

## **MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA. RECUSA SIN CAUSA**

Señor Juez Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal:

**MARTÍN IRURZUN**, por derecho propio, con el patrocinio letrado de los doctores **ALBERTO ANTONIO SPOTA** (CPACF T° 71 F° 303) y **FEDERICO MARTIN DEL MASO** (CPACF T° 151 F° 119), constituyendo domicilio procesal en la calle Montevideo 665, piso 6°, de la Capital Federal y domicilio electrónico en 20247737074 (correo electrónico: [aspota@estudio-spot.com.ar](mailto:aspota@estudio-spot.com.ar) y teléfono: 01143730900), ante V.S. me presento y digo:

### **1. OBJETO**

Solicito, en los términos de los arts. 230 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el dictado de una medida cautelar autónoma por la que se suspendan de inmediato los efectos jurídicos resultantes del párrafo 3ro. del inc. 4to. del art. 99 de la Constitución Nacional (CN) y su aplicación en lo que al dicente respecta.

Dicho precepto dice así: “Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”.

Y, como consecuencia de ello, preserve, *sine die*, al dicente en pleno ejercicio del cargo y las funciones que al presente desempeña como Juez de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sin mengua de que adquiera setenta y cinco años de edad.

Pido que la medida que va peticionada, sea dictada de inmediato.

Es decir, sin audiencia de la contraria.

Es que estado el suscripto presto a cumplir setenta y cinco años de edad el próximo 18 de julio, habré de cesar en funciones salvo que, ínterin, se otorgue el remedio cautelar que pretendo, lo que deviene incompatible con los tiempos que insumen las previsiones de la ley 26.854, que, en su capítulo pertinente, impugno por inconstitucional.

Peticiono desde ya que la suspensión cautelar surta efecto, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la acción principal a la que habrá de coadyuvar el presente incidente.

Y de tal suerte lo solicito, desde que lo dispuesto en el párrafo 3ro. del inc. 4to. del art. 99 de la CN importa un acto nulo, de nulidad absoluta, con lo que mal puede surtir efecto alguno para con el dicente, lo que lo torna inaplicable, y, menos aún, resulta apto para agredir la garantía de la inamovilidad que como magistrado me ampara en el ejercicio de mis funciones.

## **2. COMPETENCIA**

V.S. resulta competente en razón de la materia, por cuanto se verifica la existencia misma de una cuestión federal, puesto que se persigue la nulidad e inaplicabilidad del párrafo 3ro. del inc. 4to. del art. 99 de la CN.

Abona lo expuesto la circunstancia de que es parte demandada el Estado Nacional.

Por el art. 116 de la Constitución Nacional, les corresponde a los tribunales federales el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la propia norma de excelencia, por las leyes de la Nación y por tratados internacionales.

Adicionalmente, el art. 2, inc. 1°, de la ley 48 -al regular dicha disposición constitucional- fija idénticos requisitos habilitantes de la competencia federal. De allí proviene la competencia federal que va instada, como también del decreto-ley N° 1285/1958.

Ello, pues poniéndose en cuestión la validez de un acto federal, al reputarlo nulo, no debe sino que acudirse a vuestra instancia.

En suma: el pleito es de la competencia de V.S., porque se trata de una de las causas especialmente regidas por la Constitución, a las que alude el art. 2°, inc. 1°, de la ley 48.

### **3. VEROSIMILITUD DEL DERECHO (FUMUS BONI IURIS)**

#### **3.1. ACLARACIÓN PRELIMINAR**

Se pretende de V.S. que suspendan, en punto al dicente, los efectos jurídicos y la aplicación del precepto ya referido, que reza: *“Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite.”*

Ahora bien:

Es cierto que la CSJN en "Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ PEN" (Fallos: 340:257), por mayoría, se pronunció sobre el particular, ocasión en la que, revirtiendo la doctrina que antes había sentado en "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional" (Fallos: 332:1616), convalidó el precepto indicado.

Sobre el particular, refiero tres cuestiones.

La primera, que la mayoría alcanzada en el precedente Schiffrin ha desaparecido con el cese en funciones del doctor Juan Carlos Maqueda.

De tal modo, no es dable sostener que prevalece, al presente, el estándar allí fijado.

Por el contrario, dicho estándar se ha extinguido.

Es que de presentarse un caso análogo por ante el máximo tribunal, no habría mayoría.

Ello, siempre que los doctores. Ricardo Lorenzetti, Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz mantengan los criterios que allí fijaron.

Por lo tanto, insisto, el estándar de Schiffrin ha desaparecido, lo que impide tenerlo como doctrina vigente de la CSJN.

Empero, cabe postular, en segundo lugar, que esta parte se reserva el derecho de recusar, con expresión de causa, a todo magistrado del alto tribunal que habiendo intervenido como convencional constituyente en la reforma de la Constitución de 1994, aprobó el precepto que va impugnado.

Eso así, por dos motivos.

El primero, porque ha ya sentado posición sobre el particular, al extremo de haber validado el acto jurídico objeto de cuestionamiento.

De tal modo, se encuentra impedido jurídicamente, acto propio mediante, de volver sobre sus pasos y nulificar aquello que anteriormente validó.

En segundo término, desde que su intervención, como magistrado, afecta la garantía de imparcialidad, puesto que le exige pronunciarse sobre la validez de un acto jurídico que realizó como convencional constituyente.

Es decir, estaría juzgando como magistrado de la validez que aquello que aprobó como convencional constituyente.

Y, en tercer lugar, cabe postula que en nuestro sistema judicial federal no rige el *stare decisis*, con lo que, incluso, en el supuesto de hipotético haberse conservado la composición del tribunal que hiciera la mayoría (hoy extinta) de Schiffrin, lo allí resuelto no resulta vinculante para con la presente causa.

### 3.2.

La verosimilitud del derecho surge de lo que sigue.

No cabe dudas en que el Congreso Nacional, en función de la ley declarativa de la reforma de la Constitución Nacional (ley 24.309), determinó el marco de actuación de la Convención Nacional Constituyente.

De tal modo, fijó sus competencias.

Es decir, precisó su marco válido de actuación.

Y así procedió, al determinar los puntos del texto supremo que el Congreso Nacional sometió al análisis y eventual revisión del poder reformador.

Tan es así, que en su art. 6to. expresamente previó: “Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración”.

Por lo tanto, la Convención Constituyente mal pudo arrogarse competencias que no le fueron atribuida por la ley 24.309 si comportar un acto nulo, lo que le impidió modificar aspecto alguno del texto supremo que no le haya sido por el Congreso Nacional su análisis y eventual revisión.

Ello así, bajo condición de nulidad.

Es que, reitero, habrá cometido un acto nulo siempre que se exorbite de las competencias que les fueran confiadas por el Congreso Nacional en los términos de la ley 24.309.

Ahora bien:

Lo cierto es que el Convencional Constituyente introdujo (ilegítimamente) el precepto cuya interdicción cautelar se pretende.

De tal suerte, agredió la garantía de la inamovilidad.

Y así lo hizo, puesto que la observancia de buena conducta ya no es más garantía de permanencia en el cargo, desde que impuso el límite etario que nos ocupa, cuya suspensión se pretende.

Por lo tanto, no caben dudas al respecto de que la Convención reformadora, con la incorporación de límite temporal que nos ocupa, no sólo exorbitó las competencias que les fueran confiadas por el legislador, sino que también agredió la garantía de la inamovilidad.

Cabe subrayar que el Convencional Constituyente no estaba habilitado a tales fines y efectos.

Es decir, se impone evidenciar que la ley declarativa de la necesidad de la reforma no le permitió avanzar sobre la garantía en cuestión.

A tal fin, invito a V.S. a revisar la ley.

Tal como apreciará, la ley 24.309 no habilitó al constituyente a tales fines y efecto.

En lo pertinente, la norma dice así:

“ARTICULO 1º-Declárase necesaria la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957.

“ARTICULO 2º-La Convención Constituyente podrá:

(...)

#### “H.-CONSEJO DE LA MAGISTRATURA.

“Un Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

“El Consejo será integrado periódicamente, de modo que procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias, y de los abogados. Será integrado, asimismo, por otras personalidades del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

“Serán sus atribuciones:

“1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.

“2. Emitir propuestas (en dupla o terna) vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.

“3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.

“4. Ejercer facultades disciplinarias.

“5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados.

“6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia.

“\* Todo ello por incorporación de un artículo nuevo y por reforma al artículo 99 de la Constitución Nacional.

#### “I.-DESIGNACION DE LOS MAGISTRADOS FEDERALES.

“1. Los jueces de la Corte Suprema serán designados por el Presidente de la

Nación con acuerdo del Senado por mayoría absoluta del total de sus miembros o por dos tercios de los miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto.

“2. Los demás jueces serán designados por el Presidente de la Nación por una propuesta vinculante (en dupla o terna) del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado en sesión pública en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

“La designación de los magistrados de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las mismas reglas, hasta tanto las normas organizativas pertinentes establezcan el sistema aplicable.

“\* Por reforma al artículo 86, inciso 5 de la Constitución Nacional. Las alternativas que se expresan en el texto quedan sujetas a la decisión de la Convención Constituyente.

#### “J.-REMOCION DE MAGISTRADOS FEDERALES.

“1. Los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán removidos únicamente por juicio político, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes.

“2. Los demás jueces serán removidos, por las mismas causales, por un Jurado de Enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados , abogados y personalidades independientes, designados de la forma que establezca la ley.

“La remoción de los magistrados de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las mismas reglas, hasta tanto las normas organizativas pertinentes establezcan el sistema aplicable.

“\* Por reforma al artículo 45 de la Constitución Nacional.”

Conforme lo transcrito, el Congreso Nacional solo le permitió al Convencional Constituyