

**EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO EN  
CLAVE CONVENCIONAL<sup>1</sup>**

*Por María Gabriela Ábalos*

Sumario: *I. Introducción. II. El Poder Judicial y su rol político institucional con los aportes del neoconstitucionalismo. III. El activismo judicial y el control de convencionalidad. IV. El activismo judicial y el derecho administrativo. Especial referencia a las medidas cautelares contra el Estado. V. Algunas conclusiones.*

*I. Introducción.*

El objetivo del trabajo es analizar el rol del poder judicial y su injerencia en relación con las decisiones públicas, en este caso, a través de las medidas cautelares contra el Estado. Ello supone revisar las posiciones que defienden el activismo versus el garantismo judicial, la función del Poder judicial en la actualidad, sumándole la visión convencional y el rol de la magistratura en relación con las medidas cautelares contra el Estado.

Los jueces integran uno de los poderes que la Constitución establece en función del equilibrio orgánico del Estado, confiándoles el resguardo de la legalidad y la primacía de los preceptos constitucionales; y que en su evolución, al crecimiento de los otros poderes ha correspondido un correlativo ensanchamiento de las funciones jurisdiccionales. En sentido crítico se pone de resalto que es menos democrático que los "poderes políticos", a lo que se responde que si bien sus designaciones no se efectúan en forma directa, su legitimación democrática proviene de la forma y método que aplican al dictado de sus decisiones y, además, de la receptividad y acatamiento de las mismas por la comunidad.

En este contexto el Poder Judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa mediante el control de constitucionalidad por parte de cualquier juez y mediante los procesos

---

<sup>1</sup> En base a la exposición vertida en las XLIII Jornadas Nacionales y XIII Congreso Internacional de Derecho Administrativo, organizado por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los días 27, 28 y 29 de septiembre de 2017.

contencioso administrativos opera un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los poderes ejecutivos nacionales, provinciales y municipales. En este sentido, las posturas activistas y garantistas en relación con el actuar judicial frente a la Administración y la efectividad de tutela judicial de los derechos e intereses fundamentales de los ciudadanos dan respuestas muy diferentes. Cabe preguntarse si es posible encontrar respuestas equilibradas que se ajusten a los parámetros constitucionales y convencionales.

## *II. El poder judicial y su rol político institucional con los aportes del neoconstitucionalismo*

La Constitución Nacional consagra un poder específico dentro de la estructura del Estado para asumir la función judicial, teniendo en sus manos la importantísima tarea de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, actos y normas y así controlar a los otros dos poderes del Estado. El Poder Judicial aparece como un órgano constitucional, complejo y especializado. Es constitucional por hallarse expresamente consagrado en la Constitución formal, es complejo tanto en virtud de la estructura orgánico – funcional (art. 108 C. Nac.) como de la organización federal del Estado (art. 5 C.Nac.), y es especializado en cuanto tiene a su cargo la administración de justicia sometida al principio de legalidad dentro del marco constitucional<sup>2</sup>.

La función judicial es de fundamental jerarquía porque está en la etapa de la aplicación de la ley, que es cuando ésta realmente se hace derecho y justicia al singularizarse en los casos concretos. La Corte Suprema se ha referido reiteradamente a la importancia de la función judicial, por ejemplo cuando afirmó que "la jurisprudencia tiene valor análogo al de la ley; no es una norma nueva, sino la norma interpretada cumpliendo su función rectora en el caso concreto que la sentencia decide"<sup>3</sup>. Ya Alberdi, en las *Bases*, había dicho que "la ley, la Constitución,

---

<sup>2</sup> Juan Fernando Segovia; "La independencia del Poder Judicial y el Estado de Derecho"; en Dardo Pérez Guilhou y otros; "El Poder Judicial"; Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; Ed. Depalma; Bs.As.; 1989; pág. 145.

<sup>3</sup> CSJN. "Cía. de Electricidad de los Andes S.A. c. Municipalidad de Mendoza" el 27 de diciembre de 1944. (LL. 37-517).

el gobierno, son palabras vacías, si no se reducen a hechos por la mano del juez, que en último resultado, es quien los hace realidad o mentira”<sup>4</sup>.

El constitucionalismo norteamericano influye en la organización y función de la tríada de los órganos de poder, donde el órgano judicial desempeña un papel fundamental. Pérez Guilhou rescata la vieja tradición inglesa que se continuaba en el régimen de las colonias, donde el juez y el legislador tenían ambos formidable poder en unas funciones. En la Inglaterra de 1776, cuando comenzó la guerra de las colonias, el juez ya estaba subordinado al legislador como lo pinta Montesquieu, pero en América no era así y por eso no va a resultar difícil consagrar el control jurisdiccional de constitucionalidad. En Estados Unidos siguió en pie la mezcla de funciones judiciales y políticas. El poder judicial para declarar qué es la ley se convirtió en el poder judicial- legislativo mixto que dice a la legislatura qué no puede ser la ley<sup>5</sup>.

En este contexto será la Corte norteamericana presidida por el juez Marshall, la que explícitamente sostendrá en 1803 en el caso “Marbury vs Madison” el poder de los jueces de revisar las leyes del Congreso si no se conforman con la Constitución. Pocos años después, en 1810 en el caso “Fletcher vs Peck” extendió ese poder de control a las leyes locales que no se conciliaran con la Constitución<sup>6</sup>. Esta creación doctrinal de la Corte norteamericana que le da un formidable poder político tuvo que ver también con una necesidad histórica. Luego de la revolución de 1776 hasta que se dictó la Constitución de 1787 se produjo un proceso revolucionario en los estados locales que amenazaba con poner en peligro los resultados de la guerra de la independencia. De ahí la necesidad de contar con un tribunal superior que, hiciera

---

<sup>4</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*; Ed. Francisco Cruz; Bs.As.; 1914; cap. XVI; pág. 95.

<sup>5</sup> PÉREZ GUILHOU, Dardo, “El Poder Judicial: órgano político y estamental”; en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros, *El Poder Judicial*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; ob.cit.; pág. 83. Continúa el autor refiriendo que “Por ello no hay que sorprenderse que en la Convención de Filadelfia de 1787, de los treinta y un abogados que había entre sus cincuenta y cinco delegados, diecisiete de ellos fueran partidarios del control jurisdiccional de constitucionalidad. Es que éstos se habían desempeñado como jueces.

<sup>6</sup> VANOSSI, Jorge, *Teoría constitucional*, tomo II; 2da. Ed. Actualizada; Ed. Depalma; Bs.As.; 2000; pág. 82. Ver entre otros a TORICELLI, Maximiliano, *El sistema de control constitucional argentino*, Ed. Lexis Nexis; Bs.As.; 2002; SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, Ed. Lexis Nexis; Bs.As.2006; HARO, Ricardo, *Control de constitucionalidad*, 2da.edic.; Ed. Zavalia; Bs.As.; 2008; BERCHOLC, Jorge, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad*, Ed. Ediar; Bs.As.; 2004.

respetar el orden nacional, la Constitución asegurando su supremacía sobre las decisiones de las legislaturas locales<sup>7</sup>.

Nuestro país tomó los lineamientos norteamericanos de la doctrina del control de constitucionalidad por lo que el poder judicial tiene en sus manos una herramienta formidable. El juez aparece como órgano de poder del Estado y como garantía de los derechos o libertades de las personas. Para el primer aspecto valen, sin lugar a dudas, las palabras de Oyhanarte cuando hace participar a los jueces en la función gubernamental, y en especial la Corte Suprema cuando desempeña una elevada función política pues sin su exequátur las decisiones políticas fundamentales no tienen posibilidad de materializarse. Como afirma Loewenstein, “el control de constitucionalidad es, esencialmente, control político y cuando se impone frente a los detentadores del poder es en realidad una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control dejan de ser órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituido”<sup>8</sup>.

La visión del poder judicial se completa en nuestros días con el aporte del constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo<sup>9</sup>, el cual pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a regir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX, que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos, como son las Constitución Española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991<sup>10</sup>.

Aparece un nuevo modelo de organización jurídico político o de Estado de derecho, una teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo, que incluso incluye la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de

---

<sup>7</sup> BIANCHI, Alberto B., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, Ed. Catedra Jurídica; tomo I; Bs.As.; 2008.

<sup>8</sup> LOEWENSTEIN, Carl, *Teoría de la constitución*, Ed. Ariel; Barcelona; 1965; pág. 209.

<sup>9</sup> SANTIAGO, Alfonso (h), *Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo*, *Díkaion*, Vol. 22, Núm. 17, diciembre, 2008, pp. 131-155; Universidad de La Sabana; Colombia.

<sup>10</sup> CARBONELL, Miguel, “El Neoconstitucionalismo en su Laberinto” en *Teoría del Neoconstitucionalismo*; Ed. Trotta; Madrid; 2007; págs.9/10. También del mismo autor; “El nuevo tiempo para el Constitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, pág.9.

derecho<sup>11</sup>. Como consecuencia de ello también ha cambiado la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales con parámetros interpretativos nuevos, así entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, etc. A ello se suman desarrollos teóricos novedosos que no solamente sirven para explicar un fenómeno jurídico sino para crearlo. Los aportes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Prieto Sanchís, Ferrajoli han servido para comprender las nuevas constituciones y también a crearlas. Carbonell hace mención a la influencia de Alexy en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, Ferrajoli en la Suprema Corte de México, Zagrebelsky y su incidencia como magistrado de la Corte Constitucional italiana.

En relación con la actividad judicial se destacan las siguientes notas: 1. El protagonismo social creciente de los poderes judiciales. 2. El avance del poder judicial sobre las llamadas cuestiones políticas y la expansión de la justiciabilidad de todos los problemas. 3. La participación creciente de la función judicial en las funciones en otro tiempo reservadas a la legislación. 4. El incremento de una “jurisdicción nomogenética<sup>12</sup>, como resultado de la acción supletoria de la Corte Suprema, ante la crisis de la constitucionalidad y los vacíos que quedan abiertos a partir de la parálisis del funcionamiento armónico de la división de poderes.<sup>13</sup> 5. La tendencia creciente de los órganos legislativos y administrativos hacia una mayor delegación de funciones a los órganos jurisdiccionales. 6. La ampliación de los márgenes de acceso a la justicia para la resolución de controversias en otro tiempo ajenas a la intervención de los magistrados. 7. La expansión del “debido proceso” a campos muy diversos de la actividad estatal y de la propia vida social. 8. La

---

<sup>11</sup> PRIETO SANCHÍS Luis; *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Ed. Trotta; Madrid; 2003; pág.101.

<sup>12</sup> Cfr. Por ejemplo SAGÜES Sofía; “La jurisdicción nomogenética en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en LL marzo 2008.

