#footnote-ref-52)
52. La no designación en un cargo al que se ha accedido por concurso, la no firma de un contrato del cual ha resultado adjudicatario o el no otorgamiento de una licencia o un permiso, por ejemplo. [↑](#footnote-ref-53)
53. Vg. decisión por cual se reconoce una deuda. [↑](#footnote-ref-54)
54. Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “*Nuevas medidas cautelares positivas: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho*”, Revista de Administración Pública española, n° 126 (1991) p. 301. [↑](#footnote-ref-55)
55. Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, E., “*Nuevas medidas…”, op. cit.,* p. 306. [↑](#footnote-ref-56)
56. En tal sentido, ha señalado la jurisprudencia nacional que lo que la administración puede hacer en ejercicio de función administrativa “excede la competencia de los jueces, quienes solo deben decidir controversias -conforme a derecho- pero no sustituir a aquellas en el ejercicio de competencia propia” (C.N.C.A.F, Sala IV, 05/02/1998, “Impresora Internacional de Valores S.A. c. Ministerio del Interior”, L.L. 1998-D, 707, esp. consid. 7º) [↑](#footnote-ref-57)
57. Fallos, 323:3075 (2000) [↑](#footnote-ref-58)
58. El subrayado no corresponde al original. [↑](#footnote-ref-59)
59. Considerando 7º. [↑](#footnote-ref-60)
60. Fallos, 325:461 (2002) [↑](#footnote-ref-61)
61. SCBuenos Aires, 13/4/99, ED, 27/5/99. [↑](#footnote-ref-62)
62. Esa dinámica del proceder estatal, ha sido reflejada por la Corte Nacional en un importante precedente al expresar que “mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos –reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática)-, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)” Fallos, 315:1361, consid. 6º, “Consejo de la Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los derecho humanos”. Sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte Nacional en ese tema puede verse nuestro trabajo: “*El control judicial de la discrecionalidad administrativa*”, L.L. 2008-D, 1053.

Sobre el control judicial de la discrecionalidad véase: SESIN, Domingo Juan, *Administración pública*. *Actividad reglada discrecional y técnica*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004) Una visión diferente sobre el tema puede consultarse en: CORVALAN, Juan Gustavo, “*Control judicial de la discrecionalidad administrativa*”, L.L. 27/05/2008. [↑](#footnote-ref-63)
63. Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos*…, *op. cit*., p. 270; VILLARRUEL, María Susana, “*Algunas reflexiones en torno a las denominadas medidas cautelares positivas*”, ED, 178:788. [↑](#footnote-ref-64)
64. Cfr. GALLEGOS FREDIANI, P., *Las medidas cautelares…, op. cit.*, p. 136. [↑](#footnote-ref-65)
65. COMADIRA, J., *Procedimientos Administrativos*…, op. cit., p. 270. Entre los mecanismos de control de la actividad discrecional la Corte Suprema ha admitido los siguientes: a) El Control de la discrecionalidad por los elementos reglados del acto administrativo (Fallos, 315:1361, 320:2509, 325:3435, 320:2509, 323:1825); b) Control de la discrecionalidad técnica (Fallos, 301:1103, 281:314, 268:340, 280:284, 304:1710, 320:147); c) Razonabilidad (Fallos, 313:153, 316:3077); d) Control por los conceptos jurídicos indeterminados (Fallos, 320:2298, 320:2509); e) Control por los hechos determinantes (Fallos, 244:548, 326:2896) y f) Control de los principios generales del Derecho (Fallos, 320:1191) [↑](#footnote-ref-66)
66. CASSAGNE, J., “*Las medidas cautelares…*”, *op. cit*., p. 1090 y ss. [↑](#footnote-ref-67)
67. Cfr. VILLAR PALASÍ, *Apuntes de derecho administrativo*, Madrid, 1977, T. I, p. 175. [↑](#footnote-ref-68)
68. PEYRANO, según “*La demanda de amparo. La suspensión de los efectos del acto lesivo y la medida cautelar no innovativa*”, LA LEY. 1980-D, 16. [↑](#footnote-ref-69)
69. GALLEGOS FREDIANI, P., *Las medidas cautelares…, op. cit.*, p. 137. [↑](#footnote-ref-70)
70. Cfr. VILLARRUEL, María Susana, op. cit., p. 789. [↑](#footnote-ref-71)
71. CASSAGNE, Juan Carlos, “*Las medidas cautelares* …”, p.1090. [↑](#footnote-ref-72)
72. CASSAGNE, Ezequiel, “Las medidas cautelares contra la Administración” en AA.VV. *Tratado de derecho procesal administrativo,* (Cassagne, Juan Carlos, Dir.), Buenos Aires, La Ley, 2007, T.II, p. 283, nota 77. [↑](#footnote-ref-73)