**LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN ARGENTINA**

**Por Pedro Aberastury**[[1]](#footnote-1)

**1. Introducción**

Un principio del Estado de Derecho, para que sea considerado como tal, es que el Estado monopolice el uso de la fuerza por lo que un individuo frente a un conflicto con un tercero, no puede hacerse justicia por mano propia sino que debe recurrir al proceso judicial para obtener el reconocimiento de su derecho en crisis. El proceso, por tanto, es esencial al Estado de Derecho. Es necesario asegurar sus atributos para que, socialmente, sea reconocido como un factor de armonía de sus habitantes. En caso contrario, el caos prevalecerá y el Estado no podrá ser reconocido como tal.

Los principios jurídicos que permiten explicar la equivalencia entre el ejercicio de la fuerza por parte del Estado y los derechos fundamentales son inherentes a nuestro sistema jurídico. En el Preámbulo de la Constitución de 1853, los constituyentes de esa época expresaron las finalidades tenidas en mira para dictar la Constitución y una de las ideas prevalecientes fue la de *afianzar la justicia*[[2]](#footnote-2).

*Afianzar la justicia* encierra un concepto valorativo que se entrelaza con la consolidación del bienestar general y para lograrlo, tanto en las relaciones entre privados como entre éstos para con el Estado, la igualdad ante la ley debe ser permanente ya que, en un Estado de Derecho, ambas partes se encuentran obligadas a respetarla y someterse a ella; cuando ello no sucede o cuando la justicia no contribuye a su reconocimiento aflora la desconfianza de la sociedad. No debe olvidarse, como afirma Cassagne, que “el Estado de Derecho no es algo dado sino que es construido por el hombre”[[3]](#footnote-3).

La tutela judicial es uno de los principales remedios que ha prevalecido para enfrentar estas crisis y si una de ellas se presenta, la reacción de la justicia es determinante para volver a su cauce el río desbordado ya que constituye el medio para controlar a los restantes poderes.

Sin embargo, aún en situaciones de normalidad, el fortalecimiento del derecho a la tutela es necesario para que prevalezca la confianza sobre el sistema y ello se logra evitando situaciones de desigualdad.

La tutela del procedimiento administrativo y del proceso judicial se han vuelto una de las más importantes garantías para que se respeten los derechos reconocidos, tornándose en definitoria la incorporación del instituto del amparo, en el art. 43 de la Constitución Nacional, en la reforma de 1994.

 Ello no empece a la permanencia de obstáculos, tanto formales como sustanciales, para poder ocurrir a la justicia. Una breve mención de ellos serían aquellas regulaciones que determinan la imposición de cumplir medidas previas, tales como el agotamiento de la vía administrativa, la duración de los procesos y la efectiva ejecución de las sentencias, entre otras.

La Constitución Nacional no condiciona el acceso a la justicia cuando se trata de demandar al Estado; sin embargo desde un principio se lo condicionó ya sea por la creación del mecanismo de la venia legislativa, por la institución del reclamo administrativo previo, en 1900, cuando se dictó la ley 3952 de demandas contra el Estado, y luego con el dictado del decreto ley 19549, en 1972, por un gobierno de facto que, aunque significó un gran avance para el procedimiento administrativo, no sólo ratificó el reclamo administrativo previo sino también creó el agotamiento de la vía administrativa como medio previo idóneo para controlar los actos administrativos.

Finalmente, la reforma que introdujera la ley 25.344, expandió la necesidad de interponer en sede administrativa un reclamo administrativo previo, prácticamente para todos los supuestos de demandas resarcitorias contra el Estado, lo cual significó la institucionalización de barreras formales complejas y superfluas para acceder a la justicia y, asimismo, generalizó el plazo de caducidad, de 90 días hábiles judiciales, también a los reclamos.

A estos obstáculos formales se les adiciona la falta de una norma clara para que el Estado cumpla las sentencias en que se lo condena al pago de una suma de dinero, en la medida que el art. 22 de la ley 23289 estableció un sistema formalmente idóneo pero que ha dado lugar a un tortuoso reconocimiento sin olvidar la emergencia estatuida por el legislador desde 1991 y que aún perdura, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado. Vivimos en emergencia desde hace muchos años, ignorando si se encuentra justificada o de que se trata pero con la sola finalidad que el Estado no cumpla con las obligaciones a su cargo.

Lo que surge de estas apostillas es que, cuando del Estado se trata, el legislador ha creado una serie de condicionamientos formales para el acceso a la justicia y conforme nuestro criterio, en contra de los principios de *progresividad* y *pro homine.*

**2. El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el ordenamiento argentino**

En la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, no encontramos la mención en forma expresa del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva pero ello no empece a reconocer su existencia. Se trata de integrar el reconocimiento de dicho derecho, contenido en forma expresa en los Tratados de Derechos Humanos incorporados por obra del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional[[4]](#footnote-4), a los derechos y garantías que se encuentran en el Capítulo I, Primera Parte, sin perjuicio de reconocer que el art. 33, que protege los derechos y garantías no enumerados específicamente, permiten tal interpretación y como afirma Cassagne tiene pleno reconocimiento doctrinario[[5]](#footnote-5).

La integración de los Tratados no es directa sino que es de acuerdo a las condiciones de su vigencia, conforme la doctrina emanada del caso *Giroldi,*  del 7 de abril de 1995[[6]](#footnote-6) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En otro precedente ha reivindicado la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos al derecho interno expresando que “debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”[[7]](#footnote-7).

En el caso *Casal*[[8]](#footnote-8) se realizó una integración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2.h) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.5, debiendo mencionarse la aplicación del principio de progresividad, en el considerando 22 del voto de la Dra. Carmen Argibay, donde se hace referencia al caso de la Corte Interamericano de Derechos Humanos, in re *Herrera Ulloa*[[9]](#footnote-9)*.*

Muchas veces sucede que el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva se lo desconoce por aplicación de normas jerárquicamente inferiores por lo que su existencia, como principio, derecho y garantía, debe hacérsela valer frente a justificaciones que conllevan la finalidad de colocar a los actos del Estado por sobre los derechos tutelados constitucionalmente de los particulares al tratar de justificar la preeminencia del Estado con el objeto de desconocer los derechos de los ciudadanos, situación que no se condice con un Estado republicano y democrático, donde impera el principio de la igualdad ante la ley.

Tanto la ley como los actos que se dicten en su consecuencia deben encontrarse jerárquicamente subordinados a la Constitución. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Pedraza*, del 6/5/2014, expresó: “El derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento, tal como lo reconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (artículo 75, inc. 22), como ser, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25.2.a) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1)”[[10]](#footnote-10).

Aunque lo expuesto en el párrafo precedente es de una verdad indubitable, muchas veces ello se ha desconocido en la medida que se cuente con la existencia de un Ejecutivo fuerte, propio de la exacerbación del sistema Presidencialista, del cual nuestra Constitución se encuentra imbuida, y que la reforma de 1994, en contra de la finalidad querida por los constituyentes, terminó fortaleciéndolo.

El Estado interviene para evitar ser controlado tanto por el órgano legislativo como por el judicial y, para ello, en caso de que el partido gobernante tenga mayoría parlamentaria, la única vía de contención es la del Poder Judicial. Por ello, necesita reglamentar su intervención con el objeto de restringir el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y eso se logra dificultando y condicionando el acceso a la instancia judicial y, dentro de la misma, restringiendo la protección del derecho del particular antes del inicio del proceso como durante su transcurso colocando vallas: se logra con el denominado agotamiento previo de la vía administrativa[[11]](#footnote-11), los plazos breves de caducidad para accionar judicialmente[[12]](#footnote-12), restringiendo la protección cautelar o desmereciendo el proceso de ejecución de la sentencia.

Lo descripto sintéticamente son alguno de los elementos que desmerecen el principio de la Tutela Judicial Efectiva pero, también, podemos encontrarnos con leyes que reglamentan, muchas veces en contra de la Norma Fundamental, su ejercicio y, en la mayoría de las veces, apelando a cuestiones formales no es revertido por los jueces en forma idónea.

Es necesario adoptar una visión crítica para analizar el sistema establecido y verificar que la Tutela Judicial Efectiva, cuando recibe reconocimiento tanto constitucional como internacionalmente en los Tratados de Derechos Humanos[[13]](#footnote-13), se le debe reconocer la categoría de Derecho Fundamental que tiene por significancia que su existencia no sea cercenada ni comprometida por ordenamientos locales; el análisis de cualquier reglamentación que la afecte, debe ser realizado de modo restrictivo y con un filtro de razonabilidad estricto.

La Tutela Judicial Efectiva ha sido caracterizada por la Corte Interamericana de Derechos humanos como un derecho que exige al juez que adopte las medidas necesarias para evitar “dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”[[14]](#footnote-14).

Se trata de un instituto que constituye un principio fundamental de un Estado republicano y democrático y que, a su vez, es un derecho que emerge como garantía[[15]](#footnote-15).

En la medida que el acceso a la instancia judicial ha sido considerado como un derecho fundamental de protección, tiene plena aplicación en el proceso e incluye que el acceso a la vía judicial sea pleno y conlleve la eficacia suficiente para concretarlo. Asimismo, en caso de que se obtenga una sentencia favorable, que la misma no se la desconozca y que pueda ser ejecutada. Para que esto último pueda ser cumplido, en numerosas ocasiones y por la propia duración de un proceso, es necesario arbitrar medidas para que no se desnaturalice el derecho verosímilmente conculcado, medidas que tienen naturaleza cautelar ya que previenen los posibles perjuicios que pueden ser ocasionados.

Es por ello que hemos sostenido que “La tutela cautelar constituye un medio inescindible de la Tutela Judicial Efectiva pues sin ella se transforma, muchas veces, en ilusoria la posibilidad de obtener protección judicial durante la sustanciación de un proceso. Conforma un presupuesto del derecho a la defensa en juicio y, como tal, es accesoria a la pretensión principal”.[[16]](#footnote-16)

Nuestro país ha sido claro en la línea de la defensa del ser humano y los derechos que se le conceden, no sólo a partir de la Asamblea del Año XIII en que se declaró la libertad de vientres sino en la Constitución de 1853 en cuanto en el artículo 15 declaró que en la Nación Argentina no hay esclavos. Para entender los alcances de este sistema hay que tener en cuenta que el art. 16 elimina las prerrogativas fortaleciendo el derecho a la igualdad. Por tanto, en el Siglo XXI que transcurre no puede ya negarse que todos los particulares tengan derechos y los derechos fundamentales no pueden ser desconocidos a través de reglamentaciones que los desnaturalicen; las potestades públicas no pueden socavarlos de tal manera que se llegue, en lo fáctico, a la prohibición de su ejercicio.

El articulo 16 expresa que “todos sus habitantes son iguales ante la ley” y, de esta forma, establece las pautas del sistema que se reflejan en el derecho procesal y que es de particular importancia para el derecho administrativo pues es la herramienta de revisión de las potestades públicas. El restablecimiento de la igualdad entre las partes es clave para el reconocimiento de la tutela judicial efectiva.

El análisis de constitucionalidad y de convencionalidad debe conducir a una interpretación que compatibilice los intereses en pugna por parte del juez, imparcial e independiente. Uno de los instrumentos más utilizados lo constituye el control de proporcionalidad para poder colocar al denominado interés público en armonía con los intereses privados. Ya no se trata de que prevalezca uno sobre otro, sino que se integren estos intereses de una manera que se permita atender a cada uno de ellos.

En toda sociedad republicana y democrática, la independencia del Poder Judicial es un requisito indispensable para compatibilizar e integrarlos. Hemos sostenido que “Esa independencia significa que el juez, al ejercer sus funciones, debe estar libre de la intromisión de los otros poderes del Estado. La existencia del Estado de Derecho requiere un poder judicial independiente y libre de cualquier sospecha de parcialidad”[[17]](#footnote-17).

Nótese que la utilización de la contraposición de valores, para justificar restricciones a los derechos de los particulares, se realiza bajo conceptos indeterminados por lo que su revisión es materia de análisis a través de la ponderación no sólo de la razonabilidad sino también de la proporcionalidad, pero siempre teniendo presente la cuestión fáctica que se discute pues, de lo contrario, no se podrá ponderar la adecuación de las medidas con la finalidad de la reglamentación en crisis.

**3. El reconocimiento del acceso a la justicia en la Argentina**

El acceso a la justicia, en nuestro ordenamiento constitucional, lo encontramos en la Primera Parte de nuestra Constitución de 1853/60, titulado “Derechos y garantías”, donde los "*derechos*" podemos conceptualizarlos como aquellos que constituyen las libertades públicas aseguradas a los ciudadanos y habitantes[[18]](#footnote-18) y a las "*garantías*"[[19]](#footnote-19) como todas aquellas herramientas de protección de los derechos y libertades.[[20]](#footnote-20)

En el caso *Fernandez Arias c/ Poggio*, del 19 de septiembre de 1960[[21]](#footnote-21), la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos queda sujeto a lo que se denominó control judicial suficiente, para impedir que actos provenientes del poder público queden sustraídos a toda especie de revisión ulterior; interpretó que el art. 18 de la Constitución Nacional incluye la garantía a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia[[22]](#footnote-22). Se consagró en este precedente que el mero acceso formal a la justicia no podía considerarse como un resguardo del debido proceso y para ello se ponderó no sólo las vías de acceso sino el aspecto fáctico del alcance de la revisión. Ello permitió revertir la doctrina jurisprudencial que hacía prevalecer lo formal sobre lo sustancial.

En la disidencia de Pedro Aberastury (p) – Luis M. Boffi Boggero, se agregó como fundamentación, en el considerando 6°, “Que el art. 95 (hoy 109) de la Constitución Nacional guarda una relación íntima con el ya citado 18, de modo que se tornarían inconstitucionales las normas que no otorgasen al menos una instancia judicial para el debate de los intereses jurídicos en pugna. Es precisamente por ello que uno de los suscriptos ha expuesto en Fallos, t. 244, p. 548: "Que el sistema constitucional reposa en el principio de la "división" o "separación" entre los poderes, uno de cuyos extremos consiste en la prohibición de que el Ejecutivo, por sí o mediante resoluciones emanadas de organismos que actúen en su órbita, realice "funciones judiciales" (art. 95, Constitución Nacional; González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", núm. 184). Ese fundamental principio constituye una valla contra los avances de la Administración sobre la Justicia, los que han gravitado en variados momentos y lugares de la evolución histórico-institucional (Calamandrei, Piero, "Estudios sobre el Proceso Civil", Editorial Bibliográfica Argentina, 1946, ps. 343 y siguientes)".

La disidencia, por tanto, se ocupó de reforzar la argumentación relativa al menoscabo a los derechos constitucionales de los particulares, en la medida que el control judicial llamado a ejercer no fuera sustancial cuando se afectara la separación de poderes y reserva, previsto en los entonces artículos 67, inc. 11, así como el 100 de la Constitución Nacional (hoy 75 inc. 12 y 116, respectivamente) (cfr. Considerando 2)[[23]](#footnote-23).

De acuerdo con ello, Joaquín V. Gonzalez, en relación a la Constitución de 1853/1860, expresó que los derechos y garantías no son simples fórmulas teóricas sino que los jueces debían aplicarla en plenitud de su sentido, *“sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto”.*[[24]](#footnote-24)

Esta línea se ha visto reforzada luego de concluida la II Guerra Mundial, pues el acceso a la justicia ha sido materia de preocupación; ha sido objeto de una regulación de mayor alcance. Cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948[[25]](#footnote-25) cuyo Artículo 8 dispone que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” y el Artículo 10 que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Asimismo, estas ideas fueron incorporadas en distintos ordenamientos constitucionales continentales tales como el art. 41 de la Constitución de la Unión Europea, el art. 24 de la Constitución italiana de 1947[[26]](#footnote-26) y la Constitución española de 1978[[27]](#footnote-27). A nuestro entender la mayor amplitud y trascendencia de la garantía al acceso a la justicia es la contenida en el art. 19.4. de la Ley Fundamental alemana de 1949[[28]](#footnote-28) pues el artículo 19 plantea no sólo el tema sobre la restricción a los derechos fundamentales sino el derecho a poder recurrir a la justicia cuando se trata del accionar del poder público.

La Ley Fundamental de la República Federal alemana retrata uno de los aspectos que hacen al entorno del presente trabajo, tal cual es el accionar del Estado mediante el uso de sus potestades, los remedios que contiene el ordenamiento constitucional y procesal y como corresponde, dentro de este contexto, su interpretación en la medida que dicho accionar desconozca derechos fundamentales y los restantes derechos albergados en el plexo constitucional.

Lo esencial, a nuestro criterio, es el desconocimiento del derecho fundamental de permitir el acceso a la justicia, tal como lo expresara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baena*[[29]](#footnote-29)*.* La relectura del leading case *Fernandez Arias*, actualmente, debe ser realizada a la luz de la reforma constitucional de 1994, que incorporó en el art. 75 inc. 22 las Convenciones de derechos humanos, debiendo resaltar que ha excedido su simple contenido procesal para transformarlo en un derecho fundamental; esta amplitud de contenido y de sustancia es lo que nos permite encontrarla comprendida dentro del *Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*.

Su alcance no sólo comprende el acceso a la justicia, que según el caso *Fernandez Arias* consiste en el reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer demanda ante el juez natural, el pleno ofrecimiento y producción de prueba, el dictado de una sentencia que considere los principales argumentos conducentes a la solución del caso a lo cual hoy debemos agregar que sea sin mayores condicionamientos, en forma sencilla y breve y que, en caso de una sentencia condenatoria contra el Estado, se incorporen las herramientas necesarias para obtener su pleno cumplimiento.

**4. Los Tratados de Derechos Humanos**

Hemos expresado que los constituyentes de 1994 no incorporaron como Nuevos Derechos y Garantías a la Constitución federal una norma que reconociera, en forma expresa, el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva pero sí incorporaron el artículo 43, que establece la acción de amparo ante la existencia de una conducta arbitraria e ilegal del Estado, incorporando constitucionalmente la doctrina pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, originada en el caso *Siri*[[30]](#footnote-30), de 1957, receptando la procedencia del amparo como acción procesal que tutela los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, cuando se encuentra acreditada su restricción, para que sean restablecidas “por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias", ampliándola, luego, en el caso *Kot[[31]](#footnote-31)*, contra actos emanados de particulares.

El caso *Siri* significó la incorporación de un mecanismo de tutela básicamente latinoamericano y que tuvo su origen en México, en la constitución de Querétaro, habiendo sido receptado en diversos países latinoamericanos, aunque con distintos nombres y alcances, tales como Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Venezuela y Perú.

Como hemos afirmado anteriormente, el efecto de la incorporación de la acción del amparo al texto constitucional ha significado que “*ha dejado de ser una figura procesal para conformar un derecho y una garantía constitucional ...*En consecuencia, tanto los remedios previstos en forma expresa en el artículo 43 de la Constitución Nacional como todos aquellos que tienen por objeto poder controvertir actos emanados de los poderes públicos, encuentran su protección en este nuevo derecho creado por el constituyente de 1994 que lo podemos designar como *el derecho de tutela* y que se configura como *el reconocimiento constitucional de la posibilidad de peticionar, en forma eficaz, ante un tribunal de justicia, la protección de los derechos constitucionales ya sea por el propio afectado o a través del ejercicio de los derechos de incidencia colectiva sin trabas formales que imposibiliten su ejercicio”[[32]](#footnote-32).*

Pero este derecho de tutela debe ser confrontado con las normas de naturaleza supranacional, integradas a nuestro texto constitucional por el artículo 75 inciso 22, donde corresponde resaltar la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948[[33]](#footnote-33), que establece el derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[[34]](#footnote-34), que entrara en vigor 23 de marzo de 1976, cuyo artículo 2 estableció el deber del Estado, ante la violación de derechos o libertades reconocidos en el Pacto, a posibilitar la interposición de un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[[35]](#footnote-35), en cuyo Artículo XVIII se concibió al Derecho de Justicia de la siguiente forma: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos[[36]](#footnote-36), que dispuso la Protección Judicial en el artículo 25, y que expresó que “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...”.

Este artículo debe ser interpretado conjuntamente con el art. 8, referido a las Garantías Judiciales, en cuanto el inc. 1 expresa: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” y esta garantía fue ampliada tanto al procedimiento administrativo como al proceso judicial que no tuviera naturaleza penal, pues “Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” conforme lo decidido en el caso Baena ya citado (CIDH, párrafo 127) y que fuera expresamente receptado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Losicer (consid 8º), del 26 de junio de 2012[[37]](#footnote-37).

La Corte Suprema ya se había referida a que esta tutela también se la debía aplicar en el procedimiento administrativo en el caso *Astorga Bracht*, del 14 de octubre de 2004, consideró que resultaba violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva todo procedimiento administrativo que impida el acceso a la justicia[[38]](#footnote-38). Por ello, la doctrina la ha denominado Tutela Administrativa Efectiva[[39]](#footnote-39).

A ello se suma la normativa contenida en el Artículo 63 del Pacto de San José en cuanto dispone que: “1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

Por último debe destacarse que en el Artículo 68 se establece que los Estados Partes se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte y que la Corte Suprema ha establecido su carácter vinculante pero con las limitaciones contenidas en el caso Fontevecchia, del 14 de febrero de 2017[[40]](#footnote-40).

**5. La Efectividad del Acceso a la Justicia**

El acceso a la justicia, sin mayores calificativos, no es suficiente para tener por configurado el derecho a un proceso adecuado que permita sostener que se ha dado cumplimiento al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Si sólo se trata del establecimiento de una herramienta formal, ésta no es suficiente para resguardar tal derecho fundamental como hemos visto en el ya referido caso *Fernandez Arias*.

Para poder calificar como idóneas a las vías procesales que permiten acceder al proceso y transcurrirlo en su totalidad hasta lograr una sentencia que sea cumplida, debemos examinar aquellas que el legislador nacional regula y compararlas con la adjetivación que la Convención Americana, entre otras, prevé en cuanto la obligación que se establezca un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo. De lo que se trata es de disponer de las vías procesales que reúnan estos parámetros.

En cuanto a la sencillez del recurso, nos remitimos a lo señalado por Ibañez Rivas en cuanto “El Tribunal no ha desarrollado un concepto específico sobre la sencillez del recurso. No obstante, frente a los hechos de cada caso, la Corte ha analizado los recursos concernidos concluyendo, previa indicación de sus características, si son sencillos o no a la luz de la Convención Americana. Con relación a la rapidez, el Tribunal ha señalado que el recurso debe resolverse “dentro de un plazo que permita amparar la violación […] que se reclama” (Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 245). Asimismo, conforme se anticipó en la introducción al presente capítulo, en ciertas oportunidades la Corte ha tomado como base el artículo 7.6 de la Convención Americana, sobre el derecho a la libertad personal, que exige proteger a través de un recurso que sea decidido por un juez o tribunal competente “sin demora”. … En todo caso, el recurso judicial que se adecue a las exigencias de sencillez y rapidez debe ser, conforme se ha indicado líneas arriba, también efectivo, en los términos desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal”[[41]](#footnote-41).