<sup>13</sup> En diversos pronunciamientos puede advertirse un recurso del Tribunal a las sentencias aditivas. Con esta denominación se refiere a “la que añade algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la constitución. En algunos casos, se cubre un vacío constitucional o legal. En otros -sentencias “integradoras”-, se incluye a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal. También cabe una referencia a las sentencias exhortativas –apelativas o “con aviso”, en las que, ante la ausencia de soluciones legislativas acordes con la Constitución, la Corte encomienda al Poder Legislativo la sanción de nuevos textos legislativos, destinados a paliar la insuficiencia de los vigentes.

inserción de la justicia en el conjunto de los mecanismos sociales destinados a velar por el control de “corrección política” de los procesos políticos y sociales. 9. La expansión del control de constitucionalidad tanto en lo referido a sus contenidos como a sus métodos y formas de habilitación de ejercicio de los derechos.

Se advierte claramente un creciente proceso de “judicialización” de la vida social y política que, entre otros factores, se debe a la expansión del control de constitucionalidad de las leyes y la universalización de las diversas modalidades de control difuso, en especial la proveniente de la tradición constitucional norteamericana. La posibilidad de que las leyes, reglamentos y decisiones de los ejecutivos puedan ser controladas y aun prevenidos a través de remedios excepcionales, asistidos incluso por medidas cautelares capaces de paralizar su efectividad en defensa de libertades y derechos fundamentales amenazados en su integridad, ha aumentado el poder de los jueces como guardianes de la Constitución.

### *III. El activismo judicial y el control de convencionalidad*

**A.** En los últimos treinta años de relaciones entre la justicia y la sociedad un dato constante ha sido sin duda el sesgo activista que ha caracterizado a la judicatura argentina, siendo para unos, un debate poco original ya que sólo reproduciría, en buena medida la discusión internacional entre “activismo” y “*judicial restraint*”, mientras que para otros, lo que estaría en juego sería algo mucho más importante: el papel y la función de los jueces en un contexto de fragmentación de las estructuras institucionales, en el que cada poder –de derecho o de hecho, legítimo o no legítimo– lucha por expandir su influencia y ampliar y ocupar los espacios vacíos del sistema<sup>14</sup>.

En este marco se plantea la existencia de un conflicto que enfrenta a quienes propician el activismo responsable del juez, frente a los que sostienen que esta dinámica destruye las garantías constitucionales que implementa el debido proceso en el marco del garantismo procesal<sup>15</sup>. Se contraponen por un lado, la visión tradicional del juez en su despacho, en su hábitat, aislado del mundo y atento a las

---

<sup>14</sup> ZULETA PUCEIRO Enrique; “Lógica política y cultura constitucional. Reflexiones en torno al activismo judicial”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Constitucional, Bs.As., 16 de septiembre de 2014.

<sup>15</sup> GOZAÍNI Osvaldo, “El Neoprocesalismo” en LL. 2005-E:1328.

causas que le llegan en estado de dictar sentencia, versus la posición del juez que también actúa contestando los interrogatorios de la prensa, haciéndose parte en los grandes problemas del estado nacional, provincial y municipal, marcando muchas veces la agenda pública.

Por un lado, se advierte que la comunidad científica, los operadores jurídicos y los estrados judiciales se han inclinado por un cambio de paradigma en materia procesal civil signado<sup>16</sup>, fundamentalmente, por las siguientes notas: a) el protagonismo de un juez dotado de atribuciones suficientes para no quedar incurso en una situación de fantoche, y de ser cautivo, ineludiblemente, del hacer o no hacer de los litigantes; b) la idea de un proceso civil concebido como una empresa común cuyo éxito depende de que ambas partes colaboren, en cierta medida, al logro perseguido, que no es otro que el de “afianzar la Justicia” como manda el Preámbulo; c) el reconocimiento del poder heurístico de los magistrados<sup>17</sup> que, llegado el caso y siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico de que se trate, pueden y deben –muchas veces a impulsos de postulaciones de los letrados que suelen ser la punta de lanza en las novedades jurídicas-, diseñar soluciones pretorianas razonables tales como las que fueron en su momento la acción de nulidad de sentencia firme, el amparo, la indexación y luego la desindexación judicial, los mecanismos judiciales creados para dar respuestas a la última emergencia económico-financiera, etc.

En esta posición, el juez activo o director es aquél que ejerce sus facultades y sin dejar de respetar la igualdad de las partes y el debido contradictorio, dispone de ciertas iniciativas (probatorias o no) para que el proceso no sea un mero juego de estrategias y ficciones. En esta línea, la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la Justicia sino más bien un estímulo, puesto que "...el juez es el administrador de la Justicia; con ley, sin ley, o contra la ley. Porque el valor Justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución

---

<sup>16</sup> PEYRANO Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, en *Activismo y garantismo procesal*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2009. Ver también a SAGÜÉS Néstor P., “Activismo y garantismo. A propósito del “juez actor”, del “juez investigador” y del “juez preservador” en el derecho procesal constitucional”; presentado en el XIX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 26 al 29 de agosto de 2009, en la ciudad de San Miguel de Tucumán.

<sup>17</sup> PEYRANO Jorge W.; “Acerca de los instrumentos operativos procesales” en *Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales*; Ed. Juris; Rosario; 2002, tomo 1, pág. 163: “Los jueces, acuciados por su deseo y por su deber de hacer justicia en el caso concreto, no encuentran, muchas veces, respuestas adecuadas en los textos legales procesales que de ordinario padecen (debemos confesarlo) un cierto grado de retraso respecto de las urgencias y de las necesidades de la hora actual ...”.

así lo deja entrever a quienes saben comprenderla cuando manda en el Preámbulo afianzar la Justicia. Con ley, sin ley o contra la ley", de esta forma, los principios constitucionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso pueden determinar que deba dejarse de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio<sup>18</sup>.

En contraposición, el garantismo es definido como la postura doctrinaria según la cual el proceso judicial se basa en la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del debido proceso adjetivo, lo que supone entablar un conflicto entre dos partes donde el juez debe ser imparcial (independiente) e *imparcial* (es decir, equidistante de ambas partes). Este juez dirige el debate entre las partes garantizando permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción. De ese modo, todo el proceso queda gobernado por el principio dispositivo, según el cual no hay proceso sin petición de parte, ni actuación de oficio del órgano jurisdiccional. Con esas bases, esta escuela concluye que “*El activismo judicial violaría las reglas de bilateralidad y contradicción*”<sup>19</sup>. Se plantea de este modo un antagonismo, una disyuntiva frente a la cual parecería que el juez debe ser garantista y que todo intento de activismo es disvalioso. En consecuencia, al paradigma del “juez director” se opone la postura de quienes, enrolados en la tesis “garantista”, cuestionan las facultades crecientes de los jueces en el proceso civil, sosteniendo que el verdadero poder de los magistrados no estaría en la dirección del proceso sino en la sentencia y, por ello, en la elección de los hechos a juzgar y en la posterior elección de la norma que se aplicará a esos hechos para solucionar el litigio<sup>20</sup>.

**B.** Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene imponiendo un claro activismo judicial frente al *self restraint* principalmente desde su composición a partir de 1983. Ello se observa en casos emblemáticos como Sejean<sup>21</sup> que refleja el activismo en lo procesal, en la resolución de conflictos de poderes y en la fijación o

---

<sup>18</sup> PEYRANO Jorge W., “Sobre el activismo judicial”; en LL. 2008-B, 837. Ver también a COLOMBO MURÚA Ignacio, “Una aproximación hermenéutica al activismo judicial”; en LL 2012-B, 998. Cita Online: AR/DOC/1202/2012.

<sup>19</sup> ALVARADO VELLOSO Adolfo; *Lecciones de derecho procesal*; Ed. Astrea; Bs.As.; 2016, Conf. GOZAÍNI Osvaldo; *Problemas Actuales del Derecho Procesal, Activismo versus Garantismo Procesal*, Querétaro, Fundap, 2002, pág. 10.

<sup>20</sup> ALVARADO VELLOSO Adolfo y ZORZOLI Oscar, (directores) *Los sistemas procesales*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.

<sup>21</sup> CSJN. “Sejean, Juan B. contra Zaks de Sejean”, 1986, Fallos 308:2268.



consolidación de los valores de la sociedad argentina<sup>22</sup>. En este camino, se elabora una teoría del activismo dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema perfilando distintas interpretaciones (el juez que pronuncia el derecho, el juez que interpreta, decide y crea el derecho, el juez “contra legem”, el juez como amigable componedor, el juez como colaborador de las partes, el juez como ingeniero social)<sup>23</sup>.

Este activismo de la Corte Suprema no solamente se visualiza en decisiones judiciales sino también en el accionar desplegado a través de las Conferencias Nacionales de jueces, de los discursos pronunciados bajo la presidencia del juez Lorenzetti y de las acordadas. Por ejemplo en el discurso de apertura del año judicial del presidente referido del 2013, conmemorando además los 150 años del Tribunal, decididamente afirma que *“El juez pasivo debe dar paso al juez activo. Durante muchos años el Poder Judicial y la Corte cumplieron un rol pasivo, de autorrestricción, lo cual hizo que el Poder Judicial fuera un lugar donde se restringían derechos como instrumento de control social. Nosotros desarrollamos un rol activo, con casos de agenda pública, que llevan a un diálogo de poderes. La Corte es un lugar donde se expanden derechos y se abren las puertas para cooperar en la transformación de un país”*<sup>24</sup>.

En la doctrina argentina se suman voces que sostienen que el “activismo judicial” ha permitido aumentar y revalorizar las funciones del Poder Judicial, sean estos nacionales o provinciales porque al tener como última instancia de revisión - por medio del recurso extraordinario-, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la justicia debe considerarse como poder único. Ahora bien este instituto es visualizado como el eje por la cual giran varias variantes: el rol del juez (funcionabilidad y

---

<sup>22</sup> MORELLO Augusto M.; “El activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”; en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 2da. Época, Año XXXII, 1988, pág. 63. Ver también MANILI Pablo, “El activismo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema” Año LXX N°47;1 de Agosto de 2006; pág.1, ÁBALOS María Gabriela, “Democracia y función judicial. El activismo decisonal en la Corte Suprema de Justicia de la Argentina”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2014; Fundación Konrad Adenauer; Colombia; 2014, págs. 251/270, entre otros.

<sup>23</sup> BERIZONCE Roberto, “El activismo de los jueces”, en LL. 1990-E-920.

<sup>24</sup> Discurso de apertura del año judicial 2013. Inauguración del año judicial y 150 aniversario de la Corte Suprema. Discurso del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti LL Sup. Act. 28/02/2013, 28/02/2013, 1.

características), la inconstitucionalidad por omisión y de oficio y garantías constitucionales<sup>25</sup>.

