

En esa línea argumental, se puntualizó que la participación ciudadana es valorada como un factor de previsibilidad (como integrativo del acceso a la información adecuada y veraz del artículo 42 CN), un elemento de legitimidad para la administración y una garantía de razonabilidad. «Desde el punto de vista gnoseológico la audiencia pública es el procedimiento que permite exponer, intercambiar y refutar opiniones técnicas y, como consecuencia, ratificar las percepciones iniciales de sus partícipes o bien modificarlas como consecuencia del debate. Es el mecanismo apto no solo para salir de la ignorancia sino también para construir alternativas que permitan formular una síntesis que dé cabida a la mayor cantidad posible de opiniones diferentes, pero no contradictorias» (42).

3. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: FORTALEZAS Y DEBILIDADES

3.1 CARACTERÍSTICAS GENERALES

En el ámbito federal –a contrario de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– no existe un Código Procesal Contencioso Administrativo, constituyendo ello la principal debilidad del sistema.

Tal como encumbrada doctrina sostiene nunca fue tarea fácil controlar el ejercicio del poder público cuando se afecta los derechos de los ciudadanos; por eso la labor judicial resulta mucho más compleja en este terreno que la que tiene un juez civil, ya que el protagonista en aquella es el interés público, con la aplicación de un ordenamiento de mayor movilidad. «La labor judicial de controlar la actividad de la Administración no es mecánica ni exclusivamente técnica. Es más bien casi un arte: el de impartir justicia teniendo en cuenta la armonización de los intereses individuales o colectivos de cada conflicto con el interés público» (43).

En el plano orgánico la cabeza del Poder Judicial es la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales que el Congreso establezca en el territorio nacional según el artículo 108 CN. Complementan el diseño los artículos 116 (44) y 18 (45) de la CN.

El control de constitucionalidad es de carácter difuso, es decir que cualquier juez federal del país puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, un decreto o

(42) Considerando 17 voto juez Rosatti.

(43) CASSAGNE, Juan Carlos, Perspectivas de la justicia contencioso administrativa argentina en el siglo XXI, en <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/1.pdf>, *op. cit.* p. 2.

(44) Artículo 116: Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

(45) Artículo 18: «(...) Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos (...)».

un acto administrativo, el que debe desarrollarse dentro de un caso o controversia judicial y puede ser declarada de oficio por el juez.

Como indicamos al inicio de estas páginas, otro dato de interés es aquel que caracteriza al sistema argentino como especializado dentro de la justicia federal, pues existen tribunales judiciales específicos: es el llamado Fuero Contencioso Administrativo Federal, que comprende Juzgados Nacionales de Primera Instancia y una Cámara Nacional de Apelaciones. Ratificando lo señalado debe recordarse a Fiorini (46) respecto a que la expresión contencioso administrativo en nuestro país resulta contradictoria, pues en Francia identificó al control sobre las actividades de la Administración Pública por autoridades que no debían pertenecer al Poder Judicial, mientras que en la República Argentina «el contencioso administrativo» está a cargo de ese Poder.

En el diseño del sistema judicialista es recurrente la referencia al artículo 109 de la CN que prohíbe al presidente de la Nación ejercer funciones judiciales, «arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas» (47).

Esa disposición no tiene su equivalente en la Constitución estadounidense donde la ley puede determinar que la decisión administrativa tenga carácter final. Es decir, aún en los países de sistema judicialista más antiguo existen supuestos en los cuales la decisión administrativa puede carecer de control judicial, particularidad que resulta imposible en la República Argentina, justamente por la prohibición de la citada disposición. En consecuencia, se afirma que «la adopción del sistema judicialista en Argentina es plena, imperando consiguientemente un sistema de unidad de jurisdicción» (48).

Por eso entre la doctrina administrativista se sostiene que estamos frente a un sistema de origen nacional derivado de la recepción, por parte de los primeros gobiernos patrios, en la Revolución de Mayo y posteriormente, de las concepciones de división de poderes que surgían en Europa a fines del siglo XVIII y que fueron incorporándose sin las influencias de la revolución francesa de la separación de poderes y sin la tradición jurídica de la indemandabilidad del Estado y la inmunidad soberana propias del derecho británico y luego estadounidense (49).

En esa línea, el carácter judicialista aplicado en Argentina es caracterizado más ortodoxo y puro que el norteamericano y tiene sentido en el asegurar la independencia del poder judicial y en la idea de compensar el peso del presidencialismo. De ahí entonces, que solo a los jueces corresponde la función de juzgar las controversias con fuerza de verdad legal o, como se ha interpretado, que los jueces conservan siempre la potestad de la decisión final en las controversias en que son parte la Administración o el Estado, en base al principio denominado de control judicial suficiente (que comprende la revisión de las cuestiones de hecho y las de derecho). Ello muestra el alejamiento absoluto del modelo francés (50).

(46) FIORINI, Bartolomé, *Qué es el contencioso*, 2.ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pp. 11 ss.

(47) Cassagne, Juan Carlos, indica que Alberdi toma esa cláusula de la Constitución Chilena de 1833 y que a través de ella tiene su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812.

(48) HUTCHINSON, «El sistema argentino de control judicial de la administración», *op. cit.*, pp. 174-179.

(49) *Ibidem*.

(50) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, pp. 57-66.

Ahora bien, el Máximo Tribunal de Justicia en el conocido precedente «Fernández Arias» de 1960, reconoció la existencia y constitucionalidad de diversos organismos administrativos dotados de facultades jurisdiccionales, en el entendido que se asentaban en la idea de una administración más ágil, eficaz y dotada de competencia amplia como instrumentos aptos para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social, los que de otra manera solo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos.

Sin embargo, el Tribunal afirmó que ese criterio no suponía la posibilidad de un otorgamiento incondicional de atribuciones jurisdiccionales pues la actividad de tales órganos se encontraba sometida a limitaciones de jerarquía constitucional, que no podían transgredirse. Entre esas limitaciones preestablecidas figuraba la que obligaba a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quedara sujeto a «control judicial suficiente», a fin de impedir que aquellos ejercieran un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior.

Por control judicial suficiente se entendió a: a) el reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) la negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial.

Una interpretación contraria a ello no tendría cabida dentro del derecho argentino, principalmente por el citado artículo 18 de la CN, que «incluye la garantía de que, mediando situaciones del carácter indicado, ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia (...). Si este requerimiento no recibe satisfacción, esto es, si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha (...) existe agravio constitucional originado en privación de justicia» (51).

La existencia de entes con tales tipos de atribuciones no resulta contradictoria con el artículo 109 CN, ni con lo que sostuvimos acerca de la inexistencia de una jurisdicción administrativa asimilable al régimen francés.

Así, tal como lo indica Gordillo, no solo puede otorgarse a la administración una facultad que sea irrevisable judicialmente, sino que además no satisface el requisito de la necesaria revisión judicial la mera existencia de un recurso limitado de inconstitucionalidad o arbitrariedad. Es necesario un medio de impugnación judicial que permita la discusión suficiente y adecuada de los hechos y el derecho que el caso involucra. «Si entendemos por función jurisdiccional aquella que pueda constituir esa «instancia judicial al menos» de la que habla el fallo, que haga innecesaria una revisión judicial «adecuada,» es evidente que ese tipo de atribución les es terminantemente negada a la administración» (52).

Después de más de cuatro décadas, la CSJN siguió esta línea interpretativa resultando más precisa en el fallo «Ángel Estrada» (53); allí sostuvo que el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconocía lo

(51) CSJN «Fernández Arias, Elena, y otros: c/ Poggio, José suc.». Fallos 247:646 (1960).

(52) GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, pp. IX.27-IX.29.

(53) CSJN «Ángel Estrada y Cia. S. A. C/ Resol. 71/96, Sec. Ener. y Puertos (Expte. núm. 750-002119/96) S/Recurso Extraordinario» Fallos 328:651 (2005).

dispuesto en los artículos 18 y 109 de la CN y que los principios constitucionales quedaban a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hubiesen sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estuvieran aseguradas, el objetivo económico y político se hubiera tenido en cuenta por el legislador para crearlos haya sido razonable «y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente».

3.2 EL AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA

En este breve acercamiento, que estamos realizando, al control judicial de la Administración hemos de incluir uno de los temas que generan aun hoy un interesante debate doctrinario, convirtiéndolo para buena parte de la doctrina en un obstáculo a la tutela judicial efectiva.

De acuerdo a la LNPA, la admisibilidad de la pretensión judicial de nulidad de un acto administrativo requiere la concurrencia de dos requisitos: a) el agotamiento de la vía administrativa y, b) la interposición de la demanda dentro de plazos de caducidad establecidos por la ley (54).

Se exceptiona de estas condiciones el supuesto del amparo del artículo 43 de la CN (55).

A falta de un Código Contencioso Administrativo en el ámbito federal, la regulación del acceso a la jurisdicción está prevista en las disposiciones del capítulo IV de la LNPA y en la jurisprudencia; estos presupuestos de jerarquía meramente legal, son comprobables de oficio por los jueces (56).

(54) El artículo 25 de la LNPA establece: Artículo 25: La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera: a) Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado; b) Si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria; c) Si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa; d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado. Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (30) días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas. Artículo 26: La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción.

(55) El artículo 43 CN establece: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización (...)».

(56) GARCÍA PULLES, Fernando, «El sistema de control contencioso administrativo en el ámbito federal de la República Argentina» en *El Contencioso Administrativo en la Argentina Análisis del*

Sucintamente hemos de mencionar que las vías de agotamiento de la instancia administrativa son la impugnatoria y la reclamatoria. La primera implica la interposición de recursos administrativos conforme a la LNPA y su reglamentación y el reclamo impropio contra actos de alcance general (arts. 23 y 24 de la LNPA) (57). En cuanto a la vía reclamatoria (58), resulta obligatoria, en principio, respetarla cuando se enfrentan hechos y omisiones estatales (59).

Como decíamos la figura del «agotamiento de la vía administrativa» fue objeto de airadas críticas fundadas en razones que van de considerarla un ritualismo inútil hasta el hecho de que dilata en forma innecesaria la defensa de los derechos de los ciudadanos en sede judicial y que es un privilegio estatal excesivo. Es evidente que estos argumentos apuntan a entenderla como un obstáculo al ejercicio de la tutela judicial efectiva y por lo tanto opuesto al artículo 18 CN y a los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

Incluso, autores como Bianchi plantean la necesidad de examinar si aquel recaudo se encuentra actualmente vigente ante esas normas y la interpretación de la Corte IDH por ejemplo en el fallo «Baena» (60).

Si bien el agotamiento de la vía administrativa se trata de un requisito que se halla atenuado por la utilización de la acción de amparo –que se puede interponer para lograr el pronto restablecimiento de los derechos y garantías constitucionales violados por acción u omisión por las autoridades pública– en los hechos su exigencia fomentó un nivel de litigiosidad mayúsculo, por la obligación de recurrir en tiempo y forma los administrativos que resuelvan peticiones finales o de fondo,

sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Dir. Fernando G. Pullés) T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 1-46.

(57) Artículo 23: «Podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular: a) cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas (...).

(58) Artículo 30: El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24. El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas. Artículo 31: El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa. Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente. Artículo 32: El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: a) Se tratase de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.

(59) Si bien las excepciones a la obligatoriedad de interponer reclamo administrativo previo fueron drásticamente reducidas con la reforma que en el año 2000 introdujo la Ley 25.344 a la LNPA, la jurisprudencia ha reiterado la vigencia de una de las más usuales, la que considera el recorrer la vía administrativa como un ritualismo inútil, en ciertos supuestos.

(60) BIANCHI, Alberto B., «Tiene fundamento constitucional el agotamiento de la vía administrativa», en LL 1995-A-397.

«transformando la sede administrativa en una instancia jurisdiccional». A ello debe agregarse el cumplimiento de los plazos de caducidad fatales para interponer la demanda judicial. En definitiva, aquel carece de base constitucional y resulta opuesto «al acceso irrestricto a un juicio pleno como el juzgamiento sobre el fondo de la pretensión articulada en un caso contencioso-administrativo» (61)

En cambio, quienes defienden la aplicación de este requisito sostienen que la relevancia de esa figura se plasma, fundamentalmente, en que con el procedimiento administrativo impugnatorio o reclamatorio lo que se pretende es tanto la debida tutela de los intereses particulares como la procura de legitimidad de la actuación estatal, al otorgarse a la Administración la posibilidad de enmendar sus propios errores (a través del procedimiento impugnatorio de actos), o de acceder a peticiones del particular en su sede (en ciertos casos de reclamaciones regladas), evitando de esta forma su sometimiento a juicio, con los inconvenientes y costos que ello genera para el particular y la propia Administración (62).

A nuestro criterio, compartimos el criterio de que no debería ser obligatorio la interposición de los recursos administrativos para agotar la vía administrativa, sino opcional (63). Es el particular quien debe valorar las circunstancias del caso y sus herramientas de defensa a la hora de decidir si articula o no los recursos o reclamos administrativos previos a la instancia judicial. La postulación de esta perspectiva no solo deviene del alcance que asignamos a la tutela judicial efectiva sino que también de una realidad indiscutible: el rechazo en la mayoría de los casos de las impugnaciones administrativas, muchas de las cuales ni siquiera son motivo de negativas expresas debiéndose acudir a los efectos negativos del silencio administrativo.

3.3 COMENTARIOS ACERCA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Finalmente, brindaremos algunas visiones de las medidas cautelares las que, con base en la tutela judicial efectiva, se asientan sobre dos elementos estructurales: a) el resguardo de la eficacia final de un derecho fundamental que persigue –mediante la garantía jurisdiccional– una debida y oportuna protección ante acciones u omisiones del Estado o de los particulares, y b) evitar que una sentencia favorable se torne injustamente ilusoria (64).

(61) CASSAGNE Juan Carlos, «La tutela judicial efectiva», en *Tratado de derecho administrativo* (dir. Juan Carlos Cassagne), T. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 106-113.

(62) MONTI, Laura, «Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva», en *Estudios de Derecho Público* (director Enrique M. Alonso Regueira), 1.^a ed., Buenos Aires, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 2013, pp. 317-325. También COMADIRA Julio Rodolfo, *Procedimientos administrativos* (Coord. Laura Monti), T. I, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 419-418.

(63) CASSAGNE, Juan Carlos, «La tutela judicial efectiva», *op. cit.*, p. 102.

(64) 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)», en *LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación*. Ley 26.853 del 23 de mayo de 2013, pp. 69-72; HUTCHINSON; Tomás, «Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado», en *SJA*. 2013/09/25-22, JA 2013-III. Cita *online*: AP/DOC/1923/2013. También GOZAÍNI, Osvaldo A., «Medidas cautelares contra el Estado», en *LL*. 2013, C, 762.

La Ley 26854 dictada en el año 2013 establece una regulación específica de las medidas cautelares que pueden interponerse ante la acción u omisión del Estado Nacional o sus entes descentralizados (o solicitadas por éstos) que hasta el momento de su vigencia se encontraban mayormente regidas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En forma similar a lo sucedido con otras figuras del derecho administrativo, el estudio de estas medidas aun antes de la ley había sido objeto de intensos debates en la doctrina y de precedentes judiciales no siempre coincidentes en cuanto al alcance de aquellas.

Si bien podía suponerse que una regulación uniforme, en vistas a preservar la tutela judicial efectiva, generaría una amplia y positiva recepción por parte de los juristas, ello no sucedió pues se intensificaron las críticas por parte de la doctrina constitucional y administrativa respecto de algunas de sus disposiciones (65).

Las objeciones más enérgicas se vinculan con que las exigencias y pautas establecidas para su interposición y tramitación son tan estrictas que en realidad se dictó «con la clara finalidad de evitar que el ciudadano pueda obtener una tutela anticipada e inmediata de sus derechos por medio de este instituto procesal arraigado en nuestra cultura cívico y jurídica» (66).

En la posición opuesta a éstas, se la considera como una norma procesal de avanzada que recepta la moderna doctrina y jurisprudencia de la materia, y reconoce expresamente la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, la protección en forma diferenciada a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna muestra la recepción de principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos «constituyendo una novedosa política pública de tutela procesal diferenciada llevada a cabo por el Poder Legislativo de la Nación» (67).

En cuanto a este último aspecto se levantan voces que objetan la necesidad de acreditar en el proceso la condición de pertenecer a un sector socialmente vulnerable, pues ello es por lo menos perverso dado que la vulnerabilidad no se prueba, sino que se sufre. Por esta razón, también es equivocado la referencia del artículo 2.º inc. 2 respecto a que «se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos», pues no existe dicha categoría en

(65) Acerca del activismo judicial que deriva de las disposiciones de esta ley ver ÁBALOS, María Gabriela, «El activismo judicial y las medidas cautelares contra el estado en clave convencional», en *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado*, PTN, diciembre 2017, pp. 12-46.

(66) CASSAGNE, Ezequiel, «El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la Ley 26.854», en *LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación*. Ley 26.853 del 23 de mayo de 2013, p. 54. Ver también SACRISTÁN Estela B., «El concepto de interés público en la ley 26.854», en *LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación*. Ley 26.853 del 23 de mayo de 2013, p. 145; VERBIC, Francisco, «El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos» en *LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación*. Ley 26.853 del 23 de mayo de 2013, pp. 155-165; VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares frente al Estado. Continuidades y rupturas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.

(67) Sea alude a los derechos de vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria y ambiental. CABRAL Pablo, «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», en *Rev. Int. de Dir. Público, RIDP*, Belo Horizonte, año 3, núm. 5, jul./dez. 2018, pp. 21-83.

el mencionado Instrumento Internacional el cual tampoco incorpora de forma expresa y operativa derechos económicos, sociales y culturales (68).

Más allá de estas discrepancias, nos indicará a algunos de los artículos que merecieron contrapuestas visiones doctrinarias.

1. La ley permite que la solicitud de medidas cautelares pueda ser articulada en forma previa, simultáneamente o con posterioridad a la interposición de la demanda, aunque no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal (art. 3).

Este último aspecto es objetado, entendiéndose que en la práctica ello produce una especie de derogación de las denominadas «medidas cautelares innovativas», que en la última década adquirieron un notable desarrollo en la última década (69). También se despoja de validez a las llamadas «medidas autosatisfactivas», que constituyen un requerimiento urgente a la justicia que se agota con su despacho favorable (70).

2. Otro requisito que se rechaza es el informe que el juez –una vez solicitada la medida cautelar y previo a resolver– debe requerir a la autoridad pública demandada, quien dentro del plazo de cinco (5) días, debe producirlo dando cuenta del interés público comprometido por la solicitud y expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada, acompañando las constancias documentales que considere pertinentes (art. 4).

Si bien existen excepciones (71) a este requisito, las críticas se centran en que la vista a la demandada puede frustrar el objetivo de la cautelar además de constituir una condición dilatoria e innecesaria; toda vez que retrasa la decisión del Juez al tener que solicitar la opinión del Estado antes de decidir. Justamente, el principio inaudita parte que las debería caracterizar se funda en razones de urgencia y efectividad, por lo que la intervención del sujeto pasivo de la tutela cautelar implica una considerable inversión de tiempo, que cuando media una situación de peligro debe evitarse a fin de proteger a quien justifique que su derecho, en el supuesto de no ser tutelado, puede sufrir una seria afectación (72).

(68) 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)», *op. cit.*, pp. 69-72

(69) MIDÓN, Marcelo Sebastián, «Medidas cautelares requeridas contra el Estado nacional. Botiquín de inocuos placebos», *LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación*, Ley 26.853 del 23 de mayo de 2013, pp. 91-93.

(70) 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, pp. 533-566; OTEIZA, Eduardo, «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, Buenos Aires, 23 de mayo de 2013, pp. 95-101.

(71) Conforme a la ley el juez o tribunal pueden dictar una medida interina de breve vigencia hasta que se recepcione el informe previo, cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran. También podrá hacerlo cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso donde estén comprometida la vida digna en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria, o se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

(72) BASTERRA, Marcela I., «El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la Ley 26.854», *op. cit.*, p. 542.

Sin embargo, la doctrina que justifica la inclusión de ese requisito sostiene que se encuentra debidamente alineado con las garantías constitucionales que en materia procesal protegen a todas las partes de un litigio. El principio de bilateralidad de los procesos judiciales permite a la contraria el ejercicio de su derecho de defensa, como manifestación de las garantías de debido proceso, acceso a la justicia, igualdad de armas y tutela judicial efectiva, las que deben estar presentes para efectivizar los derechos, tanto del actor, como del demandado. La bilateralidad previa a la concesión de las medidas cautelares, es la postura adoptada en algunas provincias en sus códigos procesales administrativos, como Mendoza, Santiago del Estero, Neuquén, Tierra del Fuego, Formosa, Jujuy, Santa Fe, Córdoba y Buenos Aires (73).

Coincidimos con la visión de que a través el Informe del art. 4.º el juez contará con «bases objetivas suficientes para realizar un juicio de previsibilidad, por el cual podrá anticipar las secuelas que, razonablemente, habrá de producir una decisión asegurativa sobre las relaciones de disponibilidad comunes por los miembros de la comunidad (interés público)» (74). No obstante, el juzgador siempre deberá evaluar los derechos en juego y las demás circunstancias que pueden incidir en el caso concreto.

3. En el artículo 5.º se prevé la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado, siendo este uno de los aspectos más criticados de la regulación: el juez debe fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar otorgada, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses. «En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres (3) meses». Al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, se puede, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello fuera procesalmente indispensable (75).

Ese límite temporal prorrogable para la vigencia de las medidas cautelares no procede cuando esté en juego la tutela de los sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

Nos inclinamos por la posición que objeta esta limitación, ya que afecta la tutela judicial efectiva y además desconoce la demora excesiva en la resolución de los procesos judicial.

(73) CABRAL, Pablo, «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», *op. cit.*, pp. 25-30. También SALGÁN RUÍZ, Leandro Gonzalo, «El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado y sus entes descentralizados aprobado por la ley 26854», en *SJA 2013/06/12-57-JA. 2013-II*. Cita *online*: AP/DOC/1048/2013

(74) SAMMARTINO, Patricio, «Medidas cautelares en los casos en los que es parte el Estado: ideas rectoras y características del sistema legal vigente», en AA.VV., *Control Público y Acceso a la Justicia*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, pp. 303-347.

(75) Si la medida cautelar es otorgada cuando se encuentra pendiente el agotamiento de la instancia administrativa, tendrá vigencia hasta diez días después de que la autoridad administrativa competente haya dictado el acto que agota la instancia. Dentro de ese plazo el beneficiario de la medida cautelar deberá iniciar la demanda judicial y podrá solicitar que se renueve la medida cautelar.

Éstos son irrazonablemente lentos, los procedimientos multiplican las dificultades de los justiciables, hay ausencia de intermediación entre el juez y las partes que obstaculiza el conocimiento real de la causa y su avance en tiempos razonables. A ello se suman costos significativos soportados en forma igualitaria sin perjuicio de los resultados que profundizan la desigualdad, los plazos procedimentales son cumplidos por las partes, pero no por el juez, las decisiones no se cumplen o tienen diverso grado de cumplimiento de acuerdo a quién es el justiciable (76).

La propia CSJN sostuvo que a los fines de valorar la razonabilidad del plazo de vigencia de una medida cautelar «resulta imprescindible evaluar el tipo de proceso iniciado, la complejidad de la materia objeto de la controversia, la conducta asumida por las partes luego de dictada la medida cautelar así como también la importancia de los intereses en juego en el proceso.» (77)

4. El artículo 9.º establece 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».

Esta disposición reproduce el último párrafo del artículo 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuya inconstitucionalidad fue declarada en varias oportunidades y que en opinión de autorizada doctrina no se compece con las facultades de los jueces para decretar medidas cautelares que son, y deben ser, discrecionales, es decir que no se puede imponer, ni prohibir la admisión o procedencia de alguna de ellas, bajo pena de violar la garantía del acceso a la jurisdicción, donde además se afecta el derecho de defensa (78).

Quienes justifican esta limitación lo hacen desde la visión de las prerrogativas típicas que el derecho administrativo reconoce al Estado en su labor de protección del interés público de toda la sociedad; por ende la utilidad de este tipo de normas estará garantizada en tanto y en cuanto su aplicación no afecte o limite los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que la protección de estos derechos universales e indisponibles que se encuentran en la base de la igualdad jurídica, es también la razón que justifica la existencia del poder público en un Estado Social y Democrático de Derecho. Aunque se admite que nuevamente es trascendente la forma en que los jueces apliquen el artículo 9.º de la ley (79).

Sin embargo, también coincidimos con quienes consideran que esta previsión equivale a la prohibición de la procedencia de las medidas cautelares contra la Administración Pública Nacional, pues prácticamente la totalidad de este tipo de tutelas es susceptible de afectar bienes o recursos (80).

5. En el supuesto de la medida cautelar dirigida a suspender, total o parcialmente, los efectos de un acto administrativo, de una disposición legal o un regla-

(76) CAVALLI, Luis, «Comentario a la Ley 26854. Una visión desde el derecho ambiental», en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, núm. 8, mayo 2013, IJ Editores; <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=65188&print=2>

(77) CSJN Grupo Clarín y otros S. A. Fallos, 333:1885 (2010).

(78) GOZAINI, Osvaldo A., «Las medidas cautelares ante la Ley 26.854», en *Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación*, Ley 26.853; LL. 23 de mayo de 2013, pp. 73-89.

(79) CABRAL, Pablo, «La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada», *op. cit.*, pp. 66-67.

(80) BASTERRA, Marcela I., «El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la Ley 26.854», *op. cit.*, pp. 547-549.

mento del mismo rango jerárquico, el art.13 inc.3 prevé que la providencia que haga lugar a la petición podrá ser objeto de recurso de apelación el que tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los derechos a la vida, a la salud, un derecho alimentario o ambiental.

Sobre este punto se ha sostenido la ineficacia de una medida suspensiva de una resolución, decretos de necesidad y urgencia o cualquier otra disposición pues con sólo interponer una apelación –al tener efecto suspensivo– se mantendrá la vigencia de aquellas en detrimento de los derechos involucrados de los particulares. Es decir que salvo los tres supuestos que constituyen las excepciones antes mencionadas, todos los demás supuestos se encontrarían en una situación de inferioridad y desigualdad. La medida cautelar concedida tendría efectos durante el lapso que va desde que se traba hasta que se concede el recurso de apelación interpuesto, solución legal que ha sido considerada inconstitucional (81) por atentar contra la tutela judicial efectiva y desnaturalizar la esencia asegurativa que caracteriza a las medidas cautelares, criterio con el que coincidimos (82).

Por último, hemos de señalar que la ley incluye cinco tipos de medidas cautelares: a) suspensiva del acto administrativo que ya citamos (art. 13.º), de contenido positivo (art. 14.º), de no innovar (art. 15.º), solicitadas por el Estado (art. 16.º) y aquellas previstas para casos de interrupción de servicios públicos (art. 17.º).

La solicitud de la suspensión judicial de los efectos del acto administrativo se puede formular en tres oportunidades, a saber: 1) durante el agotamiento de la vía administrativa o mientras tramita un recurso o reclamo administrativo optativo (medida cautelar autónoma); 2) luego de agotada la vía administrativa –o después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– y antes de interponer la demanda anulatoria (medida cautelar anticipada); 3) luego de agotada la vía administrativa –o después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– y junto con la demanda anulatoria o luego de su interposición (medida cautelar accesoría).

4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

4.1 SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ESTATAL

Estamos ante uno de los temas trascendentales del derecho administrativo y del Estado Constitucional de Derecho. Ríos de tinta se han escrito en la República

(81) Cfr. 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)», *op. cit.*; HUTCHINSON, Tomás, «Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado», *op. cit.*, GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015; SPISSO, Rodolfo R., «La tutela judicial efectiva ante una ley inconstitucional» en *LL 2013-F, 560*; SIRKIN, Eduardo, «Acerca de la ley 26.854 modificatoria del CPCCN referida a las medidas cautelares contra el Estado Nacional», en *elDial.com, DC1A5A*, p. 8.

(82) COMADIRA, Fernando G., ¿Cómo obtener la suspensión de los efectos de un acto administrativo en sede judicial? en *elDial.com, DC2BBE*, 2020.