Efectividad y eficacia conllevan que el recurso judicial previsto por el legislador nacional sea capaz de lograr el efecto esperado y, en el caso, se trata de conseguir el resultado de resguardar el derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

En el caso *Hussar*[[42]](#footnote-42), la Corte Suprema, luego de reiterar la doctrina emanada del leading case *Fernandez Arias* en el considerando 21, define a la eficacia como un conjunto de reglas destinadas a proteger los intereses de los administrados ante los posibles desvíos o excesos del poder público en su accionar hacia el cumplimiento de su objetivo específico de satisfacer el interés público. Y complementa este concepto en el considerando 40), en cuanto la garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, si no que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional; así lo exige, por lo demás, el propósito de "afianzar la justicia" enunciado en el preámbulo de la Constitución Nacional (Fallos: 298:312; 300:1102; 302:299; 311: 1644; Fallos: 315:1779, voto del juez Fayt).

Unos años antes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había señalado en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sobre excepciones preliminares, que los Estados Parte de la Convención “se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), los cuales deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1)”

En efecto, en las Opiniones Consultivas 8/87 y 9/87 la Corte IDH, interpretando el artículo 25 argumentó que se trataba de una disposición de carácter general que hacía referencia al instituto del amparo, entendido como un procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención.

Como refiere Ibañez Rivas “si bien la primera versión de esta disposición se limitaba a consagrar la protección judicial sólo para los derechos establecidos en la Constitución y las leyes del país respectivo, durante los trabajos preparatorios, el gobierno de Chile planteó que el artículo “e[ra] insuficiente” al no referirse a los derechos reconocidos por la Convención, y propuso la respectiva modificación sobre la base de la formulación del citado artículo 2.3 de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la cual fue finalmente aprobada”[[43]](#footnote-43).

El art. 25 de la Convención Americana establece las garantías que deben resguardarse en las vías procesales que establezca el legislador nacional que resguardan, necesariamente, al juez natural para la sustanciación del recurso judicial y el cumplimiento de la sentencia.

Estas garantías, todas de carácter formal, se encuentran y se encontraban previstas en nuestro sistema constitucional. El problema ha sido la interpretación que de las mismas se ha venido realizando, algunas veces para profundizar las garantías y otras para desnaturalizar su sustancia como se ha puesto de resalto en el caso *Castañeda Guzman*[[44]](#footnote-44). Todo ello sin perjuicio de la discrecionalidad del legislador nacional para establecer los criterios que abrían de seguirse en la admisibilidad de los requisitos de los recursos[[45]](#footnote-45).

Debe hacerse notar que cuando las condiciones generales del país o cuando, en la práctica, queda demostrada la inutilidad de las herramientas procesales, la Corte IDH ha declarado la ineficacia de las mismas. Teniendo en consideración que los precedentes de este Tribunal regulan aspectos, muchas veces, que no se refieren al contencioso administrativo, tales como los de naturaleza penal, no configuran una interpretación aplicable que permita tenerlos como holding del tema que nos encontramos tratando; cabe traer a colación aquellos casos en el que el debate se centra en la protección de un derecho que se ubica dentro del derecho administrativo. Así debe recordarse el caso *Cantos vs Argentina*, en cuanto la Corte IDH consideró que el derecho a la Tutela Judicial Efectiva no se encontraba resguardada en la medida que la tasa de justica y los honorarios profesionales fueran excesivamente altos, en tanto se tomó como medida el monto de la litis lo que configuraba un elemento obstructor de la efectiva administración de justicia[[46]](#footnote-46).

Por ende, recurrimos al caso *Claude Reyes* en cuanto el voto del Juez Sergio García Ramirez admitió una etapa administrativa y otra judicial pero en la medida que las garantías fueran observadas en todas las etapas, no justificando que en la desarrollada en sede administrativa no se respeten las mismas so pretexto de la revisión posterior que se pudiera realizar[[47]](#footnote-47).

Por lo expuesto, la revisión del cumplimiento de los remedios procesales en cuanto sencillez, rapidez y efectividad, no sólo depende de la reglamentación asignada por el legislador nacional sino a la situación fáctica de que se trate por lo que es idóneo referirse, también, a las condiciones sociales, culturales, económicas o de etnias, entre muchas otras, y que por ellas no pueden tener un eficaz acceso a la justicia como se dejó planteado en el caso *Furlan vs Argentina[[48]](#footnote-48)*.

Como expresa Descalzi, “Queda en evidencia, también, que la evolución de las condiciones sociales tienden a imponer a través del prisma de la utilidad, un proceso eficiente y eficaz como el proceso "debido". Esto se trasluce desde las necesidades perentorias de justicia: cuando los procesos son inadecuados para lograr resultados útiles en tiempo oportuno, tanto los litigantes como los operadores procurarán procesos más adecuados. Respalda esta afirmación una "cuestión constitucional", que surge de los instrumentos internacionales con esa jerarquía, que impone a los estados-parte (y a sus estados federados también) el deber de proveer una tutela judicial eficaz mediante procesos adecuados, so riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por la omisión”[[49]](#footnote-49).

**6. La efectividad de la sentencia**

Las sentencias contra el Estado Nacional siempre fueron objeto de conflictividad en la medida que no se aceptaba que un Juez pudiera imponer coacción al Estado Nacional aunque esta apreciación se presentó como contradictoria, en la medida que esa conflictividad tiene lugar cuando se trata del cobro de una suma de dinero.

En efecto, cuando se ha tratado de que se cumpla una medida que afecta la libertad de una persona, ya sea mediante el instituto de habeas corpus o por cualquier otra medida, el papel del Juez es relevante y el Ejecutivo, quien debe cumplir la medida, no ha presentado objeciones para cumplirla. Por tanto, la conflictividad aparece en el proceso contencioso cuando se trata de suspender o disponer la nulidad de un acto administrativo. Esta afirmación es fácilmente demostrable en la medida que el instituto de la emergencia ha impedido el cumplimiento del pago de acreencias, aún a la fecha y ello ha traído por consecuencia que, para algunos supuestos, una suma de dinero demore más de 25 años en ser abonada en efectivo[[50]](#footnote-50).

Esta demora, evidentemente irrazonable, ha sido desafortunadamente convalidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y afecta el derecho a la Tutela Judicial Efectiva en tanto la sentencia de fondo, como acto jurisdiccional válido, en lo fáctico, se la despoja del poder de *imperium* que debe contener impidiendo el control y su razón de ser, que es poner fin a un conflicto entre las partes declarando el derecho que les asiste.

Esta polémica se remonta a las discusiones que dieron lugar a la sanción de la ley 48 y al dictado de la ley 3952, en cuanto allí se dispuso que las sentencias dictadas contra el Estado Nacional tenían carácter de declarativas[[51]](#footnote-51).

En todo proceso el medio previsto para la ejecución de una sentencia es la coacción resultante del *imperium* del Juez pero, en el contencioso administrativo, el ejercicio de este poder se encuentra restringido, no sólo por el legislador al disponer una medida de emergencia sino también porque el juzgador se encuentra en la disyuntiva de dar prevalencia al interés individual, reconocido por la sentencia, por sobre el interés público y la razonabilidad de continuar con tal proceder.

Hemos referido que este interés público, siempre invocado por el Estado, no es el interés del gobernante de turno sino el de todos los gobernados por lo que tanto su invocación como su reconocimiento debe contener la prudencia necesaria para no incurrir en desmedro de los derechos reconocidos y las facultades otorgadas por la Constitución Nacional al juzgador.

Establecer los límites de las potestades públicas es una cuestión muy controvertida, más aún cuando el juzgador se enfrenta a un Ejecutivo fuerte, pero de la conducta que resulte victoriosa dependerá la subsistencia del Estado de Derecho y su reconocimiento como tal. De allí la necesidad de independencia e imparcialidad.

El artículo 109 de la Constitución Nacional debe ser interpretado junto con el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la medida que el conocimiento de las causas en las cuales el Estado sea parte no pueda ser desmembrado de la garantía de su cumplimiento; esta interpretación armónica del control judicial conforma también el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y fortalece el derecho fundamental de acceder a la Justicia..

El interés público, en cuanto al cumplimiento de una manda judicial, siempre se encuentra en juego, pero ello no impide que se de prevalencia a la sentencia por sobre el mismo y, en caso que nos encontremos ante una reglamentación que comprometa su cumplimiento sólo podrá ser admisible si no contiene, en el plano fáctico, la prohibición de su ejercicio ya sea en forma directa o en forma indirecta al diferirla en el tiempo violando la razonabilidad de su cumplimiento.

Como hemos venido sosteniendo, el efecto declarativo se encuentra actualmente fuera de discusión por lo que el artículo 7º de la ley 3952 ya no se aplica; lo que está en discusión es el límite de su ejercicio[[52]](#footnote-52) y que en lo fáctico, en variadas ocasiones, la conducta procesal no nos conduzca a un resultado que implique el no cumplimiento de una sentencia en un plazo razonable. En consecuencia, disponer que una sentencia sea cumplida de modo distinto a cualquier otra obligación del Estado conlleva el desconocimiento del derecho a la igualdad y que el particular deba soportar un daño sin tener esta obligación a su cargo.

**7. La tutela judicial efectiva cautelar**

La Tutela Judicial Efectiva comprende diversos contenidos que pueden darse en un proceso, que ya hemos hecho referencia. Los encontramos en el momento no sólo de acceder al proceso y en las etapas previas que deben ser obligatoriamente recorridas por el administrado sino también en el cumplimiento de la sentencia.

En nuestro ordenamiento se resalta que, en lo formal, el acceso a la justicia se encuentra garantizado por la existencia de vías procesales idóneas para accionar cuando del Estado se trata. Pero por encontrarse comprometido un derecho que ha sido caracterizado como fundamental, debe comprender no sólo lo formal sino lo fáctico en un plano de realidad pues, de lo contrario sólo ponderaremos abstracciones y no su efectividad y eficacia.

La tutela judicial para que sea efectiva, no sólo se refiere a la posibilidad de ejecutar la sentencia sino que las partes se encuentren en paridad de armas durante la sustanciación del proceso. Por ello se torna esencial, como un elemento que es parte de la Tutela Judicial Efectiva, brindar protección mediante el dictado de medidas provisionales, durante la sustanciación del procedimiento administrativo (ya que su recorrido es necesario en nuestro ordenamiento para poder acceder a la instancia) y del proceso judicial, para que una sentencia que, finalmente, reconozca un derecho que el Estado pusiera en crisis, no se transforme en letra muerta como, también, para que los daños que ocasione dicha medida puedan ser evitados o minimizados[[53]](#footnote-53) por otorgar ejecutoriedad al acto administrativo lo que ocurre en numerosos ordenamientos latinoamericanos[[54]](#footnote-54).

La efectividad de la sentencia, como extroversión del ejercicio de la jurisdicción, contiene, por tanto y para el tema que se examina, dos elementos: a) el aseguramiento del bien comprometido y, b) evitar que se altere la igualdad de las partes en el proceso conforme la aplicación del principio de paridad de armas.

Esto conduce a afirmar que las medidas asegurativas se encuentran alcanzadas y forman parte del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva[[55]](#footnote-55) y que las normas que lo reglamenten no deben desvirtuarlas, de tal manera que aparezcan como una prohibición al juzgador o una restricción al poder de *imperium* judicial.

Lamentablemente, estos elementos han sido desvirtuados en nuestro ordenamiento legal federal. En efecto, cabe hacer referencia a la ley 26.854, llamada de “Medidas Cautelares”, sancionada el 24 de Abril de 2013 y promulgada el 29 de Abril de 2013, dentro de un paquete de seis leyes denominadas en conjunto “Democratización de la Justicia”[[56]](#footnote-56) conforme a las cuales se intentó controlar la independencia del juez, no sólo al crear cámaras de casación por sobre las cámaras federales existentes sino a través de la integración del Consejo de la Magistratura para obtener una mayoría política en dicho órgano y, de esta manera, tener el control disciplinario de los jueces lo cual no se logró, merced a las decisiones judiciales que fueron convalidadas por la Corte Suprema in re *Rizzo*, del 18/6/2013, que declaró la inconstitucionalidad de la ley 26.855 que había reformado la modalidad de integración del Consejo de la Magistratura[[57]](#footnote-57), a lo que se sumaron diversas Acordadas de la Corte Suprema que colocaron en su justo límite lo normado en las leyes 26.853[[58]](#footnote-58), 26.855[[59]](#footnote-59), 26.856[[60]](#footnote-60) y 26.857[[61]](#footnote-61), declarando, inclusive, su inaplicabilidad o restringiéndolas de tal forma que, aunque formalmente vigentes, podríamos arriesgarnos a decir que se han tornado pragmáticamente inaplicables. La resistencia de los jueces frente a la colonización de la justicia que se intentara desde el Poder Ejecutivo, merced a contar con un Poder Legislativo mayoritario, fue determinante para que ello no sucediera.

Por otra parte, la ley 26.854 ha quedado subsistente y como demostración fáctica del incumplimiento al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, me referiré sucintamente a ciertos aspectos que contiene pero resaltando que no se ha tratado de un intento aislado o que pueda considerarse original. En efecto, durante el gobierno de facto del General Onganía, que separó a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se sancionó el Decreto ley 16.986/66 que, bajo la apariencia de reglamentar la acción de amparo, creada pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Siri,* las excepciones que creó, en su artículo 2, fueron de tal magnitud que, en lugar de dictar una ley regulatoria del amparo, lo que creó fue una regulación del desamparo y, a través de un mecanismo procesal otorgó efecto suspensivo a las medidas cautelares dictadas por el Juez de primera instancia hasta que fueran confirmadas por el tribunal de apelación.

Igualmente, se afectó el *imperium* del juez en materia de medidas cautelares, ya dentro de un gobierno democrático, cuando se dictó la ley 25.453 (2001), que agregó un nuevo párrafo al art. 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para evitar que se sancione a los funcionarios que no acaten las órdenes judiciales[[62]](#footnote-62). Como este agregado se consideró insuficiente, el decreto 1387/2001 agregó el artículo 195 bis, que transformó el mecanismo de obtención e impugnación de las medidas cautelares[[63]](#footnote-63).

También se puede recordar el dictado de la Ley 25.587, del año 2002, en pleno “corralito”, por la cual se trató de evitar el efecto de la escapada de fondos en forma permanente merced a medidas cautelares dictadas por la justicia, por lo que se la denominó “ley antigoteo” apelando a regulaciones de tipo procesal que restringían el *imperium* del juez, estableciendo un efecto suspensivo de los recursos que se interpusieran contra una medida que receptaba de manera cautelar la posibilidad de hacerse del dinero “acorralado” en las instituciones financieras. Asimismo, solo se permitía el dictado de la medida de prohibición de innovar, regulada en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y derogaba el art. 195 bis del mismo, suspendiendo por 120 días el dictado de todas las medidas cautelares y sentencias definitivas dictadas en los procesos judiciales por el [Decreto N° 1316/2002](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=76187).

En virtud de estos antecedentes, podemos afirmar que la actual ley de medidas cautelares 26.854 no fue innovadora, abrevó en estos lamentables precedentes y buscó reglamentar el *imperium* del juez de tal manera de evitar el dictado de medidas cautelares o paliar sus efectos por lo que es importante que su examen se realice a partir del art. 28 de la Constitución en cuanto los principios, garantías y derechos reconocidos no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio y, precisamente, los arts. 18 y 43 son los que garantizan el derecho a la Tutela Judicial Efectiva junto con los Tratados integrados a la Constitución Nacional.

La protección del derecho en crisis que afecta a un particular frente al accionar estatal, no sólo en el procedimiento administrativo sino también en el proceso judicial, debe ser sustanciado cuidando de no alterar el principio de *progresividad* y el principio *pro Homine*[[64]](#footnote-64). Estos principios han sido recogidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso Lociser[[65]](#footnote-65), reivindicando el control de convencionalidad[[66]](#footnote-66).

Asimismo, las sentencias dictadas por la Corte IDH tienen una directa incidencia en la protección de dichas garantías[[67]](#footnote-67) a través de la aplicación de su doctrina como también por la labor a cargo de la Comisión, como órgano de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el marco del control de convencionalidad[[68]](#footnote-68). La Corte IDH ha expresado que todo Estado Parte de la Convención “ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención”[[69]](#footnote-69).

Consideramos, por tanto, que dentro del concepto de Derecho a la Tutela Judicial Efectiva se encuentra no sólo desterrar la existencia de vallas procedimentales para acceder a la justicia sino permitir una relación de igualdad de las partes durante la sustanciación del proceso. Uno de los componentes de esta paridad se encuentra en la posibilidad de que el Juez pueda dictar medidas cautelares para que el proceso tenga efectividad y eficacia evitando alterar el principio de progresividad cuando se dictan cuerpos legales pues toda interpretación contraria o que restrinja la protección de los derechos configurará una violación al Tratado.[[70]](#footnote-70)

No debemos olvidar que el origen de la presunción de legitimidad es, precisamente, darle ejecutoriedad al acto administrativo evitando el control previo del juzgador por lo que este principio debe ceder cuando nos enfrentamos a un desequilibrio entre la protección de los derechos y las potestades de la administración. La igualdad de armas es necesaria y se trata de un principio reconocido pero, en el caso que la acción se plantee contra el Estado, es necesario que esta paridad se reestablezca con medidas asegurativas que impidan la subsistencia del agravio mientras dura el procedimiento administrativo o el proceso judicial.

Un proceso que tramita por la vía ordinaria demora, generalmente, varios años y la lucha se presenta como desigual cuando se trata de discutir las potestades públicas del Estado. El juez no puede desoír esta desigualdad procesal y por ello se encuentra a su disposición el dictado de medidas cautelares que, por un lado, permitan asegurar el resultado y por el otro, permitan evitar la producción de daños totalmente innecesarios.

 La Tutela Judicial Efectiva cautelar es una institución que conforma y se encuentra ínsito dentro del derecho a la Tutela Judicial Efectiva por lo que su afectación o restricción afecta sus principios.

La facultad discrecional del juez para ejercer con un límite de ponderación, razonabilidad, adecuación y proporcionalidad el dictado de una medida cautelar es necesaria y no debe ni puede ser restringida por el legislador, prohibiendo su ejercicio o limitándolo, ya que esta actividad es propia y son facultades exclusivas y excluyentes que la propia Constitución le asigna para el ejercicio de su labor.

No se trata de otorgar al juez facultades legislativas ni sustituir la actividad discrecional de la administración sino sólo posibilitar dictar las medidas que permitan que el particular pueda acceder eficazmente a la justicia y transitarla hasta la obtención de la decisión final.

El accionar gubernativo utiliza las potestades públicas que el Estado administra en pos de un bienestar general que puede no conformar a todos o que perjudica a unos para beneficiar a otros, por lo que la ponderación se torna conflictiva por los valores en juego, que exceden una controversia entre intereses particulares. Las medidas cautelares, que el Juez puede decretar durante la sustanciación de un proceso, deben ponderar la ubicación del fiel de la balanza donde, por un lado, se encuentra el interés público comprometido y, por el otro, el derecho del particular. Pero no por ello se le debe restringir al Juez la facultad de control de la administración ya que, de lo contrario, se desconocerá el derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva y, precisamente, de eso se trata el Estado de Derecho.

Las medidas cautelares se encuentran reconocidas en el derecho internacional en el art. 63.2 de la Convención Americana[[71]](#footnote-71) mediante la posibilidad de adoptar medidas provisionales, conforme el art. 27 de su Reglamento[[72]](#footnote-72), que son dispuestas por la Corte o por su Presidente en el caso que no se encuentre reunida.[[73]](#footnote-73)

Para su dictado, la reglamentación establece que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables.

Por ello, podemos concluir que en el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva cautelar la eficacia, para evitar daños y colocar en un campo de protección al particular frente a la potestad del Estado, no sólo tiene naturaleza supranacional sino constitucional.

**8. Colofón**

En el caso *Almonacid Arellano*[[74]](#footnote-74)*,* la Corte IDH sostuvo que: “la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Interamericana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de la convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Si una norma no respeta el principio de *progresividad* y el principio *pro homine*, el art. 2º de la Convención dispone que el Poder Judicial, como aplicador de la ley tiene la opción clara de cómo resolver un caso particular cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, pues el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella y no puede evadirse alegando el incumplimiento al derecho interno”[[75]](#footnote-75).

La Opinión Consultiva 11/90, en el párrafo 28, sostiene: “En materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal” y, en el caso *Baena*, la Corte IDH expresamente refirió que su aplicación, no es sólo referida al derecho penal sino a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral fiscal o de cualquier otro carácter[[76]](#footnote-76).

De esta manera tanto el control de convencionalidad como la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención, implican por un lado suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio[[77]](#footnote-77) y el dictado de normas que permitan su efectiva observancia[[78]](#footnote-78).

Cassagne ha expresado que: “la Corte Suprema tiene dicho que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe perjudicar los derechos de terceros (*alterum non laedere)* y que se trata de un principio general aplicable a todo el Derecho y no sólo al Derecho Privado”[[79]](#footnote-79). El Estado no puede ir mas allá de la ley, tanto supranacional como nacional, por lo que la tutela del Estado de Derecho se logra con la efectividad del acceso a la jurisdicción, derogando las trabas que restringen su acceso pero no basta ello para alcanzar la eficacia sino que es necesario dotar al proceso judicial de medidas idóneas que así lo permitan.

1. Doctor de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Administrativo. Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Administrativo – Facultad de Derecho - UBA -. Ex -Profesor Titular de Derecho Administrativo - Universidad de Belgrano-. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.www.aberastury.com [↑](#footnote-ref-1)
2. “Preámbulo. Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina”. [↑](#footnote-ref-2)
3. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Estado Populista,* ed.B de F, Montevideo, 2017, pag.42. [↑](#footnote-ref-3)
4. Este reza: “22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. [↑](#footnote-ref-4)
5. CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa,* ed. Marcial Pons,Buenos Aires, 2009, pag.98. [↑](#footnote-ref-5)
6. . Fallos: 318:514 Cfr. Asimismo, *Bramajo,* del 12/9/96, *Arce,* del 14/10/97, y *Acosta* del 22/12/98, entre otros [↑](#footnote-ref-6)
7. La jurisprudencia y la doctrina constitucionales no parecen estar de acuerdo acerca de si los tratados internacionales con jerarquía constitucional tienen, en rigor, esa misma jerarquía u otra inferior (causas "Petric" Fallos: 321:885; A.533.XXXVIII "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros", y E.224.XXXIX "Espósito, Miguel Angel s/ incidente de la prescripción penal", pronunciamientos del 24 agosto y 23 de diciembre de 2004, respectivamente). Asimismo, la Corte expresó que “De tal modo los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución, aunque el constituyente no ha hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución (causa "Monges" Fallos: 319:3148, considerandos 20, 21 y 22)”. [↑](#footnote-ref-7)
8. Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa, del 20/9/2005. Fallos: 328:3399. [↑](#footnote-ref-8)
9. "Herrera Ulloa v. Costa Rica", Serie C 107 Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 2 de julio de 2004 (párrafo 35). [↑](#footnote-ref-9)
10. Fallos: 337:530. [↑](#footnote-ref-10)
11. CANOSA, Armando, *Influencia del Derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa,* en Rev. ED t. 166 p. 988. [↑](#footnote-ref-11)
12. CASSAGNE, Juan C., *Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional*., Revista El Derecho, T. 45, p. 829. [↑](#footnote-ref-12)
13. Que los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effet utile) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos” Cfr. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 37; Caso Vargas Areco, supra nota 2, considerando sexto, y Caso Goiburú y otros, supra nota 1, considerando sexto. [↑](#footnote-ref-13)
14. *Cfr.* *Caso Bulacio Vs. Argentina*, *supra* nota 5,párr. 115. [↑](#footnote-ref-14)
15. “La Convención Americana produce efectos vinculantes respecto de un Estado una vez que se obligó al mismo. De esta manera, de conformidad con el principio de pacta sunt servanda, sólo a partir de esa fecha rigen para el Estado las obligaciones del tratado y, en tal virtud, es aplicable a aquellos hechos que constituyen violaciones de carácter continuo o permanente, es decir, a los que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del tratado y persisten aun después de esa fecha, puesto que ellas se siguen cometiendo. Sostener lo contrario equivaldría a privar de su efecto útil al tratado mismo y a la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia”. Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C Nro. 209, párr. 24. Cfr. Diegues, Jorge A., La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, LA LEY 31/12/2012, Cita Online:AR/DOC/5987/2012. [↑](#footnote-ref-15)
16. ABERASTURY, Pedro, *La Justicia Administrativa*, ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pag. 329. [↑](#footnote-ref-16)
17. ABERASTURY, Pedro, *La Justicia Administrativa*, op. Cit., pag. 41. [↑](#footnote-ref-17)
18. . “Tres categorías de derechos: los derechos de primera generación fueron y continúan siendo los clásicos derechos civiles y políticos y los de tercera generación son los derechos sociales, económicos y culturales y en el siglo XX también se enmarcan dentro de estos últimos al derecho a la paz, a la cultura, a un medio ambiente sano "podrían titularse los derechos colectivos". BIDART CAMPOS, German, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*., ed. Ediar, 1995,Tomo I, pag. 322. [↑](#footnote-ref-18)
19. . *“*El amparo constituye una "garantía en el mas estricto sentido de la palabra, es decir, como procedimientos específicos para la tutela judicial sumaria y efectiva de los derechos humanos". VANOSSI, Jorge R, *La Constitucion Nacional y los Derechos Humanos*, EUDEBA,1985, pag. 22. [↑](#footnote-ref-19)
20. . Las Declaraciones pueden comprender Derechos y Garantías. Tal sucede con la abolición de la esclavitud, que importa una declaración, un derecho y una garantía. Los Derechos suelen ser garantizados". ANTOKOLETZ, Daniel, *Tratado de Derecho Constitucional y Administrativo*, Tomo I, 1933 ed. la Facultad, pag. 215. [↑](#footnote-ref-20)
21. Fallos: 247:646, “Recurso de Hecho deducido por Poggio, Marta del Campo de; Poggio, José Victor; y Saavedra Delia Josefina de Poggio de, en la causa Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión”, del 19/09/1960. [↑](#footnote-ref-21)
22. Con cita de Fallos: 193: 135; 209:28; 246: 87, consid. 9° (Rev. La Ley, t. 48, p. 264, fallo 23.298 y t. 98, p. 289, fallo 44.740]). [↑](#footnote-ref-22)
23. ABERASTURY, Pedro, *La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos,* en Rev. La Ley Número Especial, “El caso Angel Estrada”, 2005-III, del 31/08/2005. [↑](#footnote-ref-23)
24. Citado en *Spota* Alberto A., *Ensayo sobre la doble naturaleza jurídica del amparo constitucional*, en Revista de Derecho Procesal 4 T.1, pag. 15. [↑](#footnote-ref-24)
25. Resolución 217 A (III). [↑](#footnote-ref-25)
26. Artículo 24: “Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos. La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento. Se garantizan a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinara las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales”. [↑](#footnote-ref-26)
27. Artículo 24: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. [↑](#footnote-ref-27)
28. Artículo 19 [Restricción de los derechos fundamentales] (1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial. (3) Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas. (4) Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, frase 1.19.4.”. Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, frase 1”. Traducción: Prof. Dr. Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungs wissenschaften Speyer. [file:///C:/Users/pedro/Documents/AWORD%20nuevos/artículos/constituciones/Ley%20Fundamental.pdf](file:///C%3A/Users/pedro/Documents/AWORD%20nuevos/art%C3%ADculos/constituciones/Ley%20Fundamental.pdf) Fecha 17-05-2017. [↑](#footnote-ref-28)
29. CIDH, Baena Ricardo y otros v. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001, (Fondo, Reparaciones y Costas) considerandos 120, 144 y 156, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\_72\_esp.pdf. [↑](#footnote-ref-29)
30. . Fallos: 239:459. [↑](#footnote-ref-30)
31. Fallos: 241:291. [↑](#footnote-ref-31)
32. ABERASTURY, Pedro, *La Justicia Administrativa,* op. cit, pag. 54. [↑](#footnote-ref-32)
33. A.G. Res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71(1948). [↑](#footnote-ref-33)
34. A.G. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 1711. [↑](#footnote-ref-34)
35. OAS Res. Xxx, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimpreso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/ IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992). [↑](#footnote-ref-35)
36. Serie sobre Tratados, OEA, No. 36,1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, reimpreso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6.rev.1 p. 25 (1992). [↑](#footnote-ref-36)
37. Fallos: 335:1126. [↑](#footnote-ref-37)
38. Fallos: 327:4185. [↑](#footnote-ref-38)
39. CANOSA, Armando, *Alcance de la denominada tutela administrativa efectiva*, en Revista de la Administración Pública, N° 323, p. 75 y ss. (en part. p. 78). [↑](#footnote-ref-39)
40. SJ 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso “'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [↑](#footnote-ref-40)
41. IBAÑEZ RIVAS, Juana María, *Protección Judicial –Artículo 25, en Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada,* Coordinadores Christian Steiner – Patricia Uribe, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nacion (México)– Konrad Adenauer Stiftung, 1ra ed. México, pag. 615. [↑](#footnote-ref-41)
42. Fallos 319:2215, del 10/10/1996. [↑](#footnote-ref-42)
43. IBAÑEZ RIVAS, Juana María, *Protección Judicial –Artículo 25, en Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada,* op. cit. pag. 612. [↑](#footnote-ref-43)
44. *Caso Castañeda Gutman vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184. [↑](#footnote-ref-44)
45. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú,* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 126. [↑](#footnote-ref-45)
46. Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina.* Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85. [↑](#footnote-ref-46)
47. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, [↑](#footnote-ref-47)
48. La Corte sostuvo que: “268. En el presente caso la Corte resalta que los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”. Cfr Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246. [↑](#footnote-ref-48)
49. DESCALZI, José Pablo, *Eficiencia y eficacia del proceso. Tutela anticipada en el caso "Pardo"*, DJ13/06/2012, 11, Cita Online: AR/DOC/1627/2012. [↑](#footnote-ref-49)
50. Fallos: 337:1234. [↑](#footnote-ref-50)
51. Las sentencias que disponen el reconocimiento de una determinada situación jurídica pueden ser clasificadas en sentencias constitutivas o de condena. Lo que distingue a unas y a otras es que las constitutivas tienen por objeto la determinación del derecho y se agotan en sí mismas mientras que las de condena, tienen la necesidad de ser ejecutadas en la medida que imponen una obligación de dar, hacer o no hacer, refiriéndose que éstas no sólo declaran el derecho sino que ordenan su efectivo cumplimiento. HUTCHINSON, Tomas, *La sentencia en los juicios administrativos: efectos y ejecución,* en Revista de Derecho Público, ed. Rubinzal Culzoni, Proceso Administrativo III, 2004-1-pag. 75. [↑](#footnote-ref-51)
52. . “Si se reglamentara el imperium del juez, para que fuera válida no deberá llegarse a la prohibición de ejercerlo pues de lo contrario se encubriría a través de ella una limitación al ejercicio del poder asignado por la Constitución Nacional, en forma irrazonable”. ABERASTURY, Pedro, *La suspensión de la ejecución de las sentencias contra el Estado,*  Rev. La Ley 1989-D- Sec. Doctrina- pag. 1375. [↑](#footnote-ref-52)
53. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas" (caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá" I sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafos 124 y 127)”. [↑](#footnote-ref-53)
54. Cfr. ABERASTURY, Pedro – BLANKE, Hermann-J., Coordinadores, *Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa*, ed. Eudeba-Fundación K. Adenauer, 2012, Bs. As. [↑](#footnote-ref-54)
55. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública,* ed. Abaco, Buenos Aires, 2002, pag. 29. [↑](#footnote-ref-55)
56. Las restantes fueron: Ley 26.853, de Créanse de Cámaras Federales de Casación, Ley 26.855, de modificación del Consejo de la Magistratura, ley 26.856 de Publicación íntegra de acordadas y resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ley 26.857, que modifica la ley 25.188 de ética en el ejercicio de la función pública , Ley 26.861, de Ingreso democrático e igualitario al Poder Judicial. [↑](#footnote-ref-56)
57. Fallos: 336:760. Es reconfortante recordar la disidencia de los jueces Carmen M. Argibay y Enrique S. Petracchi en cuanto sostuvieron que “El cumplimiento de la finalidad prevista en la ley 26.855 -en cuanto modifica la integración del Consejo de la Magistratura y establece la elección directa por sufragio universal de los representantes de los jueces, abogados, académicos y científicos-, de ampliar la base democrática de la elección de los miembros del cuerpo respecto de aquéllos que no surgen directamente del sufragio universal, se contrapone frontalmente con la voluntad popular expresada en la Convención Constituyente de dejar atrás un esquema semejante, que había regido hasta 1994, en el que los órganos políticos (legislativo y ejecutivo) monopolizaban las decisiones que actualmente son competencia del Consejo de la Magistratura, lo que implicaría vaciar de contenido la decisión plasmada en el art. 114 de la CN. [↑](#footnote-ref-57)
58. Acordada 23/2013. [↑](#footnote-ref-58)
59. Acordada 26/2013. [↑](#footnote-ref-59)
60. Acordada 24/2013. [↑](#footnote-ref-60)
61. Acordada.25/2013. [↑](#footnote-ref-61)
62. Reza el art. 195 del Codigo Procesal Civil y comercial: “Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente. El escrito deberá expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que corresponden, en particular, a la medida requerida. Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”*.* [↑](#footnote-ref-62)
63. "Articulo 195 bis Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales de entidades estatales, éstas podrán ocurrir directamente ante la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION pidiendo su intervención. Con el pedido deberá acompañarse copia simple suscripta por el letrado de la representación estatal del escrito que dio lugar a la resolución y de los correspondientes a la sustanciación, si esta hubiese tenido lugar y de la medida cautelar recurrida. La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION podrá desestimar el pedido sin más trámite o requerir la remisión del expediente. La recepción de las actuaciones implicará el llamamiento de autos. La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION dictará sentencia confirmando o revocando la medida cautelar". [↑](#footnote-ref-63)
64. ABERASTURY, Pedro, GOTTSCHAU, E. Patrizia, Interrelación del derecho supranacional en el procedimiento administrativo nacional, en *Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa*, Coordinadores Pedro Aberastury –Hermann-J. Blanke, ed. Eudeba-Fundación K. Adenauer, 2012, Bs. As., pag. 114/6. [↑](#footnote-ref-64)
65. Fallos: 335:1126. "Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/86 - SUM FIN 708)", del 26 de junio de 2012, que tuvieras ocasión de patrocinar. [↑](#footnote-ref-65)
66. ABERASTURY, Pedro, La Emergencia y el Procedimiento Administrativo en “*Procedimiento Administrativo*”, Directores. Hector Pozo Gowland, David Halperín, Oscar Aguilar Valdez, Armando Canosa y Fernando Juan Lima;2012, Ed. La Ley, Tomo II pág. 325/348. [↑](#footnote-ref-66)
67. CASSAGNE, Juan Carlos, *"Las medidas cautelares en el contencioso administrativo*", LL 2001-B, 1090 [↑](#footnote-ref-67)
68. ABERASTURY, Pedro, Gottschau, E. Patrizia, Interrelación del derecho supranacional en el procedimiento administrativo nacional, op. Cit., pag. 116. [↑](#footnote-ref-68)
69. Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 171; y Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 27, párr. 79. [↑](#footnote-ref-69)
70. Cfr. Ver voto razonado del Juez Antonio Canςado Trindade en el caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú), Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de [24 de noviembre](http://es.wikipedia.org/wiki/24_de_noviembre) de [2006](http://es.wikipedia.org/wiki/2006). Serie C No. 158, párrafo 11 y ss. Cita del Caso Goiburú y Otros versus Paraguay (Sentencia del [22 de septiembre](http://es.wikipedia.org/wiki/22_de_septiembre) de [2006](http://es.wikipedia.org/wiki/2006)). [↑](#footnote-ref-70)
71. 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. [↑](#footnote-ref-71)
72. 1. En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención. [↑](#footnote-ref-72)
73. Una muestra de la actividad de la Corte IDH la encontramos en la reciente publicación Sistematización De Las Resoluciones Sobre Medidas Provisionales Emitidas por La Corte Interamericana De Derechos Humanos, realizado por la Secretaría de la Corte Interamericana, donde esquematiza las medidas adoptadas en virtud de la aplicación del art. 63.2 de la Convención y el art. 27 de su reglamento. [↑](#footnote-ref-73)
74. Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de setiembre de 2006. [↑](#footnote-ref-74)
75. C*fr.* [*Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención*](http://www.nu.or.cr/cd/PUBLICAC/SERIE_A/A_14_ESP.HTM) *(Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35. [↑](#footnote-ref-75)
76. Este criterio es reiterado en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, párrafos 103 y 104, de la Corte IDH. [↑](#footnote-ref-76)
77. *Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154,párr. 118; y *Caso Zambrano Vélez, supra* nota 53, párr. 57. [↑](#footnote-ref-77)
78. *Cfr. Caso Raxcacó Reyes.* Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párrs. 87 y 125; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 54, párrs. 113 y 212; *Caso Fermín Ramírez.* Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126,párrs. 97 y 130; y *Caso Zambrano Vélez, supra* nota 53, párr. 57. [↑](#footnote-ref-78)
79. CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa,* ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pag.198. [↑](#footnote-ref-79)