También se habla de un “activismo cívico”<sup>26</sup>, propuesto como la fuerte participación de los ciudadanos en la vida política (sea local, regional o nacional), y supone la dedicación a la acción en la vida pública; y un “activismo judicial” como forma deliberativa de actuación del juez, superadora del juez “elitista” y del juez “populista”. Esta posición del juez activista se sostiene que se inicia en los Estados Unidos y en nuestro país transita por la reforma constitucional de 1994 y la crisis de 2001 a partir de lo cual se consagra esta actividad refundadora que deberían asumir los magistrados.

Esta impronta no es privativa de los Superiores Tribunales nacional y provinciales, ya que es usual encontrar al magistrado de cualquier instancia, federal o provincial, en su rol de director del proceso, siguiendo los códigos de forma pero también adoptando un rol “activista”, en actitudes concretas que abarcan desde la organización de su tribunal hasta la interpretación del derecho, dándole cabida a creaciones pretorianas que se adelantaron a las reformas legislativas, como es el caso de la audiencia preliminar, la tutela anticipada, las medidas autosatisfactivas, las audiencias públicas, entre otras.

Este activismo además se ha materializado recientemente en el derecho civil y comercial puesto que el *judicialismo* gobierna toda la estructura del ordenamiento legal de fondo que nos rige desde el 1 de agosto de 2015, señalándose que se trata de un Código elaborado por jueces y destinado a conferir un gran protagonismo a los jueces<sup>27</sup>.

C. Por su parte, los lineamientos del control de convencionalidad diseñados por la Corte IDH y luego receptados en buena medida por la Corte Suprema de

---

<sup>25</sup> MARANIELLO Patricio; “El activismo judicial una herramienta de protección constitucional”, conferencia dada en la provincia de Formosa, organizada por la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación, el día viernes 31 de octubre de 2008.

<sup>26</sup> GARGARELLA Roberto; “Dar de nuevo: activismo cívico y el derecho a la crítica radical”; en Colección ¿Más derecho? No.2 Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana”, Juan Otero, director, 2002; pág. 61.

<sup>27</sup> Así lo expresa RABBI BALDI CABANILLAS Renato, "Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, de RIVERA Julio C., Director y MEDINA Graciela, Coordinadora, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, ps. 38 y sgtes. También ver a MASCOTRA Mario; “Función social del juez en el Código Civil y Comercial”, LL. 26/05/2016, 1. Cita Online: AR/DOC/605/2016, entre otros.

Justicia argentina, conducen a acrecentar el rol activista de la judicatura. Ello así porque dicho control de creación pretoriana, aparece perfilado desde el año 2006 en los casos "Almonacid Arellano vs. Chile"<sup>28</sup>, "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú"<sup>29</sup>, "La Cantuta vs. Perú"<sup>30</sup>, y luego completado entre otros, en el caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México"<sup>31</sup>, como un control difuso y de oficio en manos de los jueces domésticos en un primer momento, quienes deben cuidar que las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes internas que resulten contrarias a su objeto y fin, extendiéndose a las autoridades públicas vinculadas a la administración de justicia, como se esbozó en el caso "Gelman"<sup>32</sup>.

Este control de convencionalidad exige conocer no solamente el texto expreso de la Convención sino también la interpretación que del mismo realizada la Corte IADH como su intérprete final. Se abren entonces dos perspectivas de este control, por un lado, el control concentrado, es decir, el que se realiza en sede internacional acuñado como el mecanismo de protección que ejerce la Corte Interamericana con el objeto de analizar la compatibilidad existente entre el derecho interno y la Convención, y al resolver el caso, puede eventualmente disponer la modificación, derogación, anulación o reforma de normas o prácticas internas en aras a una mayor protección de los derechos humanos en juego. Por otro lado, el control difuso que es el que se realiza en sede interna, y llevan a cabo los operadores locales, impuesto como un control difuso aunque con el mismo efecto reformador derogatorio de las normas o prácticas según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros

---

<sup>28</sup> CIDH, Caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" 26 de septiembre de 2006 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)). Ver entre otros a Juan Carlos Hitters, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", en La Ley 2009-D, 105, también a Adelina Loiano; "El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema argentina "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo"; en Susana Albanese (coord.); "El control de convencionalidad"; ob.cit.; pág. 122.

<sup>29</sup> CIDH, "Trabajadores Cesanteados del Congreso versus Perú", 24 de noviembre de 2006 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

<sup>30</sup> CIDH, "La Cantuta versus Perú", 29 de noviembre de 2006 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

<sup>31</sup> Corte IDH Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 24. ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

<sup>32</sup> CIDH, Caso "Gelman contra Uruguay", 24 de febrero de 2011 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)). También de la CIDH, del 20 de marzo de 2013, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia.

instrumentos internacionales fundamentales en este campo<sup>33</sup>.

Ello así entonces el poder de los jueces en el marco del control de convencionalidad es formidable tanto en relación con los jueces interamericanos como de los domésticos, los primeros ejerciendo un control concentrado y los segundos, un control difuso, con efecto derogatorio y de oficio.

#### *IV. El activismo judicial y el derecho administrativo. En particular en relación con las medidas cautelares contra el Estado*

Los principios analizados en relación con la administración pública ponen de resalto que *“el cambio de perspectiva es completo, por tanto, y más si se tiene en cuenta que los derechos fundamentales son de rango superior y de aplicación preferente, como ‘fundamento del orden político y de la paz social’ (cita de García de Entrerría del art. 10.1 de la Constitución española) frente a simples comodidades de gestión de los aparatos administrativos, por ventajosos que puedan resultar para su funcionamiento expeditivo”*<sup>34</sup>.

En este sentido, afirma Pérez Hualde que este cambio se visualiza también a través de la actividad judicial, puesto que los magistrados invocan su facultad de “ponderación” de los principios, valores y normas constitucionales y “supraconstitucionales”, para cubrir con su activismo los espacios que, según su criterio, deben ser corregidos, cuando no –en caso necesario- completados, en el orden legislativo y –por qué no- también constitucional –cuando se mueven en el terreno de la “omisión” inconstitucional o (aún) “inconvenional”-.

*“Aparece como un esfuerzo en vano para la Administración el buscar hacer pie en el principio de legalidad formal estricto cuando éste ya ha sido rebasado por la expansión notable de la constitucionalización y de las convenciones propias de la*

---

<sup>33</sup> BAZÁN Víctor; “Control de convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas”; La Ley 04/04/2012, 04/04/2012, 1- La Ley 2012-B, 1027, del mismo autor “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”; en Sup. Act. La Ley 01/02/2011, 01/02/2011, 1, también de ÁBALOS María Gabriela, “Control de Constitucionalidad y de convencionalidad: su imprescindible armonización”; en *Derechos humanos y control de convencionalidad*, MIDÓN Mario A.R., director; LUQUE Carlos D., compilador; Ed. Contexto; Resistencia, Chaco; abril de 2016; págs. 125/167, entre otros.

<sup>34</sup> GARCÍA DE ENTRERRÍA Eduardo; *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 55, citado por PÉREZ HUALDE Alejandro, “El juez de amparo y la “constitucionalización del derecho administrativa”; en ARIAS, Verónica, COMADIRA, Julio, comp.; “El estado constitucional de derecho y el derecho administrativa”, RAP, Bs.As., 2017, págs. 523/534.

*globalización. La Administración se ve constreñida a sujetarse y obedecer órdenes que no tienen soporte preciso, gramatical y expreso en el marco legislativo que tradicionalmente la condicionó; con que debe bucear en la Constitución y en los ordenamientos internacionales, y con que son ahora los jueces –a veces extranjeros– los que le dicen cuáles de esas normas legales puede aplicar por ser ajustadas a la constitución y a las convenciones y con qué alcance”<sup>35</sup>.*

Cabe analizar estos aspectos en relación con la actividad judicial frente a las medidas cautelares y en particular a las que involucra al Estado.

**A.** La figura cautelar aparece como una herramienta de la eficacia. Como bien refiere Gozaíni, el planteo de las medidas cautelares gira en torno al reconocimiento de la existencia de una demora implícita del procedimiento, y en la imposibilidad de llegar a tiempo con la respuesta que se pretende<sup>36</sup>. El sistema cautelar se encuentra influido por la tensión que provoca la demora de los procesos de cara a los requerimientos de la tutela judicial efectiva, en muchos casos constituye un producto directo de esa tensión que vuelca la sociedad en los jueces<sup>37</sup>.

Estas medidas han ido evolucionando desde el aseguramiento del objeto del proceso (en cuyo caso no hay una pretensión cautelar sino un objeto específico que es la garantía de eficacia), a la finalidad ejecutiva (que manifiesta la posibilidad de resguardar la ejecución de la sentencia con medidas previas a ese objeto: embargo y secuestro); con cautelares de distinta naturaleza gracias a normas y previsiones especiales del legislador (la tutela cautelar material, inhibitoria, etc.); que con el aumento de los poderes de la judicatura para actuar con "prevención" dan lugar a la tutela preventiva autónoma no cautelar y con "urgencia" (tutela de urgencia no cautelar), hasta el más actual de los emplazamientos, como son las medidas de

---

<sup>35</sup> PÉREZ HUALDE Alejandro, “El juez de amparo y la “constitucionalización del derecho administrativa”; ob.cit.

<sup>36</sup> Gozaíni cita que en los orígenes de la ciencia, Chiovenda dijo que las cautelares tenían una finalidad preventiva y conservatoria con dos exigencias preliminares: justificación actual y asunción de riesgos. Es decir [...] "en la medida provisional es necesario distinguir su justificación actual [...]: La acción aseguradora es, pues, ella misma una acción provisional; pero esto importa que se ejercite regularmente por cuenta y riesgo del actor, o sea que en caso de revocación o desistimiento sea responsable de los daños causados por la resolución, sea o no culpable". (GOZAÍNI Osvaldo A., “Medidas cautelares contra el Estado”, en LL. 2013 -C, 762).

<sup>37</sup> Así lo precisa Juan Carlos Cassagne en “Medidas cautelares. Mandatos judiciales preventivos y anticipados en el contencioso administrativo”, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2009 (noviembre), 01/01/2009, 143. Cita Online: AR/DOC/3815/2009.

satisfacción inmediata (autosatisfactivas)<sup>38</sup>.

En relación con estas medidas indudablemente el activismo judicial muestra el reforzamiento de las potestades de los tribunales a partir de las creaciones pretorianas enumeradas, desde la medida autosatisfactiva, la reposición in extremis, la llamada tutela anticipatoria, la medida cautelar innovativa, la medida conminatoria, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, entre tantos otros, muchas de las cuales se han plasmado luego en normas legislativas, lo que Peyrano justifica diciendo que la creatividad pretoriana razonable de los jueces se ha anticipado al quehacer legislativo, habitualmente moroso<sup>39</sup>.

**B.** Estos planteos van de la mano de las exigencias convencionales de tutela judicial efectiva, de plazo razonable en la duración de los procesos a que alude el inc. 1 del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes términos: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*.

La reforma constitucional nacional de 1994 introduce el inc. 22 del art. 75 que otorga jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, y ello obliga a tener en cuenta que el art. 8 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica referente a las garantías judiciales, prescribe no sólo el derecho a ser oído, sino también, el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; y que a su vez, el art. 25 al consagrar la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Así lo ha defendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *"Lociser"* del 26 de junio de 2012, diciendo que el derecho a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones previas resulta ser un corolario del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional -derivado

---

<sup>38</sup> GOZAÍNI Osvaldo A., *Medidas cautelares contra el Estado*, ob.cit.

<sup>39</sup> PEYRANO Jorge W.; "Sobre el activismo judicial"; en LL. 2008-B, 837.

del "speedy trial" de la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica-. En este sentido resolvió también que las garantías que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de su inocencia y la inviolabilidad de su defensa en juicio y debido proceso legal (arts. 5, 18 y 33 CN) se integran con una rápida y eficaz decisión judicial (Fallos: 300:1102). Esta doctrina fue ampliada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que consignó que si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, en palabras de la mencionada Corte, *"cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal", pues "es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas"* (Corte IDH; caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", 2 de febrero de 2001, párrafos 124 y 127)<sup>40</sup>.

En este sentido, los instrumentos cautelares encuentran su razón de ser en la tutela judicial efectiva, ya que ésta difícilmente puede concretarse sin medidas que aseguren el real cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso principal, o incluso eviten un dispendio jurisdiccional a través de la resolución anticipada en audiencia convocada de oficio por el juez. Estas medidas se encuadran además dentro del art. 25 de la Convención ADH, que junto al amparo representarían medidas sencillas, rápidas y efectivas que protegen contra actos que violen los

---

<sup>40</sup> En particular en el caso "Fornerón e hija vs. Argentina", del 27 de abril de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que *"El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. En ese sentido, la Corte ha considerado los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso"*.

derechos fundamentales reconocidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución, o las leyes<sup>41</sup>.

C. De esta forma, la protección judicial de los derechos en situaciones de urgencia frente a las autoridades públicas en nuestro país se materializa en general hasta mediados de los años noventa, por medio de las medidas cautelares y del amparo<sup>42</sup>, ampliándose a través de otras respuestas más rápidas y oportunas en aras a la protección de los derechos fundamentales como son las medidas autosatisfactivas, la tutela anticipatoria, etc.

Frente a las autoridades públicas que desarrollan función administrativa se ha dicho que las técnicas jurídicas de tutela inmediata de derecho pueden clasificarse según su objeto, en satisfactivas y no satisfactivas, las primeras encuadran al amparo, la cautelar positiva y la autosatisfactiva y dentro de las segundas, la suspensión de efectos del acto administrativo, es decir, medidas asegurativas de impronta cautelar<sup>43</sup>.

Ahora bien, tratándose de actos administrativos que conforme al art. 12 de la ley 19.549 se presumen legítimos, gozan de ejecutoriedad y los recursos que se deduzcan contra aquéllos no suspenden su ejecución, la impugnación de los mismos requiere del agotamiento de la instancia administrativa previa, y en el contencioso administrativo clásico la única medida cautelar que se regulaba era la suspensión de los efectos del acto administrativo, salvo por un lado la excepción de las acciones de amparo y por otro lado, las medidas cautelares aplicándose los preceptos, principios y criterios pretorianos del derecho procesal al contencioso administrativo, poniendo de manifiesto el conflicto entre el interés particular del demandante y el público de la Administración demandada.

En el ámbito administrativo nacional, la ley 19.549 prevé, como la mayoría de las normas procesales administrativas de las provincias, la posibilidad de que la Administración suspenda la ejecución de los actos administrativos por razones de

---

<sup>41</sup> CIDH Caso Blake vs. Guatemala, sentencia de fondo, 24 de enero de 1998 párrafo 101. Y se agrega que el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. (CIDH, Caso Cantoral Benavides vs Perú, sentencia de fondo, 18 de agosto de 2000, párrafo 163). ([www.corteidn.or.cr](http://www.corteidn.or.cr))

<sup>42</sup> SAMMARTINO Patricio M., “La tutela autosatisfactiva en el Derecho Administrativo y sus fundamentos constitucionales; en AA.VV., Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa”; Ed. Lexis Nexis; BsAs., 2007; págs. 453 y ss.

<sup>43</sup> SAMMARTINO Patricio *Amparo y administración. En el Estado constitucional social de derecho*, tomo I; Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As.; 2012, págs. 82 y 83.



interés público, para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.

Ahora bien los procesos contencioso administrativos en los que tramitan los juicios contra los Estados locales y sus municipios, en la mayor parte de las provincias, responden al modelo de justicia administrativa con competencia del Máximo Tribunal provincial que resuelve en única instancia y juicio pleno, encontrándose en general, limitada la legitimación a los derechos subjetivos de carácter administrativo, excluida la revisión tanto de la actividad pública discrecional como de las cuestiones políticas, controlando únicamente la actuación administrativa formal impidiendo la judicialización de omisiones estatales, estableciendo un criterio de acceso estrecho a la jurisdicción (habilitación de instancia, agotamiento de la vía administrativa previa, plazos de caducidad y pago previo), impidiendo que se ventilen en el proceso cuestiones que no hayan sido previamente planteadas en sede administrativa, disponer únicamente como medida cautelar la suspensión del acto administrativo y otorgar una mejor posición procesal respecto de los diversos trámites del juicio a la Administración Pública<sup>44</sup>.

Cabe destacar la particularidad de una nueva justicia administrativa, cuyos ejemplos se encuentran en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la provincia de

---

<sup>44</sup> CABRAL Pablo O.; “La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos”, SJA. 2013/06/12-9, JA. 2013-II. Cita Online: AP/DOC/1138/2013, señala este autor que un primer grupo histórico, encabezado por el Código Contencioso Administrativo Varela de la provincia de Buenos Aires de 1905 (hoy derogado) y seguido por las provincias de Salta, Mendoza, Catamarca, Córdoba, Corrientes, Chaco, Entre Ríos, La Rioja, La Pampa, San Juan, Neuquén, Formosa, Santiago del Estero y Jujuy integran el modelo de la antigua justicia contencioso administrativa revisora de los actos formales de la Administración regulado constitucionalmente como de competencia del Máximo Tribunal provincial que resuelve en única instancia y juicio pleno, encontrar limitada la legitimación a los derechos subjetivos de carácter administrativo, excluir la revisión tanto de la actividad pública discrecional como de las cuestiones políticas, controlar únicamente la actuación administrativa formal impidiendo la judicialización de omisiones estatales, establecer un criterio de acceso estrecho a la jurisdicción (habilitación de instancia, agotamiento de la vía administrativa previa, plazos de caducidad y pago previo), impedir que se ventilen en el proceso cuestiones que no hayan sido previamente planteadas en sede administrativa, disponer únicamente como medida cautelar la suspensión del acto administrativo y otorgar una mejor posición procesal respecto de los diversos trámites del juicio a la Administración Pública. Mientras que otro grupo de legislaciones que puede identificarse es el de las regulaciones procesales administrativas de las provincias de Misiones, Santa Cruz, Santa Fe, San Luis, Tucumán y Tierra del Fuego, ya que si bien fueron establecidos mediante leyes sancionadas en la década del 90, en algunos casos aun posteriores a la reforma constitucional de la Nación —1994—, mantienen la mayoría de las características esenciales y distintivas de la antigua justicia administrativa. Ahora bien, especial mención merecen se pueden ubicar las provincias de Chubut y Río Negro, que —al igual que la Nación— no cuentan con un código procesal administrativo que regule en forma especial dicho proceso judicial.

Buenos Aires, con la creación de un fuero descentralizado, con jueces especializados en la materia, con dos instancias (primera instancia de juzgados individuales y la segunda instancia integrada con cámaras de apelaciones), donde se abandona el modelo de justicia revisora de la actuación formal de la administración, se establece un amplio abanico de pretensiones procesales. En particular, el Código de la Ciudad, tiene prevista medidas urgentes en el art. 177 que dispone que *“las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en este, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida”*, es decir, los supuestos de autosatisfactivas. Y continúa *“Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aún cuando no estén expresamente reguladas en este Código”*. Se advierte que como dice Gozaíni que aparecen presupuestos más elástico como: a) la modificación perjudicial del status quo, b) el perjuicio irreparable, c) la inoperancia de la sentencia, d) el cumplimiento imposible de ella, e) la complicación de saneamiento posterior, etc.<sup>45</sup>.

También en el Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires se establece que podrán disponerse medidas cautelares siempre que: a) Se invocare un derecho verosímil en relación al objeto del proceso. b) Existiere la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho. c) La medida requerida no afectare gravemente el interés público. Y agrega que el *“El juez podrá adoptar toda clase de medidas que resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso, tanto las regladas en el presente Código como las previstas en el Código Procesal Civil y Comercial”* y continúa *“podrán disponerse medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la parte demandada. A tal fin, el juez deberá ponderar, además de los extremos previstos en el inciso 1, la urgencia comprometida en el caso y el perjuicio que la medida pudiera originar*

---

<sup>45</sup> GOZAÍNI Osvaldo; “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”; Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853; 23/05/2013, 73 cita Online: AR/DOC/1928/2013.

*tanto a la demandada como a los terceros y al interés público*” (art. 22), sin perjuicio de mantener la posibilidad de la suspensión de suspensión del acto (art. 25).

En materia de medidas cautelares resultaba notoria la ausencia de reglamentación propia para el ámbito contencioso administrativo nacional, lo que condujo a la doctrina tanto como a la jurisprudencia a adoptar, por analogía, el régimen previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, mayormente la prohibición de innovar que permitía obtener la suspensión de actos administrativos<sup>46</sup>.

Varios son los ejemplos de medidas cautelares que adoptadas por la judicatura en las últimas décadas incidieron decididamente en políticas de gobierno. Como el caso de la justicia federal de Mendoza que dictó una medida cautelar que suspendió la vigencia de ley Nacional de Servicios de Comunicación Audiovisual 26.522 con efectos generales, es decir, con efecto erga omnes, con fundamento en presuntas irregularidades en el trámite legislativa. Al llegar a la Corte Suprema se revocó el decisorio y el Tribunal alertó sobre la utilización de las medidas cautelares, la legitimación procesal, la división de poderes y el control de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico<sup>47</sup>. En esta misma línea, la justicia civil y comercial federal concedió al Grupo Clarín una medida cautelar que suspendió la aplicación de dos artículos (41 y 161) de la misma ley, y la Corte Suprema afirmó que *“si la sentencia en la acción de fondo demorara un tiempo excesivo, se permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado, obteniendo de esta forma por vía del pronunciamiento cautelar, un resultado análogo al que se lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial en autos”*<sup>48</sup>.

