

Las medidas cautelares en el proceso de amparo de la ley 2145

por María Alejandra Villasur García

I.- El amparo, de la creación pretoriana al corset normativo.-	1
II. La regulación de las medidas cautelares en la ley local de amparo.-	1
II.I. La norma.....	1
II.II.- Su hermenéutica	2
II.II.I La supuesta excepcionalidad. Críticas.	2
II.II.II.- La Afectación de la prestación de un servicio público como justificación para alterar el régimen propio de las medidas cautelares.-.....	3
II.II.III.- Nuevos recaudos para la concesión de medidas cautelares. -.....	4
II.II.IV.- La relación entre las medidas cautelares y la sentencia de fondo.-	5
III.- Propuesta	6

I.- El amparo, de la creación pretoriana al corset normativo.-

Debemos lamentar que el nacimiento de la ley local de amparo no fuera acompañado por oro, mirra e incienso. Seguramente, los justiciables no la juzgaron digna de ser venerada. Por cierto, tampoco mereció el elogio del Poder Ejecutivo, quién ejerció contra ella las competencias que tiene constitucionalmente atribuidas¹.-

El cuestionamiento que ha recibido de todos los sectores a los que comprende se origina en causas tan diversas como complejas. Es un gran reto para este congreso enfrentarse a ellas y proponer vías posibles de solución.

En la presente ponencia tomaré el guante arrojado en lo relativo a la regulación de las medidas cautelares propuesta por el legislador.-

II. La regulación de las medidas cautelares en la ley local de amparo.-

II.I. La norma

La ley 2145 regula en su artículo 15 el tema de las medidas cautelares, remarcando el carácter “*accesorio al principal*” que ellas poseen, añadiendo que serán admisibles “*con criterio excepcional*”, en la medida que resulten necesarias para

¹ Hacemos referencia al veto parcial, expresado por decreto N° 2.018/006 del 30/11/2006

asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva. El plazo para resolverlas es de dos días.

Cuando la medida cautelar afectase la prestación de un servicio público o perjudicara una función esencial de la administración, el juez deberá correr un traslado a la autoridad pública demandada para que se expida dentro de los dos días acerca de la inconveniencia de adoptar dicha medida, pudiendo el juez rechazarla o dejarla sin efecto.

Agrega que en las acciones de amparo contra autoridades públicas son requisitos necesarios para el otorgamiento de toda cautelar la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos: a) verosimilitud en el derecho; b) peligro en la demora; c) no frustración del interés público; d) contracautela. El juez debe determinar la índole de la contracautela para cubrir los daños y perjuicios que pudieran derivarse de su otorgamiento, sin que esto pueda implicar un menoscabo a la tutela cautelar. La apelación de dichas resoluciones debe ser resuelta dentro del plazo de cinco días desde el arribo de las actuaciones al Superior.

II.II.- Su hermenéutica

II.II.I La supuesta excepcionalidad. Críticas.

Corresponde destacar que el carácter excepcional de la admisibilidad de las medidas cautelares parece poco apropiado. Si el juez admitió la acción del amparo es porque no sólo estimó que no estaban dadas las condiciones para un rechazo *in limine*, sino que, además, tampoco era necesaria una reconducción de la acción en los términos del artículo 6.

De manera que advirtió con los hechos, el derecho y la prueba ofrecida que la vía amparista era la indicada para resolver el planteo.

Si además el sentenciante advierte, a pedido de parte, que se dan los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora -a los que la ley añade la no frustración del interés público y contracautela-, debe entenderse que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que ostenta el accionar o la omisión de la demandada se encuentra *prima facie* acreditada. De allí que el carácter “excepcional” con que el legislador tiñe la concesión de las medidas cautelares, parece obedecer más a una necesidad de recortar la

actuación judicial, que a un interés en que el posible derecho vulnerado sea tutelarmente protegido.

Con esta redacción se da, por otra parte, una inconsistencia entre las medidas cautelares que se solicitan en una acción ordinaria -*cuya admisibilidad no se encuentra condicionada a una situación excepcional*-, y la tutela requerida en una acción de amparo en la cual, aún advirtiendo el juez que está en presencia *prima facie* de un acto u omisión manifiestamente arbitrario o ilegítimo, debe justificar en su decisorio el carácter “excepcional” que torna procedente su concesión.

II.II.II.- La Afectación de la prestación de un servicio público como justificación para alterar el régimen propio de las medidas cautelares.-

Una de las previsiones menos felices de la norma es aquella ordena al juez, *cuando la medida cautelar afectarse la prestación de un servicio público o perjudicara una función esencial de la administración*, correr un previo traslado por dos días a la autoridad pública demandada, para que se expida sobre la inconveniencia.

La norma parece olvidar que el artículo 28 establece que se aplican supletoriamente, y en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la acción de amparo, las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad. Precisamente este Código establece en su artículo 184 que el tribunal, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los derechos e intereses, puede disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho o interés que se intentare proteger.

Vale decir: el juez, aplicando supletoriamente esta norma, también podría otorgar una medida cautelar diferente a la solicitada o limitar la requerida, si ello -eventualmente- causara un perjuicio, sin necesidad de dejar de lado el carácter *inaudita parte* que caracteriza a las medidas cautelares y de cuya consagración en el artículo 181 del CCAyT, parece haberse apartado en este punto la nueva ley de amparo. Por otra parte, no debe olvidarse que merced a las facultades ordenatorias e instructorias establecidas en el artículo 29 del CCAyT, los jueces pueden, aún sin requerimiento de parte, tomar determinadas medidas tendientes a esclarecer la verdad de los hechos invocados.

Esta norma aparece como un nuevo resguardo a los intereses de la autoridad pública, vulnerando el carácter propio de las medidas cautelares, que no es otro que el de constituir una garantía de los derechos afectados, de modo que la decisión que se adopte en la sentencia no resulte de cumplimiento ilusorio. Hasta podría darse el caso de que este traslado a la demandada por el plazo de dos días tornara ineficaz la posterior medida cautelar a dictarse, cuestión que hasta contrariaría la verdadera naturaleza cautelar.

II.II.III.- Nuevos recaudos para la concesión de medidas cautelares. -

Con respecto a los requisitos establecidos por la norma, los dos primeros - *verosimilitud en el derecho y peligro en la demora*- se encontraban ampliamente consagrados en la doctrina y jurisprudencia locales y nacionales. Se agrega la *contracautela* que al no encontrarse dispuesta en el Código Contencioso Administrativo y Tributario, aporta el respaldo legislativo necesario, aunque las sentencias de primera y segunda instancia eran contestes en su disposición.

El recaudo de *no frustración del interés público*², supone el mismo inconveniente que el previo traslado a la autoridad pública demandada. Es la prudente actuación judicial quien evaluará la concesión y los términos de la medida cautelar que se otorgue, quedando, en caso necesario, expedito el recurso de apelación para la oportuna revisión judicial por parte del tribunal de Alzada. El recaudo añadido puede resultar tan difícil en su evaluación como lo es la carga ideológica que el término conlleva.

Por tal motivo, la apreciación del interés público que haga el juez al momento de evaluar la concesión de una medida cautelar, no deberá perder de vista que la función

² Expresa Inés D'Argenio con relación a una concepción actual del derecho administrativo que se enmarca en "*una ideología estatal del interés general que confiere a la función administrativa las prerrogativas necesarias para su realización efectiva, con un amplio ámbito de evaluación discrecional acerca del contenido de ese interés en el ejercicio de una función de poder. Ello supone siempre la existencia de un ámbito público confiado a la Administración, por oposición a un ámbito privado propio de la sociedad civil que, por tal razón, no tiene ingerencia alguna en el ejercicio del "poder administrador". Una concepción absolutamente diferenciada de la idea de la función administrativa como gestora del derecho, cuyo ejercicio ni supone poder ni discrecionalidad alguna justificante de tal poder y presume, por el contrario, un compromiso equilibrado de los distintos intereses en juego en el seno de la colectividad en la que debe regir la norma jurídica cuyo cumplimiento se gestiona*". D'Argenio, Inés, La ideología estatal del interés general en el Derecho Administrativo. Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica N° 59, Director Juan Carlos Cassagne, Editorial Lexis Nexis, p. 88/89.

administrativa debe ser una verdadera gestora del derecho estructurado hoy, a partir de los tratados internacionales, como un sistema universal que tiene como eje central el desarrollo del hombre.³

II.II.IV.- La relación entre las medidas cautelares y la sentencia de fondo.-

El artículo 19 establece que después de dictada la sentencia, a solicitud de los interesados y hasta el momento de la remisión del expediente al Superior, se podrán dictar las medidas cautelares que fueren pertinentes⁴.

El texto alude a aquellos casos en que, o bien no se han dictado medidas cautelares durante el curso del proceso, y ellas resultan necesarias luego de la sentencia por tener acreditada en forma fehaciente la verosimilitud en el derecho de la parte afectada, o bien porque aún cuando fueron dictadas, éstas tenían por objetivo resguardar el derecho hasta el momento de la sentencia definitiva.

En la práctica tribunalicia lo más frecuente es que suceda lo primero ya que, si bien en todos los casos en que se dictan medidas cautelares en las acciones de amparo se otorgan “hasta que se dicte sentencia definitiva en autos”, no ocurre que la contraparte requiera su levantamiento al momento de la sentencia, máxime cuando el juez ha hecho lugar a la acción.

En tal caso, la norma resulta de utilidad, ya que el art. 177 del CCAyT en su segundo párrafo establece “quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable”, y el art. 178 menciona que pueden ser solicitadas antes, simultáneamente o después de deducida la demanda”. Si bien en la práctica podían ser requeridas en cualquier etapa del proceso, la recepción normativa del artículo 19 de la ley 2145 no resulta ociosa.

³ D'Argenio, Inés, *op. cit.*, p. 111.

⁴ El proyecto presentado por la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires añadía: “Lo propio podrá realizar el tribunal de alzada antes de remitir las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia”.

III.- Propuesta

Luego de haber compartido con ustedes mi parecer sobre la regulación de las medidas cautelares en la ley local de amparo, me gustaría que nos preguntemos si dicha norma vino a reglamentar o a restringir la garantía otorgada en el artículo 14 CCABA. En particular, quiero proponer que esta Comisión recomiende declarar irrazonable al mandato de conferir un traslado previo a la resolución sobre una medida cautelar por la eventual afectación de un servicio público o función esencial de la administración. Asimismo, y *en lo relativo a los nuevos recaudos para la concesión de las medidas cautelares*, creo que resultaría oportuno sugerir como pauta axiológica a la hora de apreciar *el interés público comprometido por la medida que se requiere*, que la función administrativa debe ser una verdadera gestora del derecho, entendido como sistema universal que tiene como eje central el desarrollo del hombre