

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LITIGIOS DE INTERÉS PÚBLICO

The interim measures in Public Interest Litigation

Francisco Martín Flores¹

RESUMEN: En el presente trabajo nos ocupamos de tratar el tópico de las medidas cautelares en litigios de interés público. Se comienza con un análisis sobre las razones que entendemos han convertido al Poder Judicial en el más débil del trinomio, y la necesidad de superar ese paradigma. Luego se aborda la temática del litigio de interés público como especie de proceso colectivo, para luego pasar a tratar las medidas cautelares y las particularidades que han de tener en procesos de especiales características como los tratados.

PALABRAS CLAVE: Litigio de interés público; Procesos colectivos; Medidas cautelares

ABSTRACT: In this paper, we deal with the topic of precautionary measures in public interest litigation. It begins with an analysis of the reasons that we understand have made the Judiciary the weakest in the trinomial, and the need to overcome that paradigm. Then, the issue of public interest litigation is focussed as a kind of class action, and then we move on to the precautionary measures and the particularities that they must have in litigation with special characteristics such as analyzed.

KEYWORDS: Public interest litigation; Class actions; Precautionary measures

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Especialista en Derecho Procesal (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor Responsable en Carrera de Especialización en Derecho Procesal de las Ejecuciones de la Universidad Blas Pascal. Docente Investigador en Universidad Empresarial Siglo XXI. Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 27° Nominación de la ciudad de Córdoba (por concurso). Mail personal: fmartinflores@outlook.com

Introducción:

Pretendemos desde estas líneas introducir algún concepto acerca de las medidas cautelares en los litigios de interés público, para lo cual es necesario, previo a ello, definirlo como aquel en el que se ventilan derechos fundamentales, tendientes a generar algún cambio proveniente de los poderes políticos. Es decir, se trata de litigios cuya materia versa sobre aspectos históricamente vedados al conocimiento del Poder Judicial, pero que una nueva ingeniería de los procesos, a la luz de los Tratados Internacionales, de la Constitución Nacional, y de la nueva legislación civil, los convierten no sólo en una útil herramienta, sino necesaria a los efectos de velar por derechos fundamentales.

Estos derechos fundamentales que señalamos son los que conciernen, bien a sujetos de preferente tutela (tal el caso de consumidores, personas en situación de discapacidad, personas en situación de calle), o aun a la protección de bienes colectivos (como ocurre con el medio ambiente).

Como vemos, la índole de los derechos que se busca proteger en este tipo de litigio apunta necesariamente a los poderes políticos, quienes por alguna razón -trataremos de ver cuáles-, han postergado los mandatos tendientes a la protección de los sujetos y bienes que arriba aludimos. Esta especial característica impone a los jueces la superación de la vieja idea de que lo que era privativo de los poderes políticos no podía de ninguna manera ser conocido, menos aún analizado, por los poderes judiciales.

Desde otro costado, una vez superado ese primer escollo -que no es menor-, la identificación del interés público impone otra serie de obligaciones para el juzgador. Para comenzar, la necesidad de un gerenciamiento del proceso muy diferente al que corresponde a los procesos individuales, la apertura a nuevos métodos de debate hasta ahora desconocidos -que incluyan a gran cantidad de sujetos-, la utilización de herramientas tecnológicas, y todo sin descuidar el derecho de defensa en juicio que asiste a todos los contendientes, lo que se logra no solo escuchando a la totalidad de los frentes intervinientes, sino también, elevando la calidad argumentativa de las decisiones que se adoptan.

Sobre la definición de “Interés Público”, enseña Ucín:

El interés público no se refiere, entonces, a un cuerpo de leyes, sino a quien o a quienes representan las abogadas y abogados que por él abogan. O mejor aún, se trata de un enfoque del Derecho, que persigue lograr la ampliación en el goce de los derechos y de la participación ciudadana. Su defensa se dirige en especial, entonces, a los grupos de personas subrepresentados, a los más desfavorecidos en el reparto del poder. Así, puede verse como, más allá de la defensa de ciudadanas y ciudadanos de escasos recursos, este campo ha venido a englobar una serie de objetivos: derechos y libertades civiles, protección ambiental, derecho de los consumidores, minorías, discapacitados y ancianos, entre otros (Ucín, 2018, p. 763/799).