Casos como los reseñados, y en particular la decisión de diciembre del 2012 de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal, que postergó la vigencia de la medida cautelar que suspendía la aplicación de la desinversión prevista por la el art.

---

<sup>46</sup> Ver entre otros a COMADIRA Julio R.; "Las medidas cautelares en el proceso administrativo (con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto)", LL 1994-C, 699; CASSAGNE Juan Carlos; "Medidas cautelares en el contencioso administrativo", LL 2009-E, 921; TOIA Bruno Gabriel; "La ley de medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado nacional" en LL. 2015-E, 693. Cita Online: AR/DOC/2861/2015.

<sup>47</sup> CSJN. 15/06/2010, "Thomas". Fallos, 333:1023.

<sup>48</sup> CSJN. 05/10/2010, "Grupo Clarín". Fallos, 333:1885.

161 de la ley 26.522, de medios de comunicación audiovisual, en beneficio del Grupo Clarín, como la resolución de la Corte Suprema de Justicia que la confirmaba<sup>49</sup>, pusieron el tema en el centro de la escena pública, lo que impulsó al Poder Ejecutivo nacional a anunciar el 1 de marzo de 2013 en la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso, el envío de seis proyectos de ley bajo la denominación de "Democratización de la Justicia", entre ellos, uno sobre las medidas cautelares en causas en las que el Estado es parte.

Algunos dijeron que el origen de esta movida por parte del Ejecutivo residía en la contrariedad por sentencias judiciales que, si bien podían ser inobjetables desde el punto de vista legal, no habían satisfecho las aspiraciones hegemónicas de poder del oficialismo de ese momento, es más se hacía referencia en ese momento al "partido judicial", se requería la remoción de algunos jueces mientras se recusaba a casi todos los integrantes de un fuero, amenazado a jueces y familiares y, como telón de fondo, ha habido persistentes agravios de funcionarios gubernamentales y acólitos contra la dignidad de respetables magistrados<sup>50</sup>.

En este contexto la nueva norma se sanciona en medio de un rápido y muy cuestionado tratamiento parlamentario en el que, los escasos discursos a favor y en contra de las propuestas, no lograron casi afectar su tenor inicial, una vez más, las mayorías partidarias operaron un efecto hegemónico similar al logrado en otras leyes emblemáticas promovidas por el oficialismo gobernante en ese momento. Así, la ley 26.854 (B.O. 30/04/2013) contiene una serie de aspectos que han suscitado interesantes críticas y aplausos<sup>51</sup>, respecto de los cuales solamente nos detendremos

---

<sup>49</sup> CSJN. 27/12/2012 "Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares", LL. 31/12/2012,1.

<sup>50</sup> Así se expresaba Gregorio BADENI, en el diario La Nación del día 5 de marzo de 2013, bajo el título "Justicia populista no es justicia democrática".

<sup>51</sup> Pueden citarse algunos artículos como BIGLIERI Alberto, "Las medidas cautelares contra el Estado. Primeras observaciones desde la práctica abogadil"; CASSAGNE Ezequiel, "El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la ley 26.854"; DJIVARIS Jorge, "El proceso cautelar y la tutela judicial efectiva como bases fundamentales del estado de derecho"; GIL DOMÍNGUEZ Andrés, "La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (ley 26.854)"; GOZAÍNI Osvaldo, "Las medidas cautelares ante la ley 26.854"; MIDÓN Marcelo S., "Medidas cautelares requeridas contra el Estado Nacional. Botiquín de inocuos placebos"; OTEIZA Eduardo, "El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854"; POZO GOWLAND Héctor y ZUBIAURRE Ramón, "La suspensión de los efectos del acto administrativo en la ley 26.854"; ROJAS Jorge A., "El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado"; SACRISTÁN Estela B., "El concepto de interés público en la ley 26.854"; VERBIC Francisco, "El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos", todos ellos en "Medidas cautelares y el Estado como parte. Ley 26854", Suplemento Especial La Ley (mayo de

en aquellos que pongan de manifiesto la tensión entre los distintos roles judiciales, legislativos y de la administración, mostrando también la necesidad de equilibrar la protección de los derechos y el interés público.

En relación con las facultades judiciales hay que distinguir entre los aspectos procedimentales del trámite para disponer una medida cautelar, y la sustancia de las mismas, advirtiendo las grandes controversias doctrinarias al respecto. En efecto, cabe el análisis de las medidas admisibles de los arts. 13 a 15, dentro de la previsión legal y fuera de ella, como así también la competencia judicial y los derechos fundamentales (art.2), la idoneidad del objeto de la medida (art.3), el informe previo y la medida interina (art.4), la vigencia temporal (arts. 5, 6, 7), afectación de recursos o bienes del estado (art.9) donde cabe preguntarse si prevalecen los aspectos de ponderación o de discrecionalidad judicial.

En este sentido, la ley N° 26.854 dispone que se aplicará contra todas las pretensiones cautelares que se entablen contra el Estado y/o sus entes descentralizados y en opinión de Gozaíni, al final cierra excluyendo la vía cuando se trate de juicios de amparo donde sólo será aplicable la bilateralidad antes de resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares (art. 4), ya que estas medidas se diferencian del amparo puesto que deben dictarse con la eficacia que se tiene que conseguir para un proceso subordinado, mientras que el proceso constitucional tiene

---

2013); BASTERRA Marcela I., "El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la ley 26.854", en REGUEIRA Enrique, (dir.), "Estudios de derecho público", Ed. Asociación de Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Social, Universidad de Buenos Aires; ESPINOZA MOLLA Martín R., "Dos aspectos estructurales del nuevo régimen cautelar de la ley 26.854: la amplitud de las potestades procesales del Estado y la incidencia del interés público como presupuesto de fundabilidad negativo", ED del 16/8/2013, y "Comentarios a la nueva ley 26.854 reguladora de las medidas cautelares en procesos judiciales en los que sean parte el Estado nacional o sus entes descentralizados", RD Amb. 89, sept. 2013; CABRAL Pablo O., "La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como un política de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos", JA 2013-II, CUESTA Ricardo, "La nueva ley de medidas cautelares en los casos en que el Estado nacional es parte. Protección del interés público y derechos fundamentales", Infojus - Sistema Argentino de Información Jurídica, DIEGUES Jorge Alberto; "Medidas cautelares contra el Estado. Aplicación jurisprudencial de la ley 26.854"; en LL 20/04/2016, 20/04/2016, 11. Cita Online: AR/DOC/509/2016, ACCORINTI Susana S.; "Las medidas cautelares y el Estado nacional. Nuevo régimen legal. Interés tributario"; IMP 2013-6, 23, SALGÁN RUÍZ Leandro Gonzalo, "El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado y sus entes descentralizados aprobado por la ley 26854", SJA 2013/06/12 - 57 - JA. 2013- II. Cita Online: AP/DOC/1048/2013, entre otros.

autonomía para cualquier medida provisional, aunque la ley 16.986 dé preferencia a la de no innovar<sup>52</sup>.

En relación con el rol del juez cabe distinguir los siguientes aspectos:

1. En primer lugar se advierte que la norma específica tres clases de medidas: la suspensión de los efectos de un acto estatal en el art.13, la medida positiva en el art. 14, y la medida de no innovar en el art. 15, con sus requisitos y presupuestos propios. Entre los requisitos genéricos para las tres medidas se identifican la verosimilitud del derecho; que la medida cautelar sea necesaria para evitar perjuicios graves de imposible reparación ulterior; y la no afectación del interés público, y entre los específicos de la medida suspensiva, la previa petición en sede administrativa de la suspensión de efectos, como también lo exige por ejemplo el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, (art. 25 inc. 2)<sup>53</sup>.

Para una parte de la doctrina, las previsiones normativas producen la ordinarización del procedimiento cautelar ya que se exige la tarea de acreditación que se opone a la simple comprobación de la verosimilitud del derecho que se invoca, y pone en juego la actividad de la jurisdicción que evaluará la concesión de la medida de la que se trate y, que en modo alguno, puede ser sustituida por el legislador creando una norma que persigue estereotipar conceptos de modo de transformar en rígido aquello que requiere de la necesaria flexibilidad para su adaptación a las circunstancias concretas en las que debe aplicarse<sup>54</sup>. Frente a ello, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, pronunciándose respecto del art.

---

<sup>52</sup> Continúa GOZAÍNI indicando que “El encuadre formula diferencias entre modelos y presupuestos, porque las cautelares que se pidan en los juicios de amparo van a depender de los casos que se planteen; por ejemplo: a) Si el acto público o de un particular constituye una vía de hecho consumada, la medida cautelar será inoficiosa porque las consecuencias se habrían cumplido y sólo se podría resolver una reparación; b) si la medida está cumpliéndose y la lesividad es continua, la precautoria puede suspender la agresión; c) si la acción se deduce contra un caso de amenaza, evidentemente la medida de no innovar admite mantener los hechos como están, hasta que se resuelvan en definitiva; d) pero también el juez puede disponer una medida anticipatoria, que obrando dentro del marco de urgencia y expeditividad que el amparo requiere, lo faculta para anticipar los resultados que, de otro modo, no llegarían a tiempo. (GOZAÍNI Osvaldo; “Medidas cautelares contra el Estado”; LL. 2013-C-762).

<sup>53</sup> Así lo señala TOIA Bruno Gabriel; “La ley de medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado nacional”, ob.cit.

<sup>54</sup> ROJAS Jorge A.; “El nuevo régimen de las cautelares frente al estado”, Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853, LL 23/05/2013, 125. Cita Online: AR/DOC/1938/2013. Arazi por su parte ha señalado que “Los requisitos impuestos para el otorgamiento de las medidas cautelares demuestran el intento del legislador de terminar con ellas cuando se trate de juicios contra el Estado. La mención de la ley al previo agotamiento de la vía administrativa contradice la esencia de las medidas cautelares que suponen la urgencia de la decisión por el peligro en la demora”. (Roland Arazi, en SJA 2013/06/12-3. JA 2013- II. Cita Online: AP/DOC/1042/2013.

6 referido al carácter provisional de las medidas cautelares y del art. 13 sobre suspensión de los efectos de un acto estatal, indicó que "no se observa que los mismos puedan afectar garantías o preceptos constitucionales o transgredan en modo alguno la naturaleza propia de las medidas cautelares, pues de su lectura no se desprende que se hubieran introducido modificaciones sustanciales al régimen previsto en el art. 210 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y a la jurisprudencia interpretativa de las respectivas disposiciones, con relación al carácter provisional de las medidas de esa clase y a los requisitos exigidos para su procedencia", también dijo lo mismo respecto al art. 15 de medida de no innovar<sup>55</sup>.

2. En segundo lugar, hay una referencia especial a los derechos económicos, sociales y culturales (sectores vulnerables, vida digna, salud, derechos alimentarios y ambientales). En efecto, el art. 2 señala que las medidas dictadas por juez incompetente sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria, también tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental (art.2).

Este punto ha sido aplaudido por haber alineado el ordenamiento interno a las exigencias que vienen impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos y por la concretización del principio de igualdad en los términos que lo entiende la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es decir, se dispensa un trato diferente a quienes se encuentran en situaciones distintas<sup>56</sup>. Mientras que ha sido criticado por presentar un trato desigualitario que se genera con la concepción de estas excepciones, que no deben ser tales sino que deben constituir una regla o principio elemental a observar, es que por esa vía se violenta el principio de división

---

<sup>55</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, "SKF Argentina S.A v. Estado Nacional — Ministerio de Economía", expte. 40.275/2013/CA1, resolución del 30/5/2014. También en C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, "SKF Argentina S.A v. Estado Nacional — Ministerio de Economía", expte. 40.911, resolución del 3/6/2014.

<sup>56</sup> TOIA Bruno Gabriel; "La ley de medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado nacional", ob.cit. También Cabral entiende que es correcta esta división esencial que provoca un tratamiento diferenciado del proceso judicial según se trate de un derecho fundamental o de un interés patrimonial o meramente económico. (CABRAL Pablo O.; "La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos", ob.cit.).

de poderes, ya que se vulnera la tarea de la jurisdicción que consiste en la valoración de los hechos o circunstancias que se le someten a su consideración para el otorgamiento (o no) de una tutela por vía cautelar<sup>57</sup>.

Gil Domínguez se suma a las críticas por entender que la necesidad de acreditar en el proceso la condición de pertenecer a un sector socialmente vulnerable es por lo menos perverso, “por cuanto la vulnerabilidad no se prueba se sufre”. Agrega que también es errónea la referencia a que "se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos", pues no existe dicha categoría en el mencionado Instrumento Internacional, el cual a la vez, tampoco incorpora de forma expresa y operativa derechos económicos, sociales y culturales (tal como si lo hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)<sup>58</sup>.

Sin embargo, la referencia tiene que ver con lo que la Corte IDH ha dicho sobre la vida digna, sin duda, es una nota que hace a una lectura convencional. Por ejemplo, en la causa "Villagrán Morales y otros v. Guatemala", dijo que "el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él" (Considerando no. 144)<sup>59</sup>.

Sin perjuicio de estas consideraciones críticas, cabe destacar la incorporación del principio internacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial y

---

<sup>57</sup> ROJAS Jorge A., “El nuevo régimen de las cautelares frente al estado”, ob.cit.

<sup>58</sup> GIL DOMÍNGUEZ Andrés, “La inconstitucionalidad e inconventionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (ley 26.854)”, ob.cit.

<sup>59</sup> CIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999. (Fondo). ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).



diferenciada<sup>60</sup>, debiendo los jueces aplicar la legislación interna de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado, posibilitando la plena protección de los derechos humanos, siguiendo con el principio de progresividad con aplicación concreta al caso del principio pro persona, entendido como un criterio rector según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico, y recurrir a la norma o interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria<sup>61</sup>.

3. En tercer lugar, otro aspecto a considerar es el relativo a la idoneidad del objeto de la medida cautelar y discrecionalidad judicial. El art. 3 inc.2, marca los requisitos para meritar el objeto de la medida y son: a) demostrar el perjuicio que se sufre o que se quiere evitar; b) señalar la autoridad que genera la afectación con sus actos u omisiones; c) el derecho que se quiere resguardar o el interés que se persigue garantizar. Además, el inc. 3 de dicho artículo deja en claro que el juez no está sometido al principio dispositivo ni de congruencia para resolver medidas cautelares ya que puede elegir la más apropiada aunque no coincida con la pretendida, o inclusive puede limitarla, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intentare proteger y el perjuicio que se procura evitar.

4. En cuarto lugar, la bilateralidad es un aspecto muy importante y controvertido, conforme al art. 4 se le requerirá a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco días, y tres días en el amparo, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud, excepto cuando la finalidad sea la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2, inciso 2, (sectores socialmente vulnerables, vida digna, salud, derechos de naturaleza alimentaria y ambiental). Las opiniones críticas han dicho que se vulnera la naturaleza inaudita parte de las medidas cautelares, que resulta un quebrantamiento de la igualdad de las

---

<sup>60</sup> CABRAL Pablo O.; “La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos”, ob.cit.

<sup>61</sup> Así lo sostiene CABRAL Pablo O.; “La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos”, ob.cit.

partes en el proceso (en detrimento del administrado), que se atenta contra la "tutela judicial efectiva", al introducir requisitos adicionales que demoran el pronunciamiento del magistrado, que se ordinariza el trámite de toda cautelar y que da facultades al juez —según la índole de la pretensión— a ordenar una vista previa al Ministerio Público<sup>62</sup>.

A ello puede oponerse la posición que sostiene que el legislador puede disponer un trámite diferente en el ámbito del derecho público al que rige en el ámbito del derecho privado<sup>63</sup>, sin perjuicio de tener presente que varios ordenamientos provinciales que cuentan con un Código Contencioso Administrativo prevén expresamente la elaboración de un informe previo al dictado de la medida requerida por el particular, como en el caso de Tierra del Fuego (ley 133, art. 18), en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dentro del proceso urgente del amparo (ley 2.145, art. 15), como en la provincia de Mendoza (ley 3918, art. 22)<sup>64</sup>. Arazi agrega que como principio, es razonable que en ciertos supuestos, previo al dictado de una medida cautelar, se oiga a la parte afectada por ella, puesto que contrariamente a lo que a veces se sostiene, el trámite inaudita parte, si bien debe ser

---

<sup>62</sup> Jorge A. ROJAS; "El nuevo régimen de las cautelares frente al estado", ob.cit. Además se ha dicho que "El art. 4 de la ley 26.854, en cuanto establece el requisito de un informe de la autoridad pública demandada previo a la decisión sobre la admisibilidad de la medida cautelar, es inconstitucional, pues desnaturaliza el trámite inaudita parte propio de aquella medida, el cual se vincula con la urgencia y eficacia de la protección cautelar dirigida a garantizar la efectividad de los derechos que se invocan, de modo tal que se afecta el debido proceso". (CNFedCivCom., sala III, American Airlines Inc. c. Administración Nacional de Aviación Civil s/ nulidad de acto administrativo, 06/06/2014, La Ley Online, AR/JUR/23548/2014).

<sup>63</sup> Así lo plantea Bruno Gabriel TOIA; La ley de medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado nacional", ob.cit. Se ha pronunciado por la constitucionalidad de esta cláusula por ejemplo la Cámara Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, "SKF Argentina S.A v. Dirección General de Aduanas - RS 232/10", expte. 29094/2013, resolución del 26/9/2013.

<sup>64</sup> Refiere CABRAL que "La bilateralidad previa al otorgamiento de las medidas cautelares, frente al cuestionamiento del procedimiento unilateral, es la postura que han adoptado algunas provincias en sus Códigos Procesales Administrativos, como Mendoza, Santiago del Estero, Neuquén, Tierra del Fuego, Formosa, Jujuy, Santa Fe, Córdoba y Buenos Aires, que prevén el traslado o vista de la solicitud realizada por la parte actora a la demandada. En ninguna de dichas jurisdicciones locales el traslado ha sido impugnado por su inconstitucionalidad ni de tal forma se ha declarado judicialmente. En el derecho extranjero se pueden ver los ejemplos de Estados Unidos de América y España, que también bilateralizan el trámite cautelar. Por último, el Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo establece —al regular las medidas cautelares adoptadas en el proceso administrativo— que "se dará traslado a las partes que se hubiesen personado por plazo de diez días, a fin de que aleguen lo que estimen conveniente sobre la procedencia de la medida y, en su caso, sobre la contracautela y cuantía", agregando que "si no hubiese conformidad, se convocará a las partes a una audiencia, en la que se practicarán las pruebas pertinentes" (art. 81)" (Pablo O. CABRAL; "La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos", ob.cit.).

la regla, no es de la esencia de las medidas cautelares ni una característica ineludible de ellas<sup>65</sup>.

Cabe agregar además que el juez puede decidir una medida interina, ya que el mismo art. 4 inc.1 lo habilita a que cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, podrá dictar este tipo de medida cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción. Ello así se debilita en buena medida la crítica en torno a la bilateralidad ya que el magistrado interviniente evaluando las circunstancias del caso, los intereses y derechos en juego y la urgencia de la medida solicitada, podrá disponerla sin necesidad de producir el informe o de esperar a que venza el plazo para ello. Además principio de bilateralidad es en general una manifestación de las garantías de debido proceso, acceso a la justicia, igualdad de las partes y tutela judicial efectiva, aun en el caso de procesos contra el Estado, sin perjuicio de lo cual, debe ser el juez quien debe impedir que éste actúe y mientras contesta el informe, produzca el daño que se busca evitar con la cautelar, por lo que puede decretar que aquél mantenga el status quo sin realizar conducta alguna con relación al objeto discutido<sup>66</sup>.

5. Otro aspecto importante, en quinto lugar, es la validez temporal razonable de la medida debiendo ser fijada por el juez, bajo pena de nulidad, que no podrá ser mayor a los seis meses, y a tres meses en los procesos sumarísimo y en los juicios de amparo, no corre tal disposición, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el art 2, inc.2<sup>67</sup>. Estas disposiciones siguen la doctrina de la Corte Suprema por ejemplo en el caso Grupo Clarín antes citado, donde dejó

---

<sup>65</sup> Roland ARAZI; "El Estado y las medidas cautelares (ley 26854)"; ob.cit.

<sup>66</sup> Ver entre otros a Tomás HUTCHINSON; "Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado", en [\[1\]](#) SJA. 2013/09/25-22 – JA 2013-III Cita Online: AP/DOC/1923/2013. Además el juez Antelo votó en disidencia en la causa ante la C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, "American Airlines Inc. v. Administración Nacional de Aviación Civil s/nulidad de acto administrativo", expte. 600/2014/CA1, resolución del 6/6/2014 y consignó que "(...) no se advierte que la norma impugnada resulte irrazonable, ni que su aplicación vulnere los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad (...) En efecto, la disposición tiene por finalidad que el juez cuente con elementos suficientes para hacer un adecuado balance de los intereses en juego y decidir, sobre esa base, acerca de la procedencia de la medida cautelar; y el requerimiento para que el Estado Nacional informe, en forma acotada y en un tiempo reducido, acerca del interés público comprometido y de los requisitos propios de las medidas precautorias, es un medio idóneo y proporcional para conseguir la finalidad perseguida por la norma".

<sup>67</sup> Ver consideraciones críticas de Osvaldo C. GUGLIELMINO, "El defecto de las medidas cautelares contra la Administración" en LL. 12/05/2014, 1. Cita Online: AR/DOC/1368/2014

sentado la conveniencia de la fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar, *“ello es así, pues si la índole provisoria que regularmente revisten las medidas cautelares se desnaturalizaren 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 (Fallos: 314:1202, voto concurrente de los jueces Cavagna Martínez, Barra y Fayt), 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”*<sup>68</sup>.

Se le critica que viola al principio de división de poderes, al querer sustituir nuevamente el legislador a la jurisdicción, sustrayéndola de la dirección del proceso, y del manejo que importa la concesión de una cautela dentro de aquél<sup>69</sup>. También se ha dicho que son absolutamente inadecuados para resguardar los derechos hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva, si se tiene en consideración la duración efectiva de los procesos en los cuales el Estado Nacional es parte<sup>70</sup>. En oposición a dicha postura se afirma que el juez está habilitado para otorgar cuantas prórrogas

<sup>68</sup> CSJN. 05/10/2010, “Grupo Clarín”. Fallos, 333:1885.

<sup>69</sup> Jorge A. ROJAS; “El nuevo régimen de las cautelares frente al estado”, ob.cit. A nivel jurisprudencial, por ejemplo la Cámara en lo Civil y Comercial Federal señaló sobre el punto que “El art. 5° de la ley 26.854 al fijar un plazo de vigencia de seis meses de la medida cautelar —prorrogable por otros seis meses cuando fuese indispensable y no hubiere, en principio, una actitud dilatoria de la parte favorecida— es incongruente con el carácter instrumental del instituto precautorio, el cual tiene por objeto asegurar —sobre la base de un derecho verosímil— el cumplimiento de una eventual sentencia favorable”. Asimismo, agregaron que “la norma no es razonable pues el legislador ha establecido el término máximo de un año para la vigencia de la medida cautelar, con prescindencia de la duración objetiva del proceso principal, que puede variar por múltiples factores según la complejidad de cada caso, independientemente del mayor o menor impulso que pueda darle la beneficiaria de la medida, entre los cuales no se puede descartar la demora judicial. De ese modo, la norma sancionada por el Poder Legislativo es susceptible de limitar irremediabilmente la vigencia temporal de la protección cautelar otorgada ante un acto u omisión de las autoridades públicas, colocando al administrado ante el Estado nacional en una situación de indefensión, pues se lo priva de la tutela judicial efectiva y oportuna que es garantía constitucional”. (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, “American Airlines Inc. v. Administración Nacional de Aviación Civil s/nulidad de acto administrativo”, expte. 600/2014/CA1, resolución del 6/6/2014, citado por José Ignacio López; “Trayectoria de la Ley Nacional de Medidas Cautelares frente al Estado. Reseña jurisprudencial y reflexiones”; SJA 2014/12/17-109 – JA. 2014-IV. Cita Online: AP/DOC/1607/2014.

<sup>70</sup> Eduardo OTEIZA, “El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854” en Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 23/05/2013, 23/05/2013, 95. Cita Online: AR/DOC/1955/2013. También Arazi ha dicho que “La limitación temporal es el fin de las medidas cautelares y es una nueva intromisión del legislador en las atribuciones de los jueces, quienes deben apreciar la necesidad de mantener o no una cautelar para proteger los derechos de los ciudadanos; además, otorga un privilegio irritante a favor del Estado y las entidades descentralizadas”. (Roland Arazi; ob.cit.).

sean necesarias para hacer cumplir el fin de la cautelar <sup>71</sup>.

6. En sexto lugar, cabe analizar la cláusula de no afectación de bienes del Estado que dispone que “Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias” (art. 9). Esta disposición reproduce el último párrafo del art.195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuya inconstitucionalidad fue declarada en varias oportunidades<sup>72</sup> y que en opinión de Gozaíni no se compadece con las facultades jurisdiccionales para decretar medidas cautelares que son, y deben ser, discrecionales por lo que no se puede imponer, ni prohibir la admisión o procedencia de alguna de ellas, so pena de violar la garantía del acceso a la jurisdicción, y en tal caso, se afecta el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 43 CN)<sup>73</sup>; también se ha dicho como crítica que la norma es demasiado amplia, en tanto estas medidas siempre afectarán de algún modo (directo o indirecto) sus bienes o recursos, por lo que este dispositivo legal equivaldría a proscribirlas.

Frente a lo expuesto se contraponen una interpretación restrictiva, que persigue que la medida cautelar no pueda por ejemplo afectar la percepción de contribuciones fiscales o el desenvolvimiento de servicios o actividades esenciales del Estado, o la autotutela de bienes del dominio público o el ejercicio del poder de policía en tutela de la seguridad, salubridad, moralidad pública u otro interés público eminente. Ello trae aparejado que es el juez el que debe merituar en el caso concreto la articulación de los intereses en conflicto como criterio modulador de la procedencia o no de la medida cautelar solicitada, analizando el impacto que tiene la cuestión para la

---

<sup>71</sup> Entre otros Tomás HUTCHINSON; “Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado”, ob.cit. En este mismo sentido se ha resuelto que “El art. 5 de la ley 26.854, en cuanto establece la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado, es constitucional, pues al no prohibir expresamente la prórroga de aquellas, no se advierte que la norma resulte inconciliable con el principio constitucional de tutela judicial efectiva”. (CNFedContAdm., sala II, Lan Argentina SA c. ORSNA s/ medida cautelar, 16/12/2014, Sup. Adm. 2015 (febrero), 58, LL 2015-A, 438, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2015 (marzo), 48, AR/JUR/67684/2014.

<sup>72</sup> Dicha inconstitucional se basó en que era violatoria del principio de división de poderes en cuanto inhibe a los jueces de decretar medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado y de imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias (C. Fed. La Plata, sala 3a, 11/10/2001, "Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires v. Poder Ejecutivo Nacional", JA 2003-III-255/256).

<sup>73</sup> Osvaldo A. Gozaíni, “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”; Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853; LL. 23/05/2013, 73.

comunidad y si la limitación, en el caso, resulta o no contraria a la tutela judicial efectiva, de lo cual resultará la legitimidad de la pretensión cautelar<sup>74</sup>.

7. En séptimo lugar, se destaca que las medidas no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal (art. 3 inc.4), mostrando la intención del legislador de evitar la procedencia de las llamadas medidas autosatisfactivas, siendo la Corte Suprema muy crítica al marcar *“la irritante desigualdad que ha producido entre los depositantes la desorbitada actuación de los tribunales inferiores, que por medio de medidas cautelares denominadas "autosatisfactivas" descalificadas por esta Corte (Fallos: 324:4520, considerandos 91 y 10, y sus citas) provocaron un notable trastorno económico que incluso puso en riesgo la regularización de los compromisos asumidos por la Nación frente a organismos internacionales de crédito. En efecto, los beneficiarios de esas medidas han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio”*<sup>75</sup>, y al final (art. 19) excluyendo la vía cuando se trate de juicios de amparo donde solo será aplicable la bilateralidad antes de resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares. Agrega Maurino que debe reconocerse que lo controvertido en algunas medidas es que pueden atribuir antes lo que debe concederse después, pero señala que esto no hace a la cuestión; la medida cautelar innovativa y la tutela anticipativa, por ejemplo, son herramientas eficaces para una tutela judicial fructífera que la doctrina y la jurisprudencia aceptan con unanimidad ante la exagerada prolongación de los pleitos<sup>76</sup>.

Arazi muy crítico señala que esta norma hace retroceder nuestra legislación a épocas ya superadas, se olvida que la finalidad de las medidas cautelares es evitar que el tiempo que insume el proceso frustre el derecho del peticionario, deteniéndose el avance de nuevas instituciones que aspiran a lograr una tutela judicial efectiva, como el anticipo de tutela o las denominadas medidas "autosatisfactivas"<sup>77</sup>. Sin embargo Hutchinson postula una interpretación limitativa en sentido restrictivo, y si

---

<sup>74</sup> Así lo puntualiza Tomás HUTCHINSON; “Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado”, ob.cit.

<sup>75</sup> CSJN. 26/10/2004, “Bustos, Alberto Roque y otros contra Estado Nacional s/amparo”, Fallos 327-4495, considerando 15.

<sup>76</sup> Alberto Luis MAURINO; “Las medidas cautelares contra la Administración Pública. Ley 26854”, *in* SJA 2013/06/12-48, JA. 2013-II. Cita Online: AP/DOC/1122/2013.

<sup>77</sup> Roland ARAZI; “El Estado y las medidas cautelares (ley 26854)”; ob.cit.

se considera que la autosatisfactiva no forma parte de las cautelares podría decirse que entonces no estarían expresamente contempladas en esta disposición<sup>78</sup>.

#### V. Algunas conclusiones

A. Se ha dicho con acierto que no es la primera vez que se intentan limitar las medidas cautelares contra el Estado, revelando la intención de restringir la labor de los jueces, influido sin duda por la tensión que provoca la demora de los procesos y por algunos excesos de la judicatura<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Así lo señala Tomás HUTCHINSON; "Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado", ob.cit.

<sup>79</sup> HUTCHINSON hace una muy buena síntesis diciendo "La intención de limitar el dictado de medidas cautelares contra el Estado tiene antecedentes. Entre otros, la ley 25473 (B.O. del 31/7/2001, que agregó un párr. 3 al art. 195, CPCCN, y que textualmente disponía: "Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias". Continuó con la incorporación del art. 195 bis por el dec. 1387/2001, que estableció un *per saltum* innominado para que la Corte Suprema de Justicia de la Nación intervenga directamente en caso que se decreten medidas cautelares que afecten entidades estatales. Luego este artículo fue modificado por la ley 25561, promulgada inmediatamente después de la renuncia del presidente de la Rúa, que reemplazó el *per saltum* por un recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La presentación del recurso tenía, por sí sola, efecto suspensivo de la resolución dictada, es decir, que la sola interposición de la apelación, aun antes de concedida, suspendía la ejecución de la medida cautelar. Después, el art. 195 bis fue derogado por la ley 25587, que dispuso que las medidas decretadas en procesos judiciales de cualquier naturaleza, en que se demande al Estado nacional, a entidades integrantes del sistema financiero, de seguros o mutuales de ayuda económica, en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras, serán apelables con efecto suspensivo ante la cámara federal de apelaciones que sea tribunal de alzada del juzgado que la dictó y que a fines de su cumplimiento previamente debería oficiarse al Banco Central de la República Argentina, a efectos de que informe sobre la existencia y la legitimidad de la imposición efectuada ante la entidad financiera, los saldos existentes a la fecha del informe en la cuenta de la parte peticionaria, como también el monto y la moneda de depósito pactada originalmente. La ley que analizo tiene como antecedente inmediato un proyecto remitido al Congreso con anterioridad, para modificar el art. 198, Código Procesal, e incorporar los arts. 208 bis, ter, quáter y quinquies a ese Código, y el art. 7 bis al dec. -ley 16986/1966 y, finalmente, sustituir el art. 15 del citado decreto-ley. Últimamente y antes de esta reforma, encontramos la ley 26790, que incorporó los arts. 207 bis y 207 ter al CPCCN. El primero de ellos permite impugnar por apelación extraordinaria las resoluciones "dictadas a título de medidas cautelares". Esta norma no sólo es contraria a la doctrina tradicional sobre sentencia definitiva en materia de recurso extraordinario federal y medidas cautelares, sino que además rompe con el principio general según el cual la apelación de las sentencias que ordenan este tipo de medidas deben tener efecto devolutivo para impedir que durante la tramitación del recurso se frustre el objeto de la cautela obtenida. En efecto, el nuevo art. 257 ter, CPCCN, establece que "el auto por el cual el Alto Tribunal declare la admisibilidad del recurso tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida". A ello deben sumarse dos proyectos (de la diputada Diana Conti) con pleno estado parlamentario, orientados a establecer un estricto régimen para las medidas cautelares contra el Estado. (Tomás HUTCHINSON; "Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado", en [11](#) [11](#) SJA. 2013/09/25-22 – JA 2013-III Cita Online: AP/DOC/1923/2013 ). También Roland ARAZI sintetiza los antecedentes sobre el tema en "El Estado y las medidas cautelares (ley 26854)"; ob.cit.

Sin embargo, se ha interpretado que el nuevo régimen de cautelares no se apartó de los tradicionales recaudos para obtener una medida cautelar —verosimilitud en el derecho, peligro en la demora, valoración del interés público—, pero endureció algunas de sus exigencias, aunque no se ha impedido a los diferentes usuarios del servicio de justicia obtener una tutela cautelar idónea cuando las concretas circunstancias del caso así lo exigieron<sup>80</sup>.

En posición claramente crítica, Gozaíni, Gil Domínguez entre otros consideran que esta normativa trata de impedir el uso de facultades discrecionales del juez en torno a las modalidades de la precautoria<sup>81</sup>, y en concordancia se ha resuelto la inconstitucionalidad de los arts. 2, 4, 5, 9, 10, 11, 13, 15 y 16 de ley 26.854 pues el exceso reglamentario dispuesto en cuanto a los requisitos exigibles para conceder una medida cautelar contra el Estado nacional o sus entes descentralizados, produce una limitación irrazonable a la facultad de los jueces para poder evaluar en cada caso si corresponde o no otorgarlas, lesiona el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y viola la división de poderes y el derecho al debido proceso formal y sustancial<sup>82</sup>.

**B.** El tema abordado nos pone en presencia de lo que Sagües llama el *juez preservador*, la impronta del “principio de protección” o “de promoción” en materia de derechos humanos, que lleva al juez a no ser indiferente en el proceso respecto de la vigencia de tales derechos, debiendo buscar la tutela activa de los mismos y por ello la proliferación de las medidas cautelares, entendiéndose que en el ordenamiento jurídico —y en particular, en la Constitución— hay más, y valen más, los “principios” que las “normas”, y que aquéllos, por su carácter indeterminado, deben ser cotidianamente precisados por el juez activista, aludiendo a los supuestos en que la judicatura adopta ya sea de oficio o a pedido de parte, medidas de urgencia aun sin audiencia de la parte contraria<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> José Ignacio LÓPEZ; “Trayectoria de la Ley Nacional de Medidas Cautelares frente al Estado. Reseña jurisprudencial y reflexiones”; ob.cit.

<sup>81</sup> Osvaldo GOZAÍNI; “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”; ob.cit., Andres Gil Domínguez, “La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (ley 26.854)”, ob.cit.; entre otros.

<sup>82</sup> CNCom., sala A, Szwarc, Rubén Mario y otro c. Estado Nacional y otros s/ medida precautoria, 12/08/2013, LL. 2013-E, 522, AR/JUR/50659/2013.

<sup>83</sup> Néstor P. SAGÜES; “Activismo y garantismo. A propósito del “juez actor”, del “juez investigador” y del “juez preservador” en el derecho procesal constitucional”; ob.cit.



Se asemeja a la figura del Juez Hércules a quien refiere Dworkin como el juez dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas y que Ots en sus modelos de jueces, designa como ese juez semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, de ahí que el derecho es el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad<sup>84</sup>.

Así se ha puntualizado una doble función del juez, por un lado, la que tiene como límite objetivo la separación de poderes y que no puede avanzar en la asunción de funciones administrativas que pertenecen al Poder Ejecutivo ni en las propias del legislador, no puede tampoco crear derecho a su discreción. Por otro lado, la que propugna la función judicial vinculada no sólo positivamente a la ley sino, fundamentalmente, a los principios generales del derecho, se trata de que los jueces cumplan un papel activo creando, incluso, un derecho de excepción para encontrar la justa solución a un caso, aún ante la ausencia de normas positivas expresas, pues siempre pesa sobre ellos el deber de fallar conforme al principio constitucional de afianzar la justicia<sup>85</sup>.

Los aspectos brevemente analizados de la ley de medidas cautelares contra el Estado, ponen de manifiesto la tensión entre la discrecionalidad legislativa y el activismo judicial, entre la tutela judicial efectiva y la necesidad de evitar la desnaturalización de los institutos procesales que perjudique el interés público. Ello en el marco de la pluralidad de fuentes que caracteriza al ordenamiento constitucional luego de la reforma de 1994, con la influencia del control de convencionalidad, ponen de manifiesto la clara preponderancia del activismo judicial. Frente a tal activismo deberían exigirse mayores controles y límites al accionar de la magistratura sobre todo en el ámbito cautelar cuando del otro lado se encuentra en juego el interés público y al mismo tiempo, extremar las exigencias a la Administración para que ajuste su obra conforme a derecho.

---

<sup>84</sup> Ronald DWORKIN en “Los derechos en serio”, trad. por Marta Guastavino, Barcelona, 8v. Edición, 2010, ed. Ariel, pág. 177, alude al imaginario “Juez Hércules” como un jurista “dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas”. Francois Ots, “Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de Juez”, en Revista sobre enseñanza del Derecho”, año 4, número 8, 2007, págs. 101 a 130.

<sup>85</sup> Juan Carlos CASSAGNE, “Medidas cautelares. Mandatos judiciales preventivos y anticipados en el contencioso administrativo”, ob.cit.; citando a Jorge W. PEYRANO; “Sobre el activismo judicial”, en el libro Activismo y garantismo procesal, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, p. 14 y ss.

Cassagne elabora pautas interpretativas muy razonables: a) La decisión sobre la apreciación de si la medida precautoria afecta o no el interés público corresponde al tribunal, y no a la Administración, en mérito a que ésta no puede ser al mismo tiempo juez y parte; b) el interés público a ponderarse no es el del acto en sí mismo, sino el que se conculca con la medida suspensiva, debiendo tratarse de un interés público específico y concreto que exija la ejecución inmediata del acto, la cual no puede fundarse en un interés público de tipo genérico; c) frente a una ilegalidad manifiesta no se puede invocar el interés público para denegar la medida precautoria de suspensión de los efectos; d) el interés público no es siempre el interés que persigue la Administración sino el que representa el interés de la comunidad; y, e) en la ponderación los jueces deben necesariamente hacer un balance entre el daño a la comunidad y el que se le ocasiona al demandante de la suspensión<sup>86</sup>.

En el caso de la ley N° 26.854 se advierten varias cláusulas que supone en buena medida un apoyo al activismo judicial puesto que dejan a la judicatura el rol de desempeñar un activismo “bueno”, en la terminología usada por Manili, en cuanto se ejerza en beneficio de los derechos fundamentales, de las acciones de garantía de esos derechos, debiendo cuidarse de las interpretaciones que caigan en el activismo “malo”, es decir aquél que se ejerce en detrimento de los derechos fundamentales y en beneficio del poder estatal<sup>87</sup>.

Se pregonan un activismo judicial limitado por el orden normativo, como sostiene Tamayo Jaramillo<sup>88</sup>, donde la discrecionalidad judicial encuentre valladares en la ley y en el respeto a la división de poderes. Son acertadas las consideraciones críticas de Thury Cornejo en cuanto a que en la sociedad actual, el juez asume un papel central en la configuración del esquema distributivo, como instancia de síntesis de los principios del Estado liberal y del Estado social<sup>89</sup>. En este sentido, la norma sobre cautelares contra el Estado deja importantes espacios a la discrecionalidad judicial ya que, admite interpretaciones que así permiten, las cuales deben estar

---

<sup>86</sup> Juan Carlos CASSAGNE; “Medidas cautelares. Mandatos judiciales preventivos y anticipados en el contencioso administrativo”, ob.cit.

<sup>87</sup> Pablo L. MANILI; “El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”; en LL. 1/08/2006,1.

<sup>88</sup> Javier TAMAYO JARAMILLO, “El activismo judicial”, LL. 2014-A, 579.

<sup>89</sup> Valentín THURY CORNEJO, “Juez y división de poderes hoy”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 2002, págs. 247, 250, 251, 252, 259.

inspiradas en una posición de equilibrio entre los derechos fundamentales y los intereses públicos.

En función de dicho equilibrio, cabe recordar que en el año 2010, en el discurso de apertura del año judicial, el presidente de la Corte Suprema, Ricardo Lorenzetti hacía hincapié en el cambio de paradigma a la luz del bicentenario, llamando a trabajar fuertemente en el diseño institucional de la Nación en equilibrio con los demás poderes. Decía que “Los jueces no debemos gobernar, debemos poner límites a los demás poderes. Los otros poderes del Estado no deben judicializar sus decisiones innecesariamente, lo que cada uno debe hacer es cumplir la función que le adjudica la Constitución. Y por eso esta Corte viene señalando en distintas oportunidades que nos parece muy relevante que cada uno de los tres poderes del Estado en todos los niveles, en las provincias y en la Nación cumpla con la función constitucionalmente asignada. No es buena la judicialización excesiva ni tampoco es bueno que los jueces sin renunciar a nuestra función de poner límites vayamos más allá. Esto es un equilibrio difícil en todo el mundo, pero es algo de lo cual nosotros tenemos que hablar sobre todo porque nuestro pueblo necesita del diálogo, del debate, de la participación de todos en las decisiones”<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> Discurso de apertura del año judicial 2010, ver en [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar)