

Medidas cautelares frente a autoridades públicas

SUMARIO: I. MEDIDAS CAUTELARES Y TUTELA JUDICIAL URGENTE. II. TÉCNICAS INSTRUMENTALES DE TUTELA JUDICIAL INMEDIATA FRENTE A AUTORIDADES PÚBLICAS: LAS MEDIDAS CAUTELARES. A) CONSIDERACIONES GENERALES. 1. *Función*. 2. *Fundamento*. 3. *Caracteres*. B) CONTENIDO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES FRENTE A AUTORIDADES PÚBLICAS. 1. *La suspensión de los efectos del acto*. 2. *Medidas positivas*. 3. *Medidas de no innovar e innovativas*. III. LAS TÉCNICAS AUTÓNOMAS DE TUTELA JUDICIAL URGENTE (TUTELA URGENTE NO CAUTELAR). 1. TUTELAS AUTOSATISFACTIVAS. 1.1. *Medidas autosatisfactivas en sentido propio*. 1.2. *Tutela autosatisfactiva de carácter impropio (la denominada medida cautelar autónoma)*. 2. AMPARO.

I. MEDIDAS CAUTELARES Y TUTELA JUDICIAL URGENTE

La explicación del sistema cautelar administrativo en la Argentina impone algunas aclaraciones preliminares.

1. Contrariamente a lo que sucede en el Derecho comparado, en nuestro país no existe una ley nacional que regule el proceso administrativo¹.

Por cierto, esa carencia² se proyecta directamente sobre el sistema cautelar. A diferencia de lo que sucede en la mayoría de los ordena-

¹ De suyo, los juicios contra autoridades públicas en ejercicio de la función administrativa se rigen, en cuanto a las condiciones de admisibilidad de la pretensión, por el título IV de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA); a su vez, la regulación del trámite emana de la aplicación analógica del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

² Cabe recordar que en 1999 el Senado de la Nación aprobó el «*Proyecto de Código Contencioso Administrativo de la República Argentina*», inspirado e impulsado por el Prof. Julio R. COMADIRA, el cual, a pesar de su auspiciosa técnica regulatoria, no alcanzó, finalmente, carácter de ley de la Nación.

mientos procesales provinciales y en el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el ámbito federal tampoco existen preceptos que gobiernen, específica y orgánicamente, el funcionamiento de los dispositivos de tutela cautelar en los juicios contra las autoridades públicas –y entes públicos no estatales– que desarrollan la función administrativa.

Frente a este panorama de orfandad regulatoria, la jurisprudencia argentina, preocupada en equilibrar armónicamente las prerrogativas de la Administración con el derecho a la tutela judicial efectiva, ha cubierto esa laguna normativa con criterios que distan de ser uniformes.

Así, reconociendo que el discernimiento de la tutela cautelar es una derivación secuencial necesaria del derecho a la jurisdicción³, y enervada la antigua directriz que considera, por vía de principio, que las medidas cautelares no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan⁴, nuestros tribunales especializados en materia administrativa –como también el más alto tribunal federal– vienen aplicando, ora directa, ora analógicamente, según el caso, los arts. 230 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (mientras el primero regula la medida de no innovar, el segundo instituye la medida cautelar genérica; sin embargo, ambas normas fueron dictadas para regir en los litigios entre particulares regulados por el Derecho Privado). En otros casos, sin embargo, la petición cautelar se resuelve, aun en sede judicial, mediante la aplicación directa del art. 12 de la LNPA (este artículo establece los presupuestos de procedencia de la suspensión de los efectos de los actos administrativos, pero en *sede administrativa*). Finalmente, con otro criterio, se predica que la procedencia de la protección cautelar frente al Estado está subordinada al cumplimiento de específicos requisitos fijados por la Corte federal en algunos de sus fallos y que, de suyo, se afincan en estándares más severos que los anteriores.

2. Anudado con los problemas prácticos que genera la ausencia de regulación legal específica de la tutela cautelar frente a entes sometidos al régimen jurídico de la función administrativa y comprometidos con la búsqueda de respuestas adecuadas a las necesidades de *protección oportuna* frente a actos gravámenes, vías de hecho e inactividad estatal (especialmente en relación con los derechos sociales de naturaleza

³ Explica el Prof. BIDART CAMPOS (*Manual de Derecho Constitucional*, 2.ª ed., 1979, p. 401): «El derecho a la jurisdicción no se agota con el acceso al órgano judicial. Al acudir a él sólo se cumple una primera etapa. El desarrollo subsiguiente importa un despliegue del derecho a la jurisdicción que, fundamentalmente, requiere: a) que se cumpla la garantía del *debido proceso*, cuyo meollo radica en el *derecho de defensa*; b) que la pretensión se resuelva mediante la *sentencia, la que a su vez debe ser: b') oportuna* en el tiempo; b'') debidamente *fundada*; b''') *justa*».

⁴ CSJN, «Amerisse, Alfredo Ricardo», del 18-12-02, y sus citas, entre muchos otros.

prestacional), en el último lustro se han consolidado otras modalidades de tutela judicial *urgente* de carácter no cautelar. El florecimiento de estas nuevas medidas urgentes de protección es contemporáneo con otro fenómeno: el exponencial crecimiento cuantitativo del amparo como cauce virtualmente ordinario de protección de derechos – y no sólo de los fundamentales– frente a los actos u omisiones de las autoridades públicas.

En este sentido cabe recordar que hasta mediados de los años noventa, desde el Derecho procesal administrativo y procesal constitucional, únicamente se visualizaban en la Argentina dos cauces para la tutela urgente: el cautelar y el amparo. Ciertamente, tanto los presupuestos de admisibilidad y de procedencia como el radio de tutela, de una y otra garantía, son diferentes. Sin embargo, jurisprudencia y doctrina alertaron que las tutelas amparista y cautelar –con sus diversos contenidos–, además de ocupar parcelas bien distintas en cuanto al modo y alcance de la protección, no brindan, sin embargo, total satisfacción a los requerimientos de tutela eficaz y rápida que exigen los derechos que integran el bloque de constitucionalidad argentino. Se observó que, paradójicamente, en supuestos extremos, aquellos dispositivos procesales devienen insuficientes para conferir puntual cobertura al amplio y variado elenco de necesidades básicas, y por consiguiente urgentes, derivadas de la insatisfacción de bienes esenciales tutelados por el sistema de derechos fundamentales que reconoce hoy la Constitución reformada en 1994.

La solución práctica adoptada por algunos tribunales para enfrentar esas limitaciones es merecedora de reproches. Por un lado, se optó por forzar la estructura y funcionalidad del amparo –haciéndolo mudar de su condición de proceso constitucional⁵ a la de proceso contencioso-administrativo *rápido*⁶–; por otro, se cobijó miméticamente bajo la expresión medidas cautelares, técnicas de protección que en tanto prescinden de las notas características que las informan y definen como tales, vgr. la provisionalidad y la instrumentalidad, no admiten ser así encuadradas.

Sin embargo, merced a una adecuada tarea de adaptación de instituciones desarrolladas originariamente en el Derecho procesal civil, la justicia administrativa ha sido insuflada por el desarrollo científico, didáctico y, ciertamente, jurisprudencial de otras técnicas de tutela urgente judicial frente a autoridades públicas.

⁵ El amparo tiene por finalidad, desde un miraje *objetivo*, garantizar la superioridad normativa de la Constitución (supremacía) y, desde una óptica *subjetiva*, asegurar la operatividad de los derechos por ella reconocidos, efectivizando y concretando la fuerza obligatoria y vinculante de los derechos fundamentales.

⁶ A este fenómeno devaluatorio del amparo se lo ha denominado la *amparización* de los procesos.

En ese marco, paulatinamente, la jurisprudencia se ha ido persuadiendo que la garantía a la tutela judicial lleva ínsito el estigma de la efectividad, lo cual, en algunos casos, ello es sinónimo de tutela urgente, oportuna, sin tardanzas. Es que el derecho a la tutela urgente de derechos e intereses, en tanto principio general que fluye de los derechos materiales y procesales reconocidos por la Constitución argentina (arts. 14, 18, 33, 43 y 75, inc. 22), atraviesa horizontalmente a todas las ramas sustantivas del Derecho, incluidos, por cierto, los Derechos Constitucional y Administrativo. Frente al *no remedy, no right* de los anglosajones, esta derivación de la tutela judicial efectiva predica que allí donde no hay un dispositivo procesal de tutela *inmediata*, no hay derecho.

Ciertamente, en algunas ocasiones la tutela urgente se discernirá, según el caso, mediante el amparo o por la vía cautelar. En otras, ellas resultarán inapropiadas. Es que al elenco preexistente de mecanismos rápidos de tutela, el Derecho procesal administrativo, y también el procesal constitucional, han otorgado carta de ciudadanía a nuevas manifestaciones de la «urgencia»: las denominadas medidas autosatisfactivas o de efectividad inmediata. Esta técnica está discurriendo hoy, en la Argentina, una etapa de expansivo desarrollo.

3. Ciertamente, el vacío legislativo y la consecuente dispersión de regímenes en materia cautelar administrativa, por un lado, y la incorporación de nuevas técnicas de protección mediante la ya aludida transposición, al Derecho Público, de técnicas de tutela urgente nacidas en el Derecho procesal civil, por otro, vienen generando, en el contencioso-administrativo argentino, dilemas sobre cuál es el espacio que verdaderamente ocupa hoy el instituto cautelar dentro de los dispositivos procesales de tutela urgente. Esta circunstancia ha abierto en la doctrina especializada y en la jurisprudencia un intenso debate sobre el fundamento, los contenidos y la finalidad de las medidas cautelares frente a personas estatales o no estatales que desarrollan función administrativa y de sus relaciones con los otros dispositivo de tutela inmediata.

Desde este vértice, una primera aproximación pone en evidencia que la protección urgente frente a autoridades estatales no se agota, hoy, con las medidas cautelares. Éstas, en verdad, son una parte, un fragmento, por cierto nada despreciable mas no el único, de la tutela urgente. De allí que el estudio del tema asignado debe ir acompañado por análisis de las demás técnicas de tutela inmediata con anclaje en la Constitución reformada en 1994.

4. En una mirada macroscópica podemos señalar que las técnicas judiciales de tutela inmediata de derechos frente a autoridades públicas presentan los siguientes caracteres generales:

a) *Acceso inmediato a la jurisdicción.* Frente a la necesidad urgente de brindar una respuesta jurisdiccional inmediata y práctica, las prerrogativas adjetivas como el agotamiento de la instancia administrativa previa y el mismo principio revisor –propio de la justicia contencioso-administrativa, y hoy legalmente reforzado por la Ley 25344– resultan inoponibles.

b) *Celeridad.* La celeridad se verifica:

i) En el trámite que precede a la decisión. Éste se caracteriza por la existencia de una cognición previa reducida, simplificada, sumaria, admitiéndose postergar la bilateralidad para otra instancia, e incluso para otro proceso.

ii) En la ejecución. Los efectos prácticos de la tutela conferida son inmediatos, sin demoras. Sin tardanzas. (En este punto adquiere gravitación la forma de concesión de los recursos de apelación, que, por cierto, no podrá tener efectos suspensivos.)

c) *Incidencia directa e inmediata sobre el presente y el futuro proyectado de la gestión de gobierno.* El empleo de estas técnicas impactan frontalmente y sin dilaciones sobre el programa de gobierno en marcha. Su utilización acentúa, en muchos casos, el rol de co-gobierno del juez. En efecto, tanto el amparo constitucional como las medidas cautelares de carácter anticipatorio y las medidas autosatisfactivas contra autoridades públicas, hoy en día, exceden sus primitivas y específicas finalidades. Coetáneamente con su connatural impronta protectora, estas técnicas de tutela urgente, en tanto herramientas procesales de fiscalización jurídica de la actuación de los poderes públicos, habilitan al juez para decidir e incidir sobre el presente, y también sobre el futuro de la gestión de gobierno políticamente proyectada. Desde esta perspectiva, la decisión del juez del amparo, como la del tribunal que despacha la cautelar anticipatoria y la autosatisfactiva, repercute inmediatamente sobre lo que se está haciendo y lo que previsiblemente se hará. El ahora y lo que vendrá. No sobre aquello que definitivamente ya fue.

5. Dentro de las *técnicas jurídicas de protección inmediata de derechos frente a autoridades públicas* –que, como se observa, atiende más a la *oportunidad* en que se concede la tutela que a la materia involucrada– es posible distinguir tres categorías, de las cuales sólo las dos primeras son de carácter jurisdiccional. Brevemente referenciadas, ellas son:

a) **Las técnicas instrumentales de tutela judicial urgente.** Una de sus principales características es que están siempre al servicio de un cauce principal de tutela. Su finalidad es asegurar el resultado práctico del proceso. De suyo, ellas procuran evitar que la decisión final resulte

inoperante o de incierto cumplimiento. Mediante esta técnica es posible, *interinamente*, la anticipación del objeto material de la pretensión principal, facilitándose a tal efecto la disponibilidad de los bienes jurídicos a los cuales el particular sólo habría de acceder al momento de dictarse la sentencia de mérito. Encontramos aquí a: la suspensión de los efectos de actos estatales con presunción de legitimidad: actos administrativos, reglamentos, leyes e incluso normas constitucionales; las medidas positivas, para supuestos de inactividad, inejecución de actos firmes y actos denegatorios; las medidas de no innovar o innovativas, tutela propia del proceso civil, pero que son articulables contra autoridades públicas, en especial cuando éstas han incurrido en vías de hecho administrativas.

b) **Las técnicas autónomas de tutela judicial urgente** (*tutela urgente no cautelar*). Son cauces jurisdiccionales de tutela inmediata pero, a diferencia de las anteriores, no son instrumentales. Son autónomas. No están al servicio de una providencia principal. Se autoabastecen. Aquí corresponde incluir a la denominada *tutela autosatisfactiva* (propia e impropia) y al proceso constitucional de *amparo*.

c) **La autotutela privada de derechos (desobediencia)**. Esta técnica no jurisdiccional solamente puede empleársela cuando se exija el cumplimiento de un acto de gravamen que padece un vicio grave y ostensible (nulidad absoluta y manifiesta), y que, por consiguiente, no vincula a la obediencia pues, en tales condiciones, según se afirma, carece de presunción de legitimidad. Ciertamente, la utilización por el particular de esta técnica –a su costa y riesgo– está supeditada a que el discernimiento de la protección mediante las técnicas jurisdiccionales de tutela inmediata, ora instrumentales, ora autónomas, resulte previsiblemente ineficaz por considerar que los auxilios de la justicia pudieran llegar demasiado tarde (arg. art. 2470 Código Civil).

II. TÉCNICAS INSTRUMENTALES DE TUTELA JUDICIAL INMEDIATA FRENTE A AUTORIDADES PÚBLICAS: LAS MEDIDAS CAUTELARES

A) CONSIDERACIONES GENERALES

1. *Función*

a) La Corte federal viene sosteniendo, en procesos frente a autoridades públicas, que las medidas cautelares «tienen por finalidad evitar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el pronunciamiento que pudiera reconocer o actuar el derecho, pierda virtualidad»⁷.

⁷ Fallos 313:1153, cons. 3.º.

Más recientemente ha recordado «que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso»⁸, destacando luego que la prohibición de innovar pedida –tal fue la calificación que le confirió a la suspensión de los efectos de una ley provincial– «constituye un arbitrio adecuado tendiente a preservar la razón de ser de la función jurisdiccional»⁹, por el cual se asegura que cuando recaiga sentencia, ésta no será de cumplimiento imposible¹⁰. También sostuvo que «las medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva»¹¹.

En igual sentido se ha pronunciado la Cámara en lo Contencioso Federal de la Capital¹², enfatizándose que la garantía cautelar «está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra»¹³.

b) En el contexto que presenta la ausencia de una ley federal regulatoria del proceso contencioso-administrativo, los conceptos precedentes emanados de los tribunales argentinos adquieren singular relieve en tanto destacan la funcionalidad propia que corresponde reconocerle a la tutela cautelar administrativa como instrumento para precaver el *riesgo de que sobrevenga un daño jurídico* –bien durante el desarrollo del proceso principal o incluso antes de que éste se inicie–, con aptitud bastante para impedir que la función judicial cumpla con su finalidad: dirimir *útilmente* un caso o controversia.

⁸ CSJN, sent. del 11-9-03, «Sarquis de Navarro c/ Pcia. de Sgo. del Estero», DJ 2004-1-128; «ABAPPRA y otros c/ San Luis, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad», sent del 18-7-02, publ. en el diario ED del 31-7-02. Ha dicho la Sala IV de la CNCAF en «Liberman, Samuel c/ PEN – Sec. de Comunicaciones», cons. X, del 20-3-01, diario ED del 20-6-01, cons. XI segundo párrafo, que la finalidad del proceso cautelar es asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva que debe recaer en otro proceso, al cual se halla necesariamente ligado por un nexo de instrumentalidad.

⁹ CSJN, «ABAPPRA y otros c/ San Luis, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad», sent. del 18-7-02, publ. en el diario ED del 31-7-02.

¹⁰ CSJN, «Amerisse, Alfredo Ricardo», del 18-12-02.

¹¹ CSJN, sent. del 1-9-03, «Salta, Provincia de c/ EN», cons. 6.º, diario ED del 1-12-03.

¹² La CNCAF, Sala IV, viene sosteniendo que las medidas cautelares tienden a impedir que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva («Canop Nazar», del 13-12-90; «Telintar c/ CNT s/ proceso de conocimiento», del 27-12-94 cons. XI; «Liberman, Samuel c/ PEN – Sec. de Comunicaciones», cons. X, del 20-3-01, diario ED del 20-6-01).

¹³ Entre otros, CNCAF, Sala V, in re «Correo Argentino SA c/ EN PEN s/ Medida Cautelar (autónoma)», res. del 16-3-01, cons. IX. Y luego dijo: «En consecuencia, las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento».

2. *Fundamento*

a) Un autorizado sector de la doctrina administrativista de nuestro país predica que el fundamento de la protección cautelar frente a autoridades públicas no es sino el principio de legalidad en tiempo oportuno.

Sin embargo, no es ése el criterio que se deriva de la doctrina de la Corte federal y de sus tribunales inferiores.

b) En efecto: las medidas cautelares –más que restablecer el principio de legalidad–, en lo inmediato tienen por misión asegurar el resultado práctico del proceso, la efectividad de la futura sentencia, impidiendo que el acto terminal del proceso –o, en su caso, del procedimiento administrativo, cuando el continente es la denominada medida cautelar autónoma– se vuelva inoperante o insusceptible de ejecución forzada, ora por perecimiento, ora por supresión, del interés, sustancial o procesal, del actor.

La tutela cautelar es una respuesta a una necesidad esencialmente práctica de la jurisdicción: resolver sobre las mismas circunstancias propuestas en la demanda. Para que ello ocurra es menester evitar que factores fácticos o jurídicos modifiquen de modo tal el objeto litigioso que le impidan a aquélla, al momento de ser dictada, gozar de plena operatividad. Claro está, si en el momento de postularse la pretensión el tribunal estuviese en condiciones de resolver, inmediata y definitivamente, sobre el fondo, prontamente advertiremos que el instituto cautelar resultará, de suyo, innecesario, pues no concurriría una de las premisas que lo justifican: el riesgo de que pudieran sobrevenir factores o circunstancias que atenten contra la eficacia y operatividad del pronunciamiento. Sin embargo, ello no es así. Un tribunal de justicia, de ordinario en un Estado de Derecho, no puede resolver ni condenar inmediata o instantáneamente, y de manera definitiva, sin garantizar, adecuadamente, el segundo momento del derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso adjetivo.

Quede claro que no es el mero transcurso del tiempo lo que habilita el dictado de una medida cautelar. Son las circunstancias, jurídicas o fácticas, que con certidumbre pueden acaecer durante el tiempo que insume el proceso, lo que justifica el discernimiento de esa tutela.

c) Desde este miraje entendemos que el fundamento inmediato que informa a la tutela cautelar contra autoridades públicas reposa en un criterio meramente práctico: garantizar la efectividad fáctico-jurídica de los productos que emanan, primordialmente, del ejercicio de la función judicial, precaviendo los daños jurídicos que durante el trámite del proceso pudieran sobrevenir. Decimos primordialmente porque en

el ámbito de la denominada medida cautelar autónoma se está tutelando la eficacia del acto terminal del procedimiento administrativo, garantizándose aquí, mediante el despacho favorable de una providencia cautelar en sede judicial, la eficacia práctica de un acto que es producto de la función administrativa y no de la judicial.

d) Ciertamente, las medidas cautelares no tienen como propósito directo e inmediato restablecer, *per se*, la legalidad. Será, pues, a la providencia definitiva que se dicte en el proceso principal, una vez cumplidas las exigencias del debido proceso, a la que le corresponderá hacer actuar la ley y el Derecho. A la tutela cautelar sólo le cabe asegurar su concreción. Sin perjuicio que, en algunos casos, la medida cautelar asegure no ya los medios de prueba o de ejecución de una eventual sentencia estimatoria (la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o ejecución de la providencia principal), sino el objeto material o mediato (bien de la vida) de la pretensión, a través de su satisfacción anticipada —y *provisional*— con miras a evitar los daños susceptibles de tornar ineficaz al decisorio.

e) La determinación del fundamento de las medidas cautelares en el proceso administrativo está llamada a tener, en nuestro país, significativa importancia práctica.

De suyo, si adscribimos a la posición que estima al principio de legalidad en tiempo oportuno como fundamento inmediato de esa modalidad tuteladora, deviene lógico que el centro de gravedad de las cautelares reposará en la *verosimilitud de la ilegitimidad*. Así, quienes se adscriben a esta corriente entienden que el problema fundamental que plantea la construcción dogmática de la tutela cautelar en el proceso administrativo pasa por el concepto jurídico indeterminado *fumus boni juris*.

La posición precedente nos merece una objeción. En efecto, sostener que en las medidas cautelares contra autoridades públicas el problema fundamental pasa por el *fumus boni juris* es desconocer el sentido teleológico del instituto. Como lo enseñaba CALAMANDREI, hay en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá para actuar el derecho¹⁴.

De allí que el *peligro de daño jurídico* —es decir, el riesgo cierto de que sobrevengan circunstancias jurídicas o fácticas que tornen inoperante la ejecución de una eventual sentencia estimatoria de la pretensión— es la clave de bóveda sobre la que se asienta la tutela cautelar, sea en el proceso civil, en el proceso administrativo o en los procesos constitucionales.

¹⁴ Piero CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Librería el Foro, Buenos Aires, 1997, p. 45.

La idea rectora de que el *periculum in mora* constituye la base de las medidas cautelares¹⁵ es un principio general de Derecho procesal que, de manera alguna puede ser distorsionado invocando como justificativo, para enervarlo, la predicada técnica de la analogía. Como dijimos, aquél es un principio general del Derecho procesal en materia cautelar.

f) Asimismo, es menester puntualizar que si bien, en general, las medidas cautelares tienden a restablecer la igualdad de las partes, eliminando la posición de superioridad que se constituye a favor de una de ellas, en los procesos frente a las autoridades públicas que desarrollan la función administrativa esa cualidad se ve, ciertamente, acentuada. En este ámbito, la tutela preventiva se nos presenta como una técnica garantizadora de la utilidad del propio proceso, ora constitucional, ora administrativo, en tanto brinda el necesario *equilibrio*¹⁶ entre las prerrogativas –sustanciales y adjetivas– de que, con miras a la consecución del interés público, está investida la Administración.

3. Caracteres

a) Además de los caracteres comunes que informan a las técnicas de tutela jurisdiccional inmediata frente a autoridades públicas (acceso inmediato a la jurisdicción; celeridad en el trámite que precede a la decisión; reducida y fragmentada cognición; efectividad inmediata del decisorio sobre las situaciones sobre las que actúa; incidencia directa sobre el programa de gobierno en marcha, lo cual acentúa el gravitante rol de co-gobierno que ejerce la judicatura en nuestro sistema de Estado), las medidas cautelares ostentan notas específicas: *accesoriedad* o *instrumentalidad* (las medidas cautelares son tributarias de un proceso principal; nacen al servicio de una providencia definitiva¹⁷); *provisionalidad* (rigen mientras se prolonguen las circunstancias que tuvo en miras precaver y por ello son esencialmente modificables; se rigen por el principio *rebus sic stantibus*); *urgencia* (ésta es una nota inescindible a la tutela cautelar, pues si el dictado de la providencia que la concede se demorase, el daño temido se transformaría en daño efectivo); *congruencia* (las medidas deben ser coherentes con el tipo de actuación que se cues-

¹⁵ CNCont.-Adm., Sala I, voto del Dr. Coviello, en «Monges, Analía c/ U.B.A.», cons. 3, con cita doctrinaria de la obra citada en la nota anterior, JA 1996-IV-411.

¹⁶ CNCont.-Adm. Fed., Sala V, in re «Montes de Oca c/ E.N.», LL 1997-E-544.

¹⁷ La CNCAF, Sala IV en «Liberman, Samuel c/ PEN – Sec. de Comunicaciones», cons. X, del 20-3-01, diario ED del 20-6-01, recordó que las medidas cautelares tienen naturaleza instrumental y accesoria, pues no constituyen un fin en sí mismas, sino que tienden a posibilitar el cumplimiento de la sentencia definitiva a dictarse en el juicio principal iniciado o a iniciarse.

tiona y con el contenido del objeto de la pretensión); *razonabilidad* (las medidas cautelares deben guardar lógica proporción de medio a fin; el fin de las medidas es asegurar la eficacia del proceso, no resolverlo en el instante que se despacha la providencia cautelar; por lo demás, si el objeto del proceso, la pretensión, está *per se* asegurado, el dictado de una providencia cautelar configurará un exceso jurisdiccional pues si vgr. se adelantasen los efectos materiales de la sentencia de mérito sin bases objetivas que lo autoricen, se habrá utilizado un instrumento procesal con una finalidad distinta para la cual fue concebido); finalmente, aun en el proceso administrativo las medidas precautorias, en nuestro medio, se dictan *inaudita parte*.

b) Uno de los más fecundos desarrollos jurisprudenciales del carácter instrumental que informan a la tutela precautoria se verifica en la aplicación, por nuestros tribunales, de la siguiente regla: *la medida cautelar está influida de la índole del reclamo principal*.

Esta regla –acuñada tanto por el más alto tribunal federal como por el fuero en lo contencioso-administrativo federal– muestra, con toda evidencia, la inescindible relación que existe entre la pretensión principal y la accesoria.

Aplicando este principio, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal registra un precedente mediante el cual sostuvo que al haberse interpuesto la demanda de amparo una vez vencido el plazo legal de caducidad –quince días– fijado por la Ley 16986, «no es congruente disponer la medida cautelar si la vía de excepción elegida no aparece prima facie admisible para tutelar los derechos que se entienden conculcados»¹⁸. Cabe puntualizar, como destaca el decisorio, que esa misma Sala había ya dictado, en causas similares, sentencias de amparo estimatorias de pretensión amparistas parecidas. De allí, pues, que si la demanda de amparo fue interpuesta extemporáneamente –fuera del plazo del art. 2.º inc. e) de la Ley 16986–, en tanto y en cuanto la acción principal es *ab initio* inadmisibile, con igual razón será también inadmisibile dictar allí una medida cautelar, dado que ella no es sino tributaria de aquélla¹⁹.

En base a esta misma idea directriz, la Corte federal ha rechazado, o en su caso revocado, reiteradamente, medidas cautelares planteadas en el marco de acciones declarativas. Ello así por cuanto si el demandante encauza su pretensión por la vía de la acción de mera certeza, no puede desconocer que ella está destinada, por su índole, a agotarse en la

¹⁸ CNCAF, Sala I, in re «Black, Guillermo B. c/ E.N. s/amparo», publ. en JA 1996-IV-411.

¹⁹ CNCont. Adm. Fed. Sala I, «Black, Guillermo c/ EN S/ Amparo, JA 1996-iv-441. En igual sentido, CNCont. Adm. Fed., sala IV, en «Cantero, Alejandra c/ PEN y otros s/amparo» (inédito) del 24-6-03.

declaración del derecho, limitación que, en principio, obsta a que pueda configurarse el «peligro en la demora»²⁰. Sin embargo, vale destacar que existen casos en los cuales el propio tribunal supremo ha inaplicado este principio²¹.

B) CONTENIDO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES FRENTE A AUTORIDADES PÚBLICAS

1. *La suspensión de los efectos del acto*

a) *Horizonte de proyección de la suspensión de los efectos de actos estatales.*

El instituto de la suspensión de los efectos del acto no circunscribe su horizonte de proyección a la paralización judicial de actos derivados de ejercicio de la función administrativa. La potencialidad tuteladora del instituto se extiende a todo el universo de actos que gozan de presunción de legitimidad y que producen efectos sobre terceros.

En efecto, la Corte federal bajo diferentes denominaciones —medida de no innovar, prohibición de innovar, medida innovativa, anticipo de jurisdicción favorable— ha admitido la suspensión de los efectos de actos estatales de diversa índole. Así, nuestros repertorios jurídicos registran precedentes en los que el más alto tribunal resolvió suspender, en el marco de un incidente cautelar, la vigencia de normas constitucionales provinciales²², leyes²³, actos de alcance general²⁴ y, por cierto, actos individuales²⁵.

²⁰ CSJN, in re «Garré, Alfredo Antonio c/ Estado Nacional (DGI)», cons. 6, sent. del 10-12-97; «Frigorífico Litoral Argentino S.A. c/ DGI», cons. 9, sent. del 16-7-96, LL 1996-E-560; «Electrometalúrgica Andina SAIC c/ Estado Nacional –DGI–», cons. 9, ED 172-606.

²¹ CSJN, «Edesur c/ Pcia. de Buenos Aires», sent. de 22-5-97, LL 1997-E-521; «Baliarda c/ Mendoza, Pcia. de», resolución del 30-5-95, LL 1996-A-560; «Aguas de Formosa S.A. y otra c/ Formosa, Pcia. de», res. del 21-12-00, ED del 29-6-01; «ABAPPRA y otros c/ San Luis, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad», sent. del 18-7-02, publ. en el diario ED del 31-7-02, entre muchos otros.

²² CSJN, Fallos 322:2272, «Ulla, Decio Carlos Francisco»; «Iribarren, Casiano», del 22-12-92, en ED 154-191 y LL 1993-B-264.

²³ CSJN, «Aguas de Formosa S.A. y otra c/ Formosa, Pcia. de», res. del 21-12-00, ED del 29-6-01; «ABAPPRA y otros c/ San Luis, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad», sent. del 18-7-02, publ. en el diario ED del 31-7-02; «Antonio González S.A.; c/ Mendoza, Pcia. de», sent. del 9-12-93.

²⁴ CSJN, in re «Baliarda c/ Mendoza, Pcia. de» resolución del 30-5-95, LL 1996-A-560.

²⁵ Fallos 319:634, in re «Celulosa Puerto Piray S.A. c/ Municipalidad de Puerto Piray»; Fallos 319:1278, «Milano Daniel Roque c/ Estado Nacional»; Fallos 318:2431, «Grinbank, Daniel Ernesto».

Sin embargo, no sólo el Poder Judicial está investido de la potestad suspensiva de los efectos de actos del Poder Ejecutivo y del Legislativo. También está dotado de atribuciones para paralizar los efectos ejecutorios de las sentencias o decisiones cautelares cuando decide conferirle al recurso de queja —que de suyo carece de efectos suspensivos— por denegatoria del recurso extraordinario, carácter suspensivo²⁶. El Poder Legislativo está dotado, naturalmente, de la facultad de suspender sus propios productos normativos. Tal, pues, lo sucedido con el art. 15 de la Ley 25561 (ley de emergencia), que suspendió los efectos de la Ley 25466 (intangibilidad de los depósitos). Sin embargo, en situaciones de emergencia, la Corte federal le ha reconocido la atribución para disponer la suspensión de los efectos de decisiones jurisdiccionales²⁷.

Por su parte, la Administración está autorizada legalmente para suspender —de oficio o a petición de parte— sus propios actos, ora de carácter general, ora de carácter individual. A tal fin, el art. 12 LNPA faculta a la autoridad administrativa a disponer, por sí y ante sí, la suspensión de un acto por razones de interés público, cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta o para evitar un perjuicio grave. Cabe puntualizar que estas causales operan alternativamente, no requiriéndose, por consiguiente, que ellas concurren de manera simultánea.

b) *Caracteres que informan al acto administrativo. Efectos.*

Una de las prerrogativas que informan el ejercicio de la función administrativa reside en que los actos de las autoridades públicas que desarrollan esa función pueden crear o modificar situaciones jurídicas *por sí mismas*, unilateralmente, sin necesidad de ocurrir al juez. Congruente con ello, el art. 12 de la LNPA le atribuye al acto administrativo dos caracteres sustanciales: la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad. La presunción de legitimidad designa una *suposición*, de suyo, provisoria: que el acto administrativo no infringe el ordenamiento al cual debe someterse. Como derivación secuencial necesaria de esa presunción, a la autoridad pública emisora de acto no le es exigible iniciar, ante el órgano jurisdiccional, ningún tipo de proceso declarativo de validez de aquél.

Naturalmente, de la presunción de validez del acto administrativo deriva su fuerza obligatoria, para el administrado y, por cierto, para la Admi-

²⁶ CSJN, Fallos 323:3097, «Recurso de Hecho deducido por el Estado Nacional en la causa APINTA y otros c/ E.N. —P.E.N.». Allí la Corte declaró procedente (admisible) la queja y decretó la suspensión del curso del proceso sin que ello implicara pronunciamiento sobre el fondo del recurso.

²⁷ CSJN, Fallos 243:472, «Russo». Dijo el alto tribunal: «... esta Corte ha reconocido, en situaciones de emergencia, la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente tanto los efectos de los contratos libremente convenidos por las partes como los efectos de las sentencias firmes, siempre que no altere la sustancia de unos y otras (“salvando su sustancia”, Fallos 204:195; además, 172:21, entre otros) a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole...».

nistración. Esa fuerza obligatoria que informa al contenido de los actos definitivos, más allá de su firmeza, es un *rasgo común* a todo acto administrativo. Es en virtud de esa fuerza obligatoria que los recursos que interpongan los administrados contra los actos administrativos no suspenderán su ejecución y efectos, salvo norma expresa que disponga lo contrario (conf. art. 12 LNPA). Ciertamente, a menos que una previsión normativa así lo establezca, ni la interposición de un recurso administrativo ni la presentación de una demanda judicial conteniendo una pretensión anulatoria de un acto administrativo, privan al acto administrativo de su ejecutividad.

c) *Concepto.*

La suspensión judicial de los efectos del acto administrativo es la medida cautelar por conducto de la cual un acto administrativo queda «interinamente» privado de su obligatoriedad, anticipando, total o parcialmente, las consecuencias «prácticas» que habrían de acaecer si se dictara una eventual sentencia estimatoria de la pretensión anulatoria presentada en sede judicial; ello con miras a evitar las consecuencias que habrían de sobrevenir si se ejecutara el acto impugnado. En efecto, mediante la suspensión, el acto impugnado queda paralizado, provisoriamente, en cuanto a su eficacia. Pierde temporariamente su exigibilidad, y por consiguiente, con lo cual deja de vincular a la obediencia, impidiendo que la Administración pueda exigir su cumplimiento y ponerlo en práctica por sí misma.

d) *Presupuestos.*

i) Como describíamos al comienzo, en el ámbito federal la ausencia de un Código contencioso-administrativo ha dado lugar a numerosas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre cuáles son los recaudos para obtener la tutela cautelar frente a actos emanados de autoridades públicas que desarrollan función administrativa. Inicialmente vale recordar que la Corte Suprema ha sostenido, por vía de principio, que las medidas cautelares no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan; sin embargo, afirma, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles²⁸.

Básicamente, se han postulado tres subsistemas, a saber: a) el establecido por el art. 12 de la LNPA para la suspensión de los efectos del acto en sede administrativa²⁹; b) el estatuido por los arts. 230 y 232 del

²⁸ Fallos: 250:154; 251:336; 307:1702 y sus citas; 314:696.

²⁹ Este subsistema ha sido propiciado por un importante sector de la doctrina administrativista argentina. Sin embargo, el entusiasmo doctrinario a favor de esta opción cautelar contrasta con la parca actitud asumida por nuestros tribunales, quienes excepcionalmente utilizan el art. 12 de la LNPA como fundamento normativo respaldatorio de la suspensión ju-

CPCCN, normas éstas que han sido concebidas para regir en los litigios entre particulares³⁰; y c) el consagrado pretorianamente por la Corte federal en algunos de sus fallos.

ii) Con relación a este último subsistema cabe destacar que las resoluciones dictadas por el más alto tribunal federal en materia cautelar suspensiva de los efectos de actos estatales están sometidas a dos órdenes de ponderación distintos y excluyentes entre sí.

Así, en algunos precedentes ha sostenido que la presunción de validez que ostentan los actos administrativos o legislativos debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles, entendiendo por tales a los requisitos exigidos por los arts. 230, incs. 1.º y 2.º y 232 del CPCCN. Concretamente, deberá estar presente el *fumus boni juris* – la comprobación de apariencia o verosimilitud del derecho invocado por la actora– y *peligro en la demora* – el que debe juzgarse de acuerdo con un juicio *objetivo* o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros³¹–.

Sin embargo, en otros casos, cuando la cuestión atañe de modo inmediato, directo y grave al interés de la comunidad, o en aquellas circunstancias en las cuales aparece comprometido el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado o la prestación eficaz de servicios

dicial de los efectos de un acto estatal. Así, entre ellos, la CNCAF, Sala V, «Nóbile c/PEN», del 26-63-97. Sostuvo allí el tribunal que la medida cautelar peticionada resulta procedente, en atención a que se encuentran reunidos tanto los requisitos de forma (arts. 230 y 232 del Cód. Procesal) como los de fondo, prescritos en el art. 12 de la Ley 19549, principalmente el que se refiere a la verosimilitud del derecho invocado, habida cuenta que si se mantuvieran los efectos del acto cuestionado –DNU 290/95, que redujo los sueldos de empleados estatales– durante la sustanciación del proceso se produciría un daño grave al accionante percibido por el carácter alimentario que reviste la remuneración. Se observa aquí, sin embargo, que el decisorio produce un desplazamiento de los presupuestos tradicionales de la cautelar en tanto incluye dentro de la verosimilitud del derecho al daño grave que el rechazo de la cautelar produciría sobre un derecho de naturaleza alimentaria.

Por lo demás, propiciar un régimen cautelar en sede judicial basado exclusivamente en el art. 12 LNPA –en tanto autorizaría que se decrete la suspensión de los efectos del acto con base *únicamente* en el mero alegato fundado de nulidad absoluta– no sólo es contrario a la naturaleza de la tutela cautelar, que tiene en el temor de daño jurídico su fundamento. Es claramente contrario a la doctrina del más alto tribunal. Así ha dicho la Corte que «es dable poner de resalto que *para acceder a cualquier medida precautoria debe evidenciarse fehacientemente el peligro en la demora* que la justifique, el que debe ser juzgado de acuerdo a un juicio objetivo de hechos que pueden ser apreciados incluso por terceros» (Fallos 323:3331, cons. 8.º).

³⁰ Este subsistema, al aplicar directamente los institutos del Derecho procesal civil al Derecho procesal constitucional y procesal administrativo, prescinde de las discriminaciones propias impuestas por los intereses en conflicto.

³¹ «Abappra y otros c/ San Luis, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad», sent. del 18-7-02, cons. 5 a 9, publ. en el diario ED del 31-7-02; en igual sentido, «Aguas de Formosa S.A. y otra c/ Formosa, Pcia. de», res. del 21-12-00, ED del 29-6-01, cons. 6.º; «Baliarda c/ Mendoza, Pcia. de», resolución del 30-5-95, cons. 6.º, LL 1996-A-560; «Ulla, Decio Carlos Francisco», Fallos 322:2272; «Iribarren, Casiano», del 22-12-92, en ED 154-191 y LL 1993-B-264.

públicos, o la recaudación de la renta pública, el más alto tribunal acen-
túa los parámetros restrictivos de ponderación para el dictado de la pro-
videncia cautelar. A los requisitos ordinarios exigibles por el 230 del
CPCCN se le agrega la presencia de un vicio notorio, es decir, un *fumus
boni juris* patente, el peligro *irreparable* en la demora y la consideración in-
eludible de interés público (no afectación del interés público)³².

iii) Sistematizando la doctrina judicial predominante es posible
aseverar que, en general, la suspensión de los efectos del acto en el pro-
ceso administrativo y en los procesos constitucionales³³ está subordina-
da a la concurrencia simultánea de los siguientes presupuestos: 1) verosimilitud del derecho; 2) peligro en la demora; 3) no frustración del
interés público; 4) contracautela.

1) *Verosimilitud del derecho.*

La verosimilitud del derecho –entendida como comprobación de
aparición del derecho invocado por la actora³⁴– despliega su alcance a
través de un doble requisito de ponderación:

a) La verosimilitud del derecho o *fumus boni juris*. Este requisito
se integra con el título o la razón jurídica suficiente alegado por el peti-
cionario como fundamento de la pretensión cautelar. Concretamente,
aquel debe invocar y demostrar, en grado de probabilidad o apariencia,
que es portador o beneficiario de una relación de disponibilidad o utili-
dad sobre los bienes jurídicos en litigio. Ciertamente, la ausencia ma-
nifiesta de legitimación procesal activa determina la falta de este
presupuesto.

³² Así, entre otros, «Astilleros Alianza c/ E.N.», Fallos 314:1206, cons. 5 a 8; «Enrique Arizu c/ Pcia. de Mendoza», Fallos 307:2267, cons. 2 y 3. Con relación al peligro en la demora sustentado en el perjuicio irreparable: Fallos 319:634, «Celulosa Puerto Piray S.A. c/ Municipalidad de Puerto Piray»; «Universidad Nacional de Mar del Plata c/ Estado Nacional», cons. 7.º, dictado el 19-5-97, LL 1997-E.525. La no afectación del interés público ha sido ponderada, entre otros, en «Firestone», Fallos 313:1421; «Trebas», Fallos 312:1010, cons. 2.º; «Garré», fallo del 10-12-98, cons. 5.º.

³³ La Sala I de la CNCAF ha sostenido que si bien dentro del proceso de amparo «es posible decretar medidas cautelares de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado, ello no quita la exigencia de que concurren los recaudos tradicionalmente formulados para su viabilidad» (in re «Filipuzzi Eduardo s/ amparo» LL 1998-E-530).

³⁴ Fallos 314:711. De manera frecuente, nuestro alto tribunal recuerda «que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad». Fallos 306:2060, y sentencia del 18-12-02.

b) La verosimilitud de la ilegitimidad del acto o *fumus mali actis*. Aquí el tribunal deberá meritar si concurren o no indicios razonables y convincentes de ilegitimidad susceptibles de autorizar, en el estadio procesal pertinente, la procedencia de la pretensión principal incoada.

En materia de actos administrativos el tribunal deberá verificar, sin demasiada profundidad, si el acto impugnado padece posibles vicios en alguno de sus elementos esenciales, susceptibles de determinar la declaración de nulidad en el marco del cauce principal escogido. Ciertamente, los probables vicios, a los fines de la petición cautelar, serán más fácilmente detectables cuando se refieran a los elementos competencia, a los antecedentes de derecho (causa) o forma (motivación), o cuando se pongan en tela de juicio la razonabilidad del contenido o los procedimientos esenciales previos a la emisión del acto. Pero exige mayor prudencia cuando se trate de la ausencia o falsedad de los antecedente de hecho (causa) o el vicio que se invoque se vincule con la finalidad del acto.

Si bien la jurisprudencia, en los casos que emplea para despachar la cautelar el subsistema afincado en el art. 230 CPCCN, controla la concurrencia de la verosimilitud de la ilegitimidad examinando si existen o no *bases prima facie verosímiles*, en otros supuestos nuestros tribunales ponderan la verosimilitud de la ilegitimidad reconduciendo el análisis a través de la *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*. Ciertamente, este segundo estándar no es el más apropiado. Piénsese tan siquiera en la suspensión de un acto administrativo en el marco del amparo, cuyo recaudo de procedencia, como es sabido, es la existencia de unos actos u omisiones que evidencian arbitrariedad o ilegalidad manifiestas. Desde esta atalaya, fácil es advertir que si se ponderara que la providencia asegurativa se otorga en virtud de la notoria ilegitimidad que evidencia el acto, el tribunal habrá anticipado opinión sobre una cuestión que, de suyo, deberá ser decidida al final del proceso –luego de sustanciada la causa, –no al comienzo.

2) *Peligro en la demora.*

a) Nuestro más alto tribunal ha sostenido que el peligro en la demora pide una apreciación atenta de la realidad comprometida con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia³⁵. Asimismo, en otro precedente aseveró que el *periculum in mora* exige que el mantenimiento o alteración de la situación de hecho o de dere-

³⁵ Fallos 319:1278, del 11-7-96 («Milano»), cons. 6.º.

cho «pudiera influir en la sentencia» o «convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible»³⁶.

Desde esta atalaya es posible colegir que el *temor de que se produzca un evento con aptitud bastante para producir un daño jurídico* que, durante la tramitación del litigio, pudiera tornar inoperante, privar de eficacia o volver abstracta a la sentencia, es el presupuesto *decisivo*, la clave de bóveda, que define la procedencia de cualquier clase de tutela cautelar. Sin embargo, ello no significa desmerecer el otro requisito de procedencia de las cautelares, la verosimilitud del derecho en el sentido ya expuesto. Antes bien, al sostener que la suspensión viene a precaver un daño *jurídico* cierto e irreparable sobre la esfera jurídica del particular, estamos con ello presuponiendo que, en apariencia, el peticionario es titular de un derecho en virtud del cual no tiene el deber jurídico de soportar el daño que pudiera inferirle el acto.

b) En nuestro medio, la Corte federal ha caracterizado a la suspensión de los efectos del acto administrativo como medida *innovativa*³⁷, por cuanto, hacia el porvenir, un acto que producía efectos obligatorios ha dejado ya de vincular, interinamente, a la obediencia.

Desde esta atalaya, la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado en el principal se presenta como un *factor de evitación de un perjuicio previsiblemente irreparable*³⁸ o de *difícil reparación ulterior* mientras se prolonga el proceso judicial, daño que, de producirse, es capaz de volver inoperante e ineficaz a la sentencia.

c) Ciertamente, el daño irreparable como presupuesto básico de procedencia de la medida suspensiva de los efectos del acto, queda configurado con la previsible imposibilidad de la sentencia de mérito de restablecer *in natura* la integridad del ejercicio del derecho lesionado.

³⁶ CSJN, «Electrometalúrgica Andina», sent. del 10-8-95, cons. 8.º, ED 172-606.

³⁷ La Corte federal en el caso «Bulacio Malmierca y otros c/ BNA», sent. del 24-8-93, sostuvo que la *innovativa* –calificó así a la suspensión de los efectos de un acto general que reducía la contribución de la entidad demandada al régimen complementario de jubilaciones– es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (cons. 3.º).

³⁸ Las distintas Salas de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital interpretan, con relación al tema del epígrafe, entre los extremos básicos previstos por el art. 230 del Código procesal se deriva como recaudo determinante de procedencia el *peligro de un daño irreparable en la demora*.

Conf. Sala I, «Procaccini, Luis M. y otro c/ Mº de Economía y otros s/ Medida cautelar autónoma», del 29-4-98; Sala II, entre muchos otros, «Sandoval, Tomás c/ EN s/ amparo», 14-12-00, ED 20-6-01; «Establecimientos Vitivinícolas Escorihuela c/DGI», LL 1997-C-832; Sala III, «T.V.A. Televisión Abierta SRL c/ PEN», del 19-5-92; Sala V, «Correo Argentino SA c/ EN PEN», del 16-3-01.

También habrá daño irreparable en aquellos casos que, si bien pudiera ser posible reponer o restablecer las cosas a la situación anterior, el mantenimiento de la ejecutividad del acto posee entidad suficiente para provocar la lesiones que, aun con el restablecimiento *in natura* del derecho al momento de dictarse sentencia, devendrían en irreversibles.

d) Cuando la restitución en su integridad y naturaleza del derecho invocado como razón o título de la pretensión principal está por sí mismo asegurado, es decir, cuando no existan riesgos concretos, de hecho o de derecho, que pudieran amenazar la concreta efectivización de una hipotética sentencia estimatoria de la pretensión amparista, no será pertinente entonces la traba de una medida cautelar suspensiva de los efectos del acto.

La inexistencia de un pronóstico objetivo que vincule causalmente la eficacia jurígena del acto, es decir, su puesta en práctica, con un daño sobre los derechos que se procuran proteger, torna improcedente, tanto lógica como jurídicamente, acudir al factor de evitación –suspensión de los efectos del acto– para quebrar una cadena causal que en verdad es inexistente. De allí que dictar, en esas condiciones, una medida cautelar –cualquiera sea su tipo– es prescindir de la finalidad asegurativa que inspira al instituto cautelar y, por consiguiente, ello implicaría desnaturalizar su finalidad. Concretamente, este adelantamiento parcial de la sentencia de mérito, que se concreta a través de la suspensión dictada sin bases objetivas que la sustenten, carecerá de la pertinente razón práctica que justifica su dictado, quedando privada de razonabilidad por carecer de la necesaria *relación de medio a fin*.

3) *No afectación del interés público.*

Nuestro más alto tribunal tiene dicho que a los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar debe agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, **la ineludible consideración del interés público**³⁹. También ha dicho la Corte federal que la mera alegación por parte de la autoridad administrativa de que la suspensión cautelar de la ejecución del acto debe ser dejada sin efecto porque compromete el *interés público*, no exime a los jueces del deber de examinar la veracidad y el alcance con que se formula ese aserto, que *constituye un presupuesto* para la procedencia de la pretensión esgrimida ante ellos⁴⁰.

³⁹ «Astilleros Alianza», Fallos 314:1209, cons. 7 *in fine*; ídem, «Enrique Arizu», sent. del 28-11-85, cons. 2.º *in fine*; «Electrometalúrgica Andina SAIC c/ EN –DGI», res. del 10-8-95, cons. 6.º, ED 172-606».

⁴⁰ Fallos 322:1417, «Club Universitario c/ Municipalidad de Malvinas Argentinas», cons. 5.º.

De suyo, como ya dijimos, cuando la petición cautelar procura la paralización de una obra pública⁴¹, o impida el ejercicio del poder de policía, ora bancario y del sistema financiero⁴², ora sobre salubridad⁴³, seguridad y promoción de los intereses económicos⁴⁴, o se pretenda la suspensión de la exigibilidad de la deuda tributaria y que perturben la percepción de la renta pública⁴⁵, la Corte ha exigido recaudos más severos y estrictos para la apreciación de los presupuestos: que la ilegitimidad atribuida a la decisión del poder administrador evidencie un vicio notorio, patente o que el acto impugnado pudiera producir un perjuicio irreparable.

Sobre esta cuestión sostuvimos, juntamente con el Profesor COMADIRA que el concepto «*no afectación del interés público*» como concepto jurídico procesal se vincula con la noción de *intereses comunes de los miembros de la comunidad que resultan de impostergable satisfacción*. Para determinar su presencia en una situación concreta y luego de verificar que en el caso están reunidos los presupuestos de procedencia de la cautela (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), el tribunal deberá comprobar si la providencia cautelar peticionada producirá o no, previsiblemente, una lesión —supresión o restricción— cierta y directa sobre los intereses personales comunes y los colectivos tutelados concretamente por el ordenamiento en el cual se encauza la actuación cuestionada, como consecuencia inmediata de la pérdida de eficacia de un acto, reglamento o ley. Si *in concreto* la medida cautelar es susceptible de provocar un menoscabo indudable sobre las relaciones de disponibilidad o utilidad comunes a las personas que integran esa comunidad, la tutela cautelar deberá ceder frente al interés público. La llave maestra que definirá si, en el marco del proceso cautelar, hay o no afectación sobre el interés público es la claridad y urgencia con que éste debe ser satisfecho⁴⁶.

⁴¹ Vgr., «Astilleros Alianza», Fallos 314:1209.

⁴² «Carlés», Fallos 312:409; P. 488XXIII.Rec. de Hecho. Profin Cía. Financiera, sent. de 19-5-92.

⁴³ Fallos 323:951 («Drawers S.A.»), sent. del 4-5-00.

⁴⁴ «Roque Coluccio», sentencia del 17-10-85 «Enrique Arizu»; sentencia del 28-11-85.

⁴⁵ Fallos 323:3331, sent. del 31-10-00, «American Express Argentina S.A. c/ Provincia de Río Negro», cons. 7.º; «Firestone», LL 1991-B-295. En igual sentido, CNac. Civ., Sala F, in re, «Controladuría General Comunal c/ M.C.B.A. s/ amparo», R. 157.240, del 17/10/94. Dijo la Cámara Civil: «... la medida dispuesta importa en los hechos y hasta que recaiga decisión final en el amparo, la paralización de la capacidad recaudadora de la demandada —indispensable para el sostén de la sociedad—... Por lo que, frente a la disyuntiva de tener que optar entre el interés de los potenciales afectados —por más que se admita que éstos representen una importante cantidad— debe primar el interés general».

⁴⁶ Julio R. COMADIRA y P.M.E. SAMMARTINO, *Medidas cautelares e interés público*, op. cit., pp. 337-338.

4) *Contracautela.*

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido en el marco de un amparo iniciado contra el Estado nacional que «la contracautela, salvo casos excepcionales... debe ser real o personal y no simplemente juratoria, a fin de que queden debidamente garantizados los eventuales derechos de aquel contra quien se traba la medida»⁴⁷.

2 *Medidas positivas*

i) Las medidas cautelares positivas⁴⁸ –más conocidas en nuestro medio como tutela anticipatoria interinal– tienen como objeto ordenar a su destinatario que cumpla, provisionalmente, con un *hacer* o un *dar* hasta tanto se dicte sentencia. Estas medidas son una exigencia que fluye del principio de tutela «cautelar» efectiva, implícitamente incluido en los arts. 18, 43 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

ii) El presupuesto básico de procedencia de las medidas de urgencia positiva no es sino la previsible consumación de un daño jurídico irreparable sobre el interés sustancial de la persona como consecuencia de la insatisfacción del objeto material o mediato de la pretensión –el bien de la vida– mientras se desarrolla el proceso.

Las situaciones que, en nuestro país, habilitaron el dictado de medidas positivas son variadas. Así, la *inejecución de un acto firme* –la autoridad competente otorga un subsidio por desempleo a favor de una persona pero incumple con su pago; el incumplimiento de una resolución que ordenó, por razones de salubridad, reducir la jornada laboral del personal de un hospital que realiza actividad crítica⁴⁹– o la *denegatoria*, mediante acto administrativo, de una autorización –así, el indebido rechazo a la solicitud de una licencia profesional para conducir, dictada en base a recaudos no exigibles por la norma aplicable, vgr. poseer antecedentes penales; la denegatoria de un hospital público de suministrar gratuitamente medicamentos a pacientes que cumplen todas las condiciones legales para su otorgamiento–.

⁴⁷ CSJN, in re «Distribuidora Química S.A. c/ Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables y otra s/ amparo», cons. 13, sent. del 19-5-97, LL 1997-D-679.

⁴⁸ COMADIRA (*Derecho Administrativo*, 1996, p. 215) las define como aquella emisión de un mandato judicial a la Administración para que ésta observe una conducta activa, es decir, no una mera abstención de ejecutar ciertos efectos, sino, directamente, una obligación de hacer.

⁴⁹ Juzgado Nacional en lo Cont. Adm. Fed. n.º 7, «Mora, Eva Florencia c/M.º Salud y Acción Social s/ M. Cautelar Autónoma», res. mayo de 1999.

Sin embargo, la Corte federal ha sido particularmente severa a la hora de examinar medidas de carácter positivo⁵⁰.

Claro está que es necesario distinguir este tipo de tutela cautelar, mediante la cual se adelanta provisoriamente el objeto de la pretensión, de aquella otra que bajo la misma denominación anticipa el acto terminal del proceso, agotando, en ese adelantamiento, el objeto de la pretensión. En este segundo supuesto no estamos ya en el ámbito de lo cautelar, sino de lo autosatisfactivo. Ciertamente, las medidas autosatisfactivas tienen un régimen diferente, por cierto, al de las medidas cautelares. Sin embargo, cabe puntualizar que, en algunos casos, nuestros tribunales, advirtiendo que de concederse la cautelar ello agotaría el objeto de la pretensión sin previa sustanciación, han negado, por esa misma razón, su otorgamiento⁵¹.

En un caso reciente, en el marco de una medida positiva, la Corte reafirmó el carácter provisional de la tutela anticipatoria⁵². En efecto, frente al incumplimiento por parte del Estado Nacional de un convenio celebrado con la Provincia de Salta –mediante el cual ésta se había comprometido a recibir y alojar en sus cárceles a procesados o condenados en la justicia federal, recibiendo como contraprestación una suma determinada por día por cada interno–, y con el fin de precaver las graves e irreparables consecuencias que se producirían por el manteni-

⁵⁰ Así, en un fallo que ha tenido repercusión en la doctrina especializada (CSJN, sent. del 19-10-00, «Pesquera Leal SA c/ Estado Nacional – Sec. Agricultura, Ganadería y Pesca s/ Medida Cautelar»), el alto tribunal revocó la providencia cautelar dictada por un tribunal de alzada que había otorgado a una empresa pesquera un permiso de captura no concedido por la autoridad administrativa. Luego de recordar que las medidas precautorias deben ser ponderadas con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, toda vez que ello configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, la Corte consideró que lo decidido por la Cámara aparece como un exceso jurisdiccional en menoscabo de los poderes y funciones atribuidos a las autoridades administrativas, pues la medida dictada por la alzada contrariaba la política restrictiva de captura de la especie (merluza común) –fijada mediante una ley y mantenida luego por un decreto de necesidad y urgencia–, y que estaba destinada a la preservación de los recursos naturales. Finalmente, afirmó que en ese contexto es exigible el *máximo grado de prudencia* en la verificación de los recaudos de procedencia.

⁵¹ Así se rechazó la medida cautelar consistente en la ampliación del plazo para presentar impugnaciones del Informe de Precalificación fijado en el pliego de bases y condiciones de la licitación por cuanto la medida, «tal como fue propuesta, tendería a agotarse en sí misma, sin quedar supeditada la decisión de la cuestión de fondo a un proceso ulterior, en el que deberían tener necesaria intervención los restantes participantes del procedimiento licitatorio» (CNCAF, Sala IV, 5-2-98, «Impresora de Valores SA c/ Ministerio del Interior»). Con anterioridad, la Corte en el caso «Arizu» (Fallos 307:2267) rechazó la medida cautelar peticionada, consistente en la liberación de las existencias vínicas de la actora en la Provincia de Mendoza en una cantidad muy superior a la autorizada por las normas por considerar que la admisión importaría anticipar los efectos que eventualmente derivarían del reconocimiento, en la sentencia, del derecho del actor, sin contar con los elementos de convicción suficientes para juzgar y decidir sobre la legitimidad de las disposiciones objetadas.

⁵² CSJN, sent. del 1-9-03, «Salta Pcia. de c/ Estado Nacional», diario ED del 1-12-03.

miento de la situación denunciada –agotamiento de los fondos destinados para la manutención de presos–, la Corte federal le ordenó al Estado Nacional, con carácter de medida cautelar, que le remita a la Provincia de Salta los fondos convenidos correspondientes a los meses posteriores al pronunciamiento. En el considerando 8.º, la Corte puso de relieve que ese anticipo de jurisdicción favorable no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante, pues de rechazarse la demanda la *devolución* de las sumas que se transfieran durante la sustanciación del litigio y el pago de las que pudiesen corresponder en concepto de daños y perjuicios se hallan garantizadas por la presumida solvencia de la provincia actora.

iii) Los presupuestos⁵³ que habilitan la procedencia las medidas positivas son:

1) *Fuerte probabilidad de que el derecho exista.* Para que concurra este presupuesto es necesario que medie una convicción suficiente del derecho invocado. Ello requiere, además de un título concreto y palmario que haga exigible la prestación, la concurrencia necesaria de un deber claro, manifiesto, impuesto a la autoridad pública por una norma jurídica (Constitución, Tratado, Ley, Reglamento, acto administrativo individual). En algunos casos, cuando se pretende por ésta el cumplimiento de una deuda cierta y líquida por parte del Estado, se exige que el título invocado sea incontestable, por cuanto, por vía cautelar, el tribunal impone la provisión o pago anticipado de una deuda sin que aún se hubiera dictado sentencia que condene al pago. Sin embargo, es necesario destacar que a partir de la sanción de la Ley 25453, que modificó el Código procesal, art. 195, hoy está vedado, en el ámbito federal, la provisión anticipada o pago anticipado de fondos que perturben recursos propios del Estado. De este modo parece descartado, en nuestro medio, la posibilidad protectora del *référé provision* del Derecho francés en los juicios contra el Estado⁵⁴. Se observa, pues, que al requerirse la

⁵³ El Proyecto de Código Contencioso Administrativo de 1998, en su art. 42, con buena técnica legislativa, disponía: «A pedido de parte, cuando las circunstancias del caso evidencien la verosimilitud del derecho que se pretende cautelar, con una probabilidad cualificada, por aparecer como jurídicamente procedente el derecho material invocado, el juzgador podrá disponer una medida de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la demandada que, incluso, podrá consistir en una provisión justa y razonable al solicitante ante la presencia de una obligación pública cuya existencia no resultare seriamente cuestionable, siempre que exista el peligro cierto de que la demora en su otorgamiento, pueda ocasionar un daño irreversible, imposible de reparar con la sentencia que dirima la controversia».

⁵⁴ En el particular caso «Elías c/GCBA s/ Medidas Precautorias» –resolución de octubre de 1999, Juzgado Nacional en lo Civil 67–, el juzgado de primera instancia, invocando la fuerza expansiva del instituto expropiatorio, les reconoció a los actores –que tenían a su cargo la explotación de comercios de servicios de lubricación, taller de reparaciones de automóviles y de lavadero de autos–, mediante una *tutela anticipada*, el lucro cesante derivado de daños

conurrencia de *fuerte probabilidad de que el derecho exista*, tanto el título o razón jurídica suficiente del peticionario como el deber exigible impuesto por la norma a la autoridad se presentan como recaudos más severos que la verosimilitud del derecho.

2) *Daño irreparable*. Deberá demostrarse que de no concederse la tutela positiva, anticipatoria del objeto mediato de la pretensión, se producirá una lesión sobre el interés sustancial, insusceptible de reparación ulterior. Concretamente, deberá ponderarse que la insatisfacción del bien de la vida, es decir, de la relación de disponibilidad sobre el bien jurídico que se procura tutelar mediante el cauce principal, durante el lapso en que se prolongue el proceso, tiene aptitud bastante para producir un daño irreversible sobre el derecho material, lo que, de suyo, frustrará el objeto del proceso. Ciertamente, la mayor intensidad o injerencia de la medida precautoria sobre la órbita de decisión estatal está directamente relacionada con el mayor grado de peligro o perjuicio jurídico que se pretende evitar con la medida (en este caso daño irreparable sobre el derecho sustancial). En este ámbito precautorio, el peligro en la demora remite a aquello que CALAMANDREI denominaba «peligro de tardanza».

3) *Contra-cautela*

4) *Efectos*. El despacho favorable de una tutela anticipada no debe producir efectos definitivos, irreversibles, sobre la autoridad pública destinataria de la medida.

3. *Medidas de no innovar e innovativas*

Estas medidas, propias del Derecho Privado, son admisibles en el amparo administrativo cuando la acción sea impetrada contra actuaciones materiales sin cobertura jurídica, es decir, cuando existan vías de hecho administrativas (art. 9 LNPA). En estos casos en que Administración, al incurrir en vías de hecho, pierde sus prerrogativas y por ello queda reducida a la condición de particular, el régimen procesal de la tutela cautelar se regirá directamente, por el ritual que regula los litigios entre particulares, es decir, el CPCCN. Sin embargo, con criticable técnica, nuestra Corte federal emplea ambigua e indistintamente cual-

que provocaría la realización de una obra pública —concretamente un túnel— en virtud de la cual la calle en donde estaban ubicados los locales permanecería cerrada al tránsito vehicular durante algunos meses, impidiéndoles a los actores realizar la actividad comercial que los sostenía económicamente. El tribunal de grado le ordenó a la Ciudad pagar una indemnización mensual anticipada del lucro cesante mientras durase la obra, sumas que habrían de descontarse oportunamente de la indemnización total que corresponda al juicio de daños y perjuicios oportunamente iniciado por los actores.

quiera de esas locuciones para referirse a la suspensión de los efectos de actos estatales dotados de presunción de legitimidad.

III. LAS TÉCNICAS AUTÓNOMAS DE TUTELA JUDICIAL URGENTE (TUTELA URGENTE NO CAUTELAR)

1. TUTELAS AUTOSATISFACTIVAS

1.1. *Medidas autosatisfactivas en sentido propio*

1) Las medidas autosatisfactivas han sido descritas como aquella tutela por la cual se dispensa una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva, que agota y consume la litis, a través de un pronunciamiento sobre el mérito de la pretensión y cuyos efectos devienen de hecho irreversibles, tornando innecesaria la continuación del proceso y abstractas las cuestiones que integraron la pretensión⁵⁵. PEYRANO⁵⁶, luego de puntualizar la importancia que tienen las soluciones urgentes no cautelares como remedio para solucionar las «vías de hecho», describe a las medidas autosatisfactivas como un requerimiento «urgente» formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de ahí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento.

2) Su procedencia está supeditada, por un lado, a la existencia de una situación de **urgencia**⁵⁷ impostergable. Aquí el factor tiempo y la prontitud es un dato, por cierto, decisivo; de lo contrario, el peticionario habría de padecer un «daño inminente e irreparable», consistente vgr. en el definitivo perecimiento del objeto de la pretensión. El otro recaudo que simultáneamente debe concurrir es la «fuerte probabilidad» —lindante con la certidumbre más que con la simple verosimilitud— de que, claramente, le asista razón al solicitante en cuanto al planteo de fondo.

3) La transpolación de esta técnica de protección del Derecho procesal civil al seno del Derecho procesal administrativo plantea algu-

⁵⁵ Conf. Roberto O. BERIZONCE, «La tutela anticipatoria en la Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)», JA 1998-II-905. Para E. DE LÁZZARI («La cautela material», JA 1996-IV-651), que denomina a este tipo de actividad jurisdiccional como sentencia asegurativa con efectos irreparables o *cautela material*, éstas tienen como rasgo identificatorio que los resultados emergentes de la actividad anticipatoria prácticamente hacen inútil el decisorio de fondo, desde que la modificación operada en el mundo exterior aparece, en los hechos, como irreversible.

⁵⁶ Jorge W. PEYRANO, «Reformulación de la teoría de las medidas cautelares. Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas», JA 1997-II-926.

⁵⁷ XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal, Corrientes, 1997.

nas contrariedades que, en principio, harían inadmisibles su aplicación en este ámbito. Así, la primera dificultad está vinculada con el carácter revisor conferido al proceso administrativo por el capítulo IV de la LNPA, hoy enfatizado por la Ley 25344. Las prerrogativas adjetivas que de él se derivan a favor de la Administración –vgr., la intervención administrativa previa como recaudo de admisibilidad de la pretensión– resultan en principio inconciliables con situaciones que requieren respuestas rápidas, inmediatas, con miras a evitar un daño irreparable, irreversible, sobre el derecho de quien las peticona.

De manera inicial, vale observar que la tutela autosatisfactiva tiene su radio de protección *especialmente* cuando existen «vías de hecho». Siendo esto así, cabe entonces recordar que nuestro ordenamiento procesal administrativo prevé, frente a esas actuaciones materiales carentes de cobertura jurídica, el acceso directo a la jurisdicción (art. 23, inc. d, LNPA). No rige en el ámbito de las vías de hecho el principio revisor. Consecuentemente, la habilitación de la instancia judicial estará condicionada solamente por el plazo del art. 25 LNPA, mas no se exigirá una decisión previa administrativa. Recuérdese que las «vías de hecho administrativas» (art. 9 de la LNPA) eliminan las prerrogativas procesales administrativas, reduciendo a la Administración a la misma condición de un particular.

Desde esta atalaya es posible visualizar, en el ámbito de las actuaciones materiales sin respaldo jurídico (vías de hecho), una primera área de cobertura de la tutela autosatisfactiva.

Sorteado este primer valladar adjetivo, resulta igualmente postulable esta técnica de protección inmediata frente a actos u omisiones de la Administración. De suyo, la existencia de una indubitable situación de urgencia objetiva que previsiblemente ponga en riesgo la integridad del derecho que razonablemente le asiste al peticionario, autoriza la «dispensa» o «exención» del recaudo de *admisibilidad* exigido por las normas procedimentales en vigor (el reclamo administrativo previo, en sentido amplio), ello con miras a evitar la tutela *post mortem* del derecho.

Llegados a este punto, resultaría útil no desdeñar la doctrina judicial preexistente en el ámbito de otro proceso urgente: la (impropiamente) denominada medida cautelar *autónoma* contra la Administración. Tiene dicho la jurisprudencia que, en esos casos, la necesidad de requerir previamente en sede administrativa la suspensión de un acto constituye una cuestión que el juez deberá ponderar prudentemente en cada caso⁵⁸.

⁵⁸ CNCont.-Adm., Sala I, «Cortés, Ricardo Juan Marcelo c/ Dirección Nacional de Registro y Fiscalización de Recursos de Salud s/ Medida cautelar (autónoma)», del 6-4-99. En esta ocasión, la Sala admitió la petición cautelar aun cuando los pedidos de suspensión fueron interpuestos en la misma fecha en ambas sedes, afirmando luego que «lo cierto es que el recurso de la demandada muestra que de su lado no se admitirá la suspensión del acto en su sede, razón que abre la consideración de la procedencia de la cautelar dispuesta por el señor juez de grado».

Estos criterios que enervan los recaudos formales de acceso a la jurisdicción resultan aplicables con mayor razón aún a las resoluciones autosatisfactivas contra autoridades públicas que desarrollan función administrativa. Recuérdesse que esta técnica no es sino una respuesta jurisdiccional excepcional frente a situaciones de urgencia tal que no admiten dilación o postergación alguna, ora para despachar la medida, ora para ejecutarla.

4) Sin perjuicio de ello, cabe insistir que las medidas autosatisfactivas propias son utilizadas frecuentemente por nuestros tribunales bajo el ropaje de medidas cautelares «autónomas» o como meras precautorias dentro del proceso contencioso-administrativo o del amparo. Es por ello que, en esta materia, es necesario sincerarnos. Nuestros tribunales hacen uso de esta técnica jurisdiccional sumaria con frecuencia. Sin embargo, lo hacen bajo el rótulo de medidas cautelares (suspensión de efectos del acto, medida de no innovar, medidas positivas, medida innovativa, etc.) dentro de un proceso principal, desvirtuando así la teoría cautelar. Ciertamente, esa elusión es, precisamente, aquello que este instituto procura evitar.

Las medidas autosatisfactivas se autoabastecen. Son procesos autónomos, de carácter urgente; su despacho produce efectos irreversibles en tanto y en cuanto su inmediato cumplimiento agota el objeto de la pretensión. Esto último exige como recaudo previo que se permita a la demandada ser oída útilmente antes de despacharse la providencia. Sin embargo, frente a *situaciones verdaderamente extremas* que pongan en peligro ciertos bienes de la más alta jerarquía —la *vida*, la *salud*, y los derechos que no son sino una derivación necesaria de ellos, el derecho de toda persona de estar protegida contra el *hambre* (conf. lo reconoce el art. 11.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado a la CN mediante el art. 75, inc. 22)—, el dictado y cumplimiento de la medida autosatisfactiva deberá ser inmediato, aun si sus efectos son irreversibles. En esos *únicos* supuestos, la distinta magnitud y valiosidad de los bienes jurídicos en pugna hacen preferible —aun a costa de alguna posible equivocación— tutelar inmediatamente, y con efectos irreversibles, el derecho a la vida y la salud, a la alimentación, a la educación, por sobre cualquier otra posible postergación.

Afinando aún más esta idea, consideramos que la garantía a una tutela autosatisfactiva de derechos fundamentales, en tanto técnica de protección distinta de la cautelar, a la vez que subsidiaria del amparo, *deriva inescindiblemente de los derechos constitucionales reconocidos en el propio bloque de constitucionalidad* (art. 14 —derecho de petionar; como sostenía COUTURE, el derecho a la jurisdicción es una derivación del derecho de petición—; art. 18 —derecho a la jurisdicción—; art. 33 —derecho a la tutela judicial efectiva—; art. 75, inc. 22; art. XVIII de la

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre»; art. 8.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–) y su utilización tiene plena justificación en todos aquellos casos en que la tutela amparista –técnica sumaria de protección que lleva ínsita el contradictorio previo– pudiera resultar tardía, inoportuna.

Aceptar el advenimiento de nuevas técnicas de tutela jurisdiccional inmediata, en el ámbito de las relaciones entre particulares y las autoridades públicas en ejercicio de la función administrativa, distintas de las cautelares y del amparo, asegura la efectiva vigencia del principio de legitimidad y preserva la fuerza normativa u obligatoria de la Ley fundamental al brindar protección inequívoca al sistema de derechos que conforman el bloque de constitucionalidad argentino. De suyo, su utilización prudente, sólo en situaciones extremas –tan extremas que ni el amparo ni las cautelares, rectamente empleadas, alcanzan para proteger adecuadamente–, ha evitado que se consoliden injusticias graves e *irreversibles* por ausencia de una jurisdicción oportuna que proteja directa e inmediatamente bienes jurídicos esenciales para la persona humana. De suyo, la utilización prudente de esta técnica de protección, al tiempo que descarta las múltiples secuelas potenciales de violencia ocasional generadas por insatisfacción de bienes esenciales, elimina, de suyo, la tentación de acceder a ellos por el camino de la autotutela.

1.2. *Tutela autosatisfactiva de carácter impropio* (la denominada medida cautelar autónoma)

1) Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en afirmar que la *medida cautelar autónoma* consiste en pedirle al juez la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido –en sede administrativa– hasta que la Administración resuelva el recurso administrativo que agota la vía⁵⁹. También se ha dicho que es aquella por conducto de la cual se solicita la suspensión de los efectos de un acto administrativo hasta que la Administración se pronuncie respecto de un recurso impugnatorio de aquél⁶⁰. De suyo, frente al carácter no suspensivo de los recursos administrativos –art. 12 LNPA–, la medida cautelar autónoma se presenta como aquella decisión judicial tendente a paralizar la obligatoriedad de un acto definitivo –pero que no agota la

⁵⁹ Carlos VALLEFÍN, *Protección cautelar frente al Estado*, Lexis Nexis, 2002, p. 126; Pedro ZAMBRANO, «Medidas cautelares autónomas y la garantía de defensa en juicio: por el art. 230 del Código Procesal o por el art. 12 de la ley 19.549?», LL 1998-C-344.

⁶⁰ Julio R. COMADIRA, «Las medidas cautelares en el proceso administrativo, con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto», en *Derecho Administrativo*, 1996, pp. 191 y ss.

instancia administrativa⁶¹— hasta tanto la autoridad que desarrolla función administrativa dicte la correspondiente decisión que cause estado. Los tribunales argentinos aceptan sin mayores vacilaciones esta modalidad de actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa, advirtiéndose, a su vez, que *de accederse a la medida su duración quedará supeditada a la exclusiva voluntad de la autoridad administrativa*⁶².

2) Ciertamente, es dable sostener que aquello que la doctrina y la jurisprudencia administrativa denominan, *contradictoriamente*, medida cautelar autónoma⁶³ —entendida, vgr., como una suspensión de la ejecutividad del acto mientras se resuelve el recurso y hasta tanto se dicte la resolución administrativa que cause estado⁶⁴— no es sino una modalidad de la tutela autosatisfactiva. Adviértase la paradoja de la llamada medida cautelar autónoma⁶⁵. Por un lado, en forma similar a lo que sucede con las medidas autosatisfactivas en sentido propio, es autónoma de otro proceso judicial, se autoabastece, y su contenido se agota con la providencia judicial que la resuelve. Sin embargo, desde un enfoque más amplio, se constata, sin embargo, que si bien esta medida no es tributaria de un proceso «judicial» principal, sí lo es, en cambio, de un cauce formal de tutela «administrativo» (vgr., trámite de un recurso con miras a la causación de estado del acto). De allí, pues, que desde la atalaya «judicial» (fragmentando el análisis de su operatividad)

⁶¹ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, «Procaccini, Luis M. y otro c/ M.º de Economía y otros s/ Medida cautelar autónoma», del 29-4-98; «Cortés», del 6-4-99, JA 1999-III-2; «EDET SA c/ ENRE», del 11-5-00; CNac. Cont.-Adm. Fed., Sala III, «Exxon Chemical c/ DGI», del 7-3-95, LL 1998-C-344.

⁶² Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, «Tienda León, Manuel SA c/ Estado Nacional –FAA», del 15-2-96.

⁶³ Lo cautelar es instrumental, tributario de un proceso principal. Concretamente, no es autónomo o independiente. Si lo cautelar es subordinado o accesorio de un cauce principal, no parece, pues, coherente afirmar que simultáneamente es principal. Hay en la locución un ataque directo al principio lógico de no contradicción.

Como lo decía Piero CALAMANDREI en su insuperable *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (cap. I): las providencias cautelares nacen «al servicio de una providencia definitiva»: «Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho». Luego insiste en que existe una posición de subordinación y de accesoria de las providencias cautelares con relación a la definitiva o principal.

⁶⁴ CNCont.-Adm. Fed., Sala III, «Exxon Chemical S.A. c/DGI», del 7-3-95, La Ley, Suplemento Derecho Administrativo, del 28-5-98, p. 8, con comentario de Pedro ZAMBRANO, «Medidas cautelares «autónomas» y la garantía del defensa en juicio: ¿por el art. 230 del Código Procesal o por el artículo 12 de la ley 19549?».

⁶⁵ Quizás la propia construcción de la locución, cautelar autónoma, impide apreciar la paradoja. Si por un lado es cautelar, es decir, accesorio, instrumental, no parece posible que simultáneamente sea autónoma o principal. A mi juicio, el significante «cautelar autónoma» atenta contra el principio lógico de no contradicción. No así su significado.

es posible incluir a las denominadas medidas cautelares «autónomas» como una modalidad de tutela autosatisfactiva. En esta inteligencia, y habida cuenta sus particulares aristas, nos animamos a conceptualizarla, en cuanto a su *continente*, como medida autosatisfactiva «*impropia*» (no es accesoria de un proceso judicial principal, pero sí lo es, en cambio, de un procedimiento administrativo –recursivo– en trámite). Su contenido, sin embargo, podrá ser negativo –suspensión de los efectos de un acto– o positivo (prestación inmediata). Ciertamente, si el contenido tiene efectos irreversibles, la resolución será autosatisfactiva no ya impropia, sino propia: continente y contenido encuadrarán plenamente en esta figura.

3) En cuanto a sus condiciones de admisibilidad cabe una breve puntualización. En virtud del carácter revisor de la jurisdicción administrativa se afirma, a modo de regla o principio general, que la suspensión precautoria de los efectos de los actos administrativos no puede disponerse en vía judicial como objeto autónomo de un proceso especial sin que previamente se acredite que tal suspensión hubiese sido ya pedida a la Administración y denegada por ésta⁶⁶. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han «flexibilizado» la rigidez de este recaudo. En efecto, nuestros tribunales sostienen que la mentada exigencia (requerimiento previo de la suspensión del acto en sede administrativa) *constituye una cuestión a ponderar prudentemente en cada caso*⁶⁷. Ciertamente, el acceso directo a la jurisdicción con finalidad cautelar es un imperativo lógico, si se amerita que su dictado está grandemente impregnado por circunstancias de urgencia que la determinan⁶⁸. Es manifestación real del equilibrio entre las prerrogativas

⁶⁶ CNCont.-Adm., Sala III, «Murúa, María Elena c/B.H.N. s/ medida de no innovar», causa 15497, del 10-11-87; «Romero», LL 1985-C-146; «Tienda León, Manuel S.A.», del 15-2-96; CSJN, «Hughes Tool Company», fallo del 7-3-85, ED 113-352. Tomás Hutchinson, «La suspensión de los efectos del acto como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional», ED 124-677.

La Sala I, en «Cooperativa Mariano Acosta Ltda. c/ Res. 648-98 y 756-98 –ENARGAS–», del 22-10-98, sostuvo que deducir similar pedido de suspensión del acto en sede administrativa y judicial sería en principio una intempestiva interferencia del Poder Judicial al pronunciarse en un asunto sometido a su consideración sin haberse acreditado que en el caso se haya producido el rechazo o la oportuna decisión.

⁶⁷ CNCont. -Adm., Sala I, «Cortés, Ricardo Juan Marcelo c/ Dirección Nacional de Registro y Fiscalización de Recursos de Salud s/ Medida cautelar (autónoma)», del 6-4-99. En esta ocasión la Sala admitió la petición cautelar aun cuando los pedidos de suspensión fueron interpuestos en la misma fecha en ambas sedes, afirmando luego que «lo cierto es que el recurso de la demandada muestra que de su lado no se admitirá la suspensión del acto en su sede, razón que abre la consideración de la procedencia de la cautelar dispuesta por el señor juez de grado».

⁶⁸ Señala CHINCHILLA MARÍN: «Lo característico de las medidas cautelares es que han de adoptarse con urgencia, inmediatamente, especialmente en el ámbito administrativo, donde los actos de la Administración son inmediatamente eficaces, y, por tanto, de inmediato obligado cumplimiento» (Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, 1991, p. 36).

de la Administración y las garantías (adjetivas o procesales) de los particulares.

4) Por otra parte, cabe señalar, con respecto a los presupuestos materiales, que ellos remiten, por cierto, a los mismos recaudos que regulan el contenido de la medida peticionada. De allí que si el objeto jurídico de la pretensión cautelar autónoma es la suspensión de los efectos de un acto administrativo, su procedencia estará condicionada al cumplimiento de los requisitos que regulan la suspensión de los efectos del acto, a los cuales ya nos hemos referido (verosimilitud del derecho; riesgo de daño jurídico irreparable; no frustración del interés público; contracautela)⁶⁹. Sin embargo, un importante sector doctrinario⁷⁰ estima que no siendo aún la Administración sujeto enjuiciable, y toda vez que es la propia Administración quien en su diligencia procesal determinará la duración de la cautela judicial acordada, resultan aplicables las previsiones del art. 12 LNPA, pudiendo concederse la tutela en base a uno sólo de los presupuestos que prevé esa norma: evitar un perjuicio grave al administrado o del alegato fundado de la nulidad absoluta.

2. AMPARO⁷¹

Finalmente, el sistema de tutelas urgentes frente a autoridades públicas que desarrollan función administrativa se completa con el ampa-

⁶⁹ Así, la CNCAF, Sala I, en la causa «Procaccini c/ M.º de Economía y otro», del 22-4-98, sostuvo –en el marco de una medida cautelar autónoma en la que se resolvió la suspensión de un concurso para un acceder a un cargo hasta tanto se resolviera sobre el recurso jerárquico deducido por los actores, resultando, por consiguiente, que la permanencia de la medida dependía de la celeridad con la cual la Administración se pronunciara– que la medida cautelar allí peticionada estaba subordinada a la verificación insoslayable de la verosimilitud del derecho invocado; peligro irreparable en la demora, recaudos que aparecen exigidos por el art. 230 del Cód. Procesal a los que se le añade un tercero, la contracautela. Luego, invocando la jurisprudencia del fuero, afirmó que esos recaudos aparecen de tal modo entrelazados que a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro de daño, y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el riesgo del *fumus* se puede atemperar. En igual sentido, con relación a los requisitos que autorizan el dictado de la denominada medida cautelar «autónoma», véase «Cortés», de la misma Sala I, resolución del 6-4-99, cons. 3.º, JA 1999-III-21.

⁷⁰ Julio R. COMADIRA, *Derecho Administrativo*, 1996, pp. 191 y ss. Estas ideas del Prof. COMADIRA han tenido receptividad en el caso «Exxon Chemical Argentina c/ DGI» (CNCAF, Sala III, res. del 7-3-95, LL 1998-C-345). Allí el tribunal entendió que, tratándose de un pedido de suspensión de los efectos de un acto definitivo sujeto a recurso, procede (en sede judicial) el análisis de los recaudos que exige el art. 12, apart. 2.º, de la Ley de Procedimientos Administrativos, mientras aquél se sustancia. Luego de afirmar que en ese caso resultaba razonable la suspensión de la «ejecutividad» del acto en sede administrativa mientras se resuelve el recurso, enfatizó que la medida cautelar depende del propio accionar y diligencia del organismo demandado, pues fue concedida únicamente hasta que se dicte la resolución administrativa que cause estado.

⁷¹ Para ampliar, ver Patricio Marcelo E. SAMMARTINO, «Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente», Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003.

ro reconocido expresamente en la reforma de 1994 por conducto del art. 43 CN. Este proceso contencioso-constitucional, concebido esencialmente para la protección de derechos fundamentales, está gobernado por distintos principios constitucionales. Ellos son: i) Plenitud revisora. «Todo» comportamiento (acto, hecho u omisión) de las «autoridades públicas» es susceptible de ser fiscalizado judicialmente por vía de amparo. El principio de plenitud revisora opera con arreglo al subprincipio de ostensibilidad. ii) Integridad. Esta regla, que, de manera similar a la anterior, se afina en presupuestos materiales con eficacia instrumental, se relaciona estrechamente con el derecho que se procura tutelar por este proceso. Es la clave de bóveda del amparo. El principio de integridad, a su vez, está informado del subprincipio de utilidad. iii) Efectividad cautelar. Esta directriz se nos presenta como un punto de inevitable e intensa yuxtaposición entre lo material y lo procesal, entre el derecho cuya integridad se intenta resguardar hasta la conclusión del proceso y la propia efectividad del proceso. iv) Subsidiariedad. Esta matriz directiva del amparo se refiere a la relación del amparo con los demás cauces formales de tutela de situaciones jurídicas subjetivas. v) Accesibilidad inmediata. Este principio está asociado con el modo de ingreso o acceso a la jurisdicción. vi) Celeridad. Se vincula con el principio de economía procesal y hace a la modalidad del desarrollo del proceso. La urgencia se manifiesta no sólo en el acceso sin obstáculos a la jurisdicción. Ella también impregna el trámite procesal del amparo mediante la exigencia de un despacho preferente de las actuaciones. La rapidez con la que se debe ventilar un proceso de amparo es una exigencia natural derivada de los valores que ponen en juego este proceso. vii) Autonomía. El amparo, como proceso, no es accesorio de ningún otro. Ello impide que se lo pueda utilizar como instrumento de otro instrumento. A su vez, la autonomía que aquí se predica guarda es tributaria de la naturaleza de la propia disciplina en la cual reposa el amparo: el Derecho procesal constitucional.