Una definición del mismo es importante y útil sobretodo a los fines de lo que arriba aludiéramos como un aspecto esencial para el juzgador: la identificación del interés público. No obstante, ocurre que a veces la identificación del interés público es sencilla, y como hemos referido, el principal escollo no es sino la voluntad del juzgador de entrometerse en aspectos que son privativos de los poderes políticos.

I) ¿Poderes políticos vs. Poder Judicial?

Es probable que esta especial característica del Poder Judicial (“prohibición” de entrometerse en asuntos propios de los poderes políticos), histórica, por cierto, genere una especie de complejo de inferioridad del Poder Judicial, toda vez que se trata del poder estatal que no ha sido elegido popularmente. Remarcamos el entrecomillado de la locución “prohibición”, toda vez que la misma no surge del texto constitucional, sino que es más bien una construcción conceptual del principio de división de poderes.

Ahora bien, es útil que pongamos de resalto que la teoría de la división de poderes, tal y como la conocemos en nuestros días (la propia de Montesquieu) fue el producto de la ideología y la filosofía imperante en una determinada época. Con la visión de otra época también fue incorporada a las distintas constituciones, y destacamos aquellas que sirvieron de fuente directa a la nuestra, como la norteamericana.

Este complejo de inferioridad al que aludiéramos viene de la mano con el sentimiento de culpa, que se traduce en la que muchas veces padece el Poder Judicial al no haber sido elegido popularmente. Vemos, no casualmente, por estos días una fuerte crisis de legitimidad del Poder Judicial. Sin embargo, lo que no estamos teniendo en cuenta es que la no elegibilidad del Poder Judicial no es sino una virtud del orden político. Piénsese en la teoría del gobierno mixto, de la que ya Aristóteles (Aristóteles, 2001) hablaba, desarrollada en Roma, retomada por Santo Tomás de Aquino, y también desarrollada por el propio Montesquieu.

Resulta aún más interesante cuando advertimos que John Locke entendía al Poder Judicial como un apéndice de la corona, y por lo tanto no integraba los poderes del estado, entre los que mencionaba a los poderes ejecutivo y federativo (reunidos en una misma autoridad), y al poder legislativo (Locke, 2003).

Desde otro costado, Montesquieu² (Montesquieu, 1990) sí incluye al Poder Judicial dentro de su teoría de la división de poderes. Ahora bien, lo hace con suma cautela, ya que es prácticamente invisible, y su actividad prácticamente nula, ya que su función radica en ser la boca de la ley, pero el control de la razonabilidad de la misma no estaba contemplado entre sus funciones. Tampoco la paridad con los otros poderes.

² Es necesario recordar que Montesquieu fue juez, cargo al que llegó como generalmente se lograba en esa época, comprándolo. Luego renunció al mismo porque decía no entender el derecho procesal (Montesquieu, 1990).

En síntesis, el Poder Judicial fue diseñado como un poder débil³, y ese es el diseño que se adoptó en las constituciones, cuyas partes orgánicas se han mantenido pétreas, salvo por alguna sencilla modificación de formas. En Estados Unidos se comenzó a limitar la actuación del Poder Judicial ya desde sus inicios, por fuertes presiones tanto del Capitolio como de la Casa Blanca, y así comenzó a imponerse la no intromisión en cuestiones políticas, la no derogación de las normas declaradas inconstitucionales, el efecto *inter partes* de una declaración de inconstitucionalidad.

No es casual, como vemos en muchos de los sistemas de derecho comparado, que la mayoría de los estados ha adoptado un sistema de control de constitucionalidad de tipo “Kelseniano”, en el que el Tribunal Constitucional está fuera del Poder Judicial. Ello porque se entiende que los jueces que integran este Tribunal tienen una visión política, previsor y consecuencialista de la Constitución, de la que los jueces comunes carecen.

Se puede señalar que el adecuado funcionamiento de la democracia supone, entre otras cosas, que los jueces no sean satélites a los poderes políticos. Los sistemas de nombramiento y remoción, la falta de escuelas judiciales que formen futuros jueces a partir de valores democráticos, la discriminación -positiva y negativa- que suele haber en el nombramiento de los jueces, sin duda son factores que no coadyuvan con una visión democrática de la justicia.⁴

¿Y porque hacemos hincapié en la necesidad de ver a la justicia como órgano esencial de la democracia? Porque en el tema que nos ocupa, el Poder Judicial ha de significar un bastión de la democracia, no ha de ser el poder débil diseñado hace siglos. La reformulación del rol del Poder Judicial a partir de la filosofía y la ideología de esta época se torna imperiosa para una protección adecuada y cuidada de los derechos fundamentales.

Y decimos esto, porque la interpretación de los derechos fundamentales también obedece a determinadas estructuras de pensamiento que necesariamente deben rectificarse si queremos que se incluya en la protección a aquellos sectores históricamente desfavorecidos. Los derechos humanos son universales.

II) Traduciendo ideas generales a los institutos procesales:

Hasta aquí hemos referido someramente de que se tratan los litigios de interés público, y hemos hecho referencia a la fuerte necesidad que existe de que los jueces superen el fuerte prejuicio acerca de lo que significa la no intromisión en asuntos privativos del poder político. Esta

³ John Jay, quien fuera presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, renunció a su cargo diciendo que el Poder Judicial era débil, ya que no tenía ni la espada ni la bolsa, frase que devino célebre. Aludía a que el presidente tenía atribuciones para declarar la guerra (la espada) y el Congreso la atribución de sancionar el presupuesto (la bolsa).

⁴ Jackson, en Estados Unidos, propuso la elección por termino y popular de los jueces. Eso se denominó revolución jacksoniana, y tuvo éxito en algunos estados de Norteamérica. En la actualidad, es una idea que se encuentra en franco retroceso, no obstante regir aún en diez estados del norte. La idea de subordinar al juez al poder político, se ha traducido también en concepciones, como “la teoría del juez comprometido”, o la “la teoría del juez político”, a las cuales no referimos por no ser pertinentes con el presente trabajo.

reformulación coadyuvará a que, una vez identificado el interés público, se pueda actuar con libertad e independencia en aras de su protección.

Ahora bien, no debemos perder de vista, en primer lugar, que el litigio de interés público se enmarca dentro de los procesos colectivos. Nos interesa apuntar la definición de Verbic, quien postula respecto a los procesos colectivos:

(...) como una herramienta de activa participación del servicio de justicia del Estado en la delineación de políticas públicas, sobre todo a partir de la protección de derechos de grupos desaventajados y sectores minoritarios que no encuentran respuestas en el marco de los mecanismos políticos de debate. Y en tal entendimiento, el proceso no puede desentenderse del resultado sustancial de sus decisiones (sobre la construcción de los modelos *conflict-solving type* y *policy-implementing type* y las derivaciones de uno y otro en punto al papel que corresponde asumir al juez y las partes (...)) (Verbic, 2007, p.9/10).

Bien sabemos que los procesos colectivos adquirieron especial vuelo a partir del dictado por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del celeberrimo precedente “Halabi” (Fallos 332:111, año 2009). Si bien no se trató del primer caso en el que el Tribunal cimero dictó una sentencia con efectos expansivos, lo cierto es que se trató del primer caso en el cual la Corte sentó las bases hacia el futuro en la materia. No debemos olvidar que fue el primero de los casos en los que se trató la cuestión de los derechos individuales homogéneos como posible objeto de una pretensión colectiva. Hasta ese momento, si bien la Corte había dictado otras sentencias a las cuales le había asignado efecto expansivo, lo cierto es que los derechos individuales homogéneos permanecían al margen, toda vez que se entendía una probable afectación del derecho de propiedad. Ejemplo de estos últimos casos son el caso Ekmedjian (Fallos 315:1492, año 1992), Asociación Benghalensis (Fallos 323:1339, año 2000), Verbitsky (Fallos 328:1146, año 2005), Mujeres por la Vida (Fallos 329:4593, año 2006), Mendoza (Fallos 329:3445, año 2008), entre otros.

Por otra parte, fue recién en “Halabi” que la Corte se ocupó especialmente de determinar cómo debían abordarse los procesos colectivos, lo que antes no era concebible, otorgando un paraguas jurídico -que si bien venía dado por la propia Constitución Nacional- no había sido tratado con precisión por ningún tribunal del país, por lo que resulta de suma importancia remarcar la iniciativa de la Corte en este sentido. No ha de olvidarse que el caso que mencionamos nació como un amparo individual, y que fue recién en la sentencia de cámara cuando se le dio efecto expansivo a la decisión, introduciéndose como “sorpresa”, ya que dicha cuestión no estaba siendo debatida. (Verbic, 2020)

El nuevo modelo procesal abandona la idea binaria y retrospectiva del proceso, abriendo camino no sólo a aspectos procesales vanguardistas, sino también a soluciones de fondo en ese mismo sentido, toda vez que este proceso ha de enfocarse necesariamente en el futuro, y tomar al pasado como un elemento más para la mejor determinación de la solución. Pero ésta es decididamente pensada en clave de lo que deberá suceder, criterio contrario al derecho pensado en clave resarcitoria. De allí que sea necesario para adaptar estas nuevas estructuras a un proceso

uniforme, y recurrir a un mayor poder instructorio por parte de los jueces, ya que, de lo contrario, podríamos caer en la equivocación de tratar problemas colectivos en clave individual.

No debemos perder de vista, a título de ejemplo, que incluso en Estados Unidos se ha abandonado el rol pasivo de los jueces, propio de su sistema adversarial, en aquellos casos de *complex litigation*. La necesidad de tener jueces activos en el gerenciamiento de este tipo de procesos es imperiosa. Siguiendo a Verbic,

(...) parece evidente que el interés social velado tras el conflicto colectivo genera, con mayor fuerza aún que en los casos individuales, la necesidad de que el juez asuma un rol activo, en el manejo de sus poderes instructorios y ordenatorios. Ocurre que frente a las particularidades que presentan los problemas sometidos a discusión y la expansividad que asumirá la decisión a tomar, no resulta plausible la opción de dejar exclusivamente en manos de las partes el resultado del debate (Verbic, 2007, p. 371/372).

La adopción de la lógica individual de los procesos civiles es de altísimo riesgo, toda vez que supone una profunda tentación para el juzgador. Es la solución más cómoda, es la que siempre ha existido, es la que a todos nos han enseñado, y la que todos continuamos enseñando. De allí la dificultad de adoptar, como vengo sosteniendo, una lógica colectiva para resolver un conflicto: porque nuestra mentalidad está aún anclada en la lógica del proceso individual.

No debemos perder de vista, en línea con lo referido en el párrafo anterior, que el rol del juez tal y como lo conocemos en la actualidad hunde sus raíces en el derecho romano canónico del siglo XII, y a partir de este modelo surgieron luego las leyes procesales españolas, que sirvieron de fuente a las que adoptara nuestro país. En consecuencia, se torna necesario comprender este aspecto a los fines de poder avanzar de manera superadora.

Refiriendo al tema que venimos analizando, Sucunza señala:

En numerosos conflictos -especialmente, en justicia de acompañamiento o litigios de interés público-, la estructura no puede ser rígidamente bilateral, sino expansiva y amorfa; la indagación sobre los hechos no es histórica y adjudicativa, sino predictiva y legislativa; la remediación no piensa tanto en el pasado como en el presente y futuro, diseñándose al efecto sobre bases amplias y flexibles y siendo la cosa juzgada mutable y/o colectiva; la composición es negociada; el debate es necesariamente plural, y la materialización de la decisión exige un compromiso continuo del tribunal (Sucunza, 2018, p.19/51).

Hasta aquí hemos desarrollado ya los aspectos propios de los procesos colectivos, las necesidades de adecuación de los institutos de los procesos individuales a las lógicas que han de regir para estos nuevos procesos. Nos proponemos ahora hacer referencia a las particularidades con que han de ser analizadas las medidas cautelares por parte de los jueces a los efectos de su dictado.

III) Medidas cautelares. Generalidades:

Existen numerosas definiciones clásicas sobre éstas, ya que ningún procesalista que se digne de tal ha pasado sin analizar este instituto. Preferimos la moderna denominación que hace referencia a los sistemas cautelares, toda vez que el análisis de las medidas cautelares en cuanto tales, ha encontrado como piedra angular al embargo, lo que denota el carácter estrictamente patrimonialista del derecho procesal, pensado para resolver ese tipo de conflictos. Al hablar de sistemas cautelares, ingresamos en un campo en el que el embargo es una medida más, y adquieren relevancia las medidas innovativas, la prohibición de innovar, las sentencias anticipadas, entre otras.

Sin perjuicio de esta aclaración, Podetti ha definido las medidas cautelares de la siguiente manera:

(...) son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptadas en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo, que puede ser o no definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes (art. 18 C.N.) y para hacer eficaces las sentencias de los jueces (Podetti, 1969, p. 23).

Como requisitos para la procedencia de las mismas, se han enumerado la verosimilitud en el derecho (*fumus bonis iuris*) el peligro en la demora (*periculum in mora*), algunos agregan la contracautela, y otros mencionan que el peligro en la demora no es suficiente, sino que es necesario el peligro en el daño (*periculum in damni*). No obstante, enfocaremos nuestro análisis en los dos primeros, sin perjuicio de que alguna alusión formularemos respecto a la contracautela.

a) Verosimilitud en el derecho:

Este requisito se enfoca en el derecho invocado en la demanda. Supone la apariencia de que el mismo efectivamente existe. Por ello, no se requiere su acreditación exacta, sino elementos sumarios de los que pueda surgir que el derecho invocado como fundamento de la pretensión resultará posiblemente admitido en la resolución de fondo.

En los litigios de interés público, este requisito habrá de ser morigerado cuando estén referidos a aspectos de imposible reparación ulterior. No existe duda alguna, que en materia ambiental es donde mayor envergadura tendrá la flexibilización de este requisito. Empero, esta flexibilización a la que aludo habrá de ser cuidadosamente aplicada por los jueces. Piénsese que en numerosos casos puede importar la suspensión de la vigencia de una ley o de un acto administrativo, por lo que en caso de que la facultad sea mal aplicada, podría incurrirse en abusos que impliquen un verdadero desequilibrio de poderes. Entiéndase que lo que analizamos al inicio de este trabajo no supone perseguir el desequilibrio de poderes en favor del Poder Judicial, sino todo lo contrario, buscar el equilibrio del trinomio empoderando a este último, pero no en desmedro de los restantes.

Los tiempos judiciales y la lógica del proceso individual constituyen la principal amenaza a la protección de los derechos ventilados en un litigio de interés público. Destacamos que muchos de los conflictos colectivos suelen tener en su seno de discusión a personas o bienes de preferente tutela, tal y como lo son los consumidores, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, el medio ambiente.

Por ello, y más en los casos a los que estoy aludiendo, se requiere una participación judicial activa, tendiente a morigerar los posibles efectos disvaliosos que la situación podría llegar a acarrear. Y en este aspecto, volvemos a lo que al principio referíamos: la necesaria identificación inmediata del interés público, a los fines de un despacho cautelar rápido y eficaz, so pena de que el posible derecho conculcado se convierta en irreparable con ulterioridad.

b) Peligro en la demora:

El peligro en la demora, por su parte, también ha de recibir un especial tratamiento. Imaginemos que la actualidad de los procesos en nuestro país está marcada esencialmente por su demora. De allí que hoy este requisito es prácticamente un hecho notorio, que como bien sabemos, en derecho procesal no requieren de acreditación alguna. Sostenemos la idea de que los litigios de interés público deben ser resueltos por medio de procesos estructurados exclusivamente en audiencias, de modo de dar la mayor participación ciudadana posible. Como reflejamos al comienzo, el cambio del método de debate también ha de ser una directriz en la regulación de estos procesos. En caso contrario, el peligro en la demora es de Perogrullo.

De tal guisa, este requisito no sólo que habrá de ser morigerado en su análisis, sino que el cambio del sistema de debate que hemos sostenido, debería transformarlo en un requisito innecesario. Si pensáramos una estructura procesal que no admita mayores demoras o dilaciones, quizá podríamos abandonar a éste como uno de los requisitos para la procedencia de la tutela cautelar.

En sentido coincidente, expresan Sucunza y Verbic:

Por nuestra parte, consideramos que, si bien tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora siguen suponiendo conceptualmente lo mismo, el tipo de conflictos a desactivar y su caracterización incide de forma singular en su análisis y ponderación, enfatizando el carácter preventivo y protectorio de las medidas cautelares (particularmente, por la potencialidad del daño y la magnitud de los intereses en juego). Esta circunstancia se agrava aún más cuando los procesos involucran derechos fundamentales de tutela preferente o versan sobre bienes colectivos (Sucunza & Verbic, 2014, p. 1604).

Ya hemos hecho referencia en el acápite anterior a las medidas cautelares que tienen como principal destinatario al Estado en cualquiera de sus formas, y en cualquiera de sus actos. Es decir, se trate de Estado Nacional, Provincial o Municipal, así como de hechos (actividad, aún lícita) o de actos jurídicos propiamente dichos (como son las leyes, los decretos, u otros actos administrativos).

Sobre este punto, la decisión judicial a adoptar ha de ponderar un enorme abanico de consecuencias. Por ejemplo, tratándose del medio ambiente, los impactos que tiene el dictado de una medida cautelar pueden oscilar entre los económicos para empresas, para trabajadores, así como también la vida y la salud de las personas. La Suprema Corte de Buenos Aires tiene dicho sobre este punto:

La tutela del medio ambiente patrimonio de todos, justifica soluciones expeditivas, usualmente extrañas a los tiempos que suele tomarse la justicia, ya que el deterioro ambiental progresa de modo casi exponencial y las soluciones tradicionales aparecen como inapropiadas para detenerlo, por lo que interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia no debe entenderse como una indebida limitación a las libertades individuales" y que "el peligro de la demora pide una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que llegue a producir el hecho que se pretende evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia (Fundación Ecosur, Ecología, Cultura y Educación para los Pueblos del Sur v. Municipalidad de Vicente López y otro s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, 2010).⁵

Por último, no vacilamos en sostener que el peligro de que una orden judicial no sea dada en un tiempo razonable, ha de ser erradicado.

IV) Vicisitudes de los sistemas cautelares en litigios de interés público:

Abordaremos ahora algunas otras cuestiones que podrían ser análisis de algún trabajo más profundo en esta temática específica.

Medidas innominadas. Ya he mencionado en un apartado anterior que este tipo de medida es el que se erige como el de mayor importancia en el tipo de proceso que analizamos, por sus especiales características. No debemos perder de vista que estos procesos, por lo general, no suponen cuestiones patrimoniales *stricto sensu*, por más que dichas cuestiones pudieran subyacer a la pretensión principal. Destacamos en este punto la ola de juicios a lo largo y a lo ancho del país que tiene como eje el valor de los llamados "autoplanes". Si bien en estas pretensiones subyace la cuestión patrimonial, lo cierto es que el interés público está en la determinación acerca de si una cláusula puede o no resultar abusiva, en contratos masivos, y con consumidores como integrantes del sinalagma contractual.

Claro está, en medidas de este calibre, el deber de fundamentación se acentúa aún más, lo que la propia Corte Suprema se ha encargado de esclarecer: Que, en tal sentido, interesa destacar

⁵ También, Ac. 72.267, "Mitchell, Mary I. L. y otros v. Municipalidad de Junín s/ inconstitucionalidad ordenanza 6187/2012", del 13/11/2013; Ac. 71.446, "Fundación Biósfera y otros v. Municipalidad de La Plata s/ inconstitucionalidad ordenanza 10.703", del 24/5/2011, entre otras. Y para agregar: Suprema Corte Buenos Aires, Ac. 54.665, "Pinini de Pérez, María del Carmen v. Copetro s/ daños y perjuicios", del 19/5/1998, entre otras.

previamente que la cautelar innovativa 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 (Fallos: 316:1833; 320:1633). Que, ello es así con mayor razón cuando -como en el caso de autos- **la cautelar es tomada en el marco de un proceso colectivo** (*sic*) pues, por sus efectos expansivos, resulta imprescindible acentuar la apreciación de los parámetros legales exigidos para su procedencia ya que, las garantías del debido proceso y la igualdad ante la ley se ven particularmente comprometidas. (Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A., 2014) ⁶

¿Bilateralización? Otro aspecto que entendemos oportuno mencionar es el correspondiente al “contradictorio” en medidas cautelares en esta clase de litigios, y en especial, cuando tienen al Estado como sujeto pasivo. Sobre ello, la ley 26.854 contiene una disposición que requiere que el Estado, previo al dictado de una medida cautelar en su contra, presente un informe circunstanciado sobre la situación fáctica que se ventile, a los fines de que el juez pueda tener un mejor panorama del *thema decidendum*.

Si bien esa ley contiene un sinnúmero de disposiciones limitativas, y a nuestro juicio inconstitucionales⁷, no es menos cierto que la idea de bilateralizar el dictado de una medida cautelar cuando el interés público está en juego, y deba ser el propio Estado quien deba cumplimentar una manda, no parece nada descabellado, y suma al necesario equilibrio que ha de existir entre los poderes del estado. Recordemos en este punto, y en línea con lo que hemos venido desarrollando, que Berizonce ha sostenido que el ejercicio del poder cautelar genérico ha suscitado no sólo resquemores doctrinarios sino sendas preocupaciones por parte de legisladores e integrantes de la Administración, quienes ven con honda preocupación el “avance desmedido de los jueces” (Berizonce, 2010).

Sobre este aspecto, enseña Verbic:

(...) encontramos ciertas medidas cautelares que tienden a incidir sobre la conducta de la parte demandada mediante una orden de hacer o no hacer (prohibición de innovar, orden de innovar). Es en torno a estas medidas que sugiero repensar hasta dónde resulta necesario y conveniente su dictado sin previo contradictorio. Ello así por diversas razones. En primer lugar, porque la noticia anticipada de la restricción que habrá de padecer el cautelado no influye del mismo modo que en los supuestos analizados anteriormente. En estos casos, al cautelado no le basta con insolventarse. Más aun, éste no tiene forma de desembarazarse de lo que viene si no es mediante el cumplimiento de lo pedido en carácter de medida cautelar; lo cual, a lo sumo, tornaría abstracta la cuestión y solucionaría en forma indirecta (y más rápida) el problema del cautelante. En segundo lugar, porque las eventuales consecuencias privadas y públicas de la traba de la medida suelen ser más

⁶ En este caso la Corte revocó la decisión de las instancias inferiores que habían hecho lugar a un pedido de medida cautelar innovativa interpuesto por la parte actora, aunque la revocación fue por entender que la actora carecía de legitimación para formular un reclamo de esas características. Este fallo, además, es reconocido por ser el creador del Registro de Acciones Colectivas.

⁷ El art. 3 prohíbe el dictado de la tutela anticipada. También la norma contenida en el art. 5 exige la fijación de plazo de duración de la medida eventualmente trabada. A ello sumamos el efecto suspensivo del recurso de apelación, en el art. 13.

graves que en los otros supuestos. Detener la explotación minera desarrollada en cierta zona geográfica, por poner un ejemplo actual, no sólo puede afectar a la empresa que la lleva adelante sino también a los trabajadores e incluso al país entero en términos macroeconómicos. Por último, cabe adunar que las mandas contenidas en las providencias cautelares de este tipo suelen ser de carácter personalísimo y sumamente específicas, lo cual impide sustituir la medida por otra menos perjudicial para el cautelado. En virtud de lo expuesto, entiendo que resulta conveniente -al menos en línea de principio- correr un traslado con carácter previo a resolver sobre pretensiones cautelares que encuadren en este segundo grupo (Verbic, 2009).

La caución. Finalmente, la cuestión de la contracautela es el último de los requisitos a ponderar en la traba de una medida. Venimos diciendo que el tipo de cuestiones que se ventilan en este proceso conduce a morigerar la exigibilidad de los requisitos de toda cautelar. La contracautela no está exenta de esta posibilidad. Y es que si analizamos los posibles derechos conculcados (ambientales, consumidores, salud, etc.) y los conjugamos con la cautelar solicitada, es un requisito del que tranquilamente podría prescindirse. Vale agregar que muchos de estos procesos tramitan con beneficios de gratuidad, como ocurre, por ejemplo, con los procesos de consumo, beneficio que no sólo es comprensivo del pago de tasas y contribuciones iniciales del juicio, sino que también abarca la eximición de prestar contracautela frente al pedido de medidas cautelares. Idéntico razonamiento ha de aplicarse, por mas que no estuviere previsto legislativamente, cuando quienes intervengan sean sujetos en situación de vulnerabilidad, en una mirada que conjugue nuestras normas procesales con los Tratados Internacionales. No se puede desconocer que existe un plexo convencional que brinda una fuerte protección a personas en situación de discapacidad, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, que no pueden quedar desprotegidos por la pretendida idea ritual de pagar una tasa para poder acceder a la justicia.

V) Conclusiones:

Nuestro trabajo se ha centrado, en primer lugar, en intentar desmitificar la idea de que el Poder Judicial no puede entrometerse en cuestiones atinentes a la regulación de las políticas públicas. Por otra parte, hemos enfatizado en la necesidad de una rápida identificación del interés público a los fines de un rápido despacho de medidas cautelares. Asimismo, hemos destacado como las medidas cautelares operan de una singular manera en litigios de interés público.

El Poder Judicial, y el proceso, no pueden nunca estar desconectados de la realidad, no pueden desatender a los mas desfavorecidos, ni desconocerles la posibilidad de acceder a la justicia y obtener la tutela de derechos fundamentales. Desconocer esa idea importa desconocer normativa convencional que obliga a todos los operadores del derecho a actuar en dicho sentido.

No debemos olvidar que el proceso se ha de comportar consciente de encontrarse dentro de una democracia, que garantice participación igualitaria a los ciudadanos. Es desde ese lugar, al decir de Ucín, que el proceso ha de comportarse como un “microcosmos democrático” del Estado de

Derecho (Ucín, 2020), y hacia allí han de apuntar los esfuerzos tendientes a obtener reformas que coadyuven a la existencia de reglas claras en la temática que hemos abordado.

Bibliografía:

Aristóteles, (2001), *La Política*, Madrid: Alba.

Berizonce, R. O, (2010), Tutela judicial efectiva y medidas de urgencia, ¿cogobierno judicial?", en J. Peyrano, *Medidas cautelares* (p. 58), Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Locke, J. (2003), *Ensayo sobre el Gobierno Civil (Concerning Civil Government, Second Essay an Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government)*, Traducido por Sergio Albano, Buenos Aires: Gradifco SRL.

Montesquieu, (1990), *Del espíritu de las leyes*, México: Porrúa.

Podetti, R. J. ,(1969), *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires: Ediar.

Sucunza, M. A., (2018), Constitucionalización del Derecho y Reforma a la Justicia no penal: Interpelaciones y Aportes en pro de una (Re) Ingeniería Procesal Igualitaria, Responsable y Democrática, en J. A. Rojas, *Análisis de las bases para la reforma procesal civil y Comercial* (p. 19-51), Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Sucunza, M. A., & Verbic, F., (2014), Medidas cautelares en procesos colectivos: ausencia de régimen adecuado y modulaciones necesarias, Abeledo Perrot N° AP/DOC/1604/2014, 1604.

Ucín, M. C., (2018), La trama policéntrica del litigio de interés público, en J. A. Rojas, *Análisis de las bases para la reforma procesal civil y comercial* (p. 763-799), Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Ucín, M. C., (2020), [www.academia.edu](https://www.academia.edu/43098750/Dimensi%C3%B3n_democr%C3%A1tica_y_deliberativa_del_proceso_judicial_de_Inter%C3%A9s_P%C3%BAblico?auto=download&email_work_card=download-paper). Obtenido de https://www.academia.edu/43098750/Dimensi%C3%B3n_democr%C3%A1tica_y_deliberativa_del_proceso_judicial_de_Inter%C3%A9s_P%C3%BAblico?auto=download&email_work_card=download-paper

Verbic, F.,(2007), *Procesos Colectivos*, Buenos Aires: Astrea.

Verbic, F., (2009), *Sustanciación previa de ciertas pretensiones cautelares en el marco del proceso colectivo ambiental*. Recuperado el 18 de 08 de 2020, de Academia.edu: https://www.academia.edu/3715535/Sustanciaci%C3%B3n_previa_de_ciertas_pretensiones_cautelares_en_el_marco_del_proceso_colectivo_ambiental

Verbic, F., (2020), [www.classactionsargentina.com](https://classactionsargentina.com/2020/03/31/lecturas-de-la-sentencia-de-la-cs-jn-en-halabi-la-pretension-individual-promovida-por-ernesto-halabi-el-desarrollo-del-tramite-y-una-sorpresa-decision-2-14/). Obtenido de <https://classactionsargentina.com/2020/03/31/lecturas-de-la-sentencia-de-la-cs-jn-en-halabi-la-pretension-individual-promovida-por-ernesto-halabi-el-desarrollo-del-tramite-y-una-sorpresa-decision-2-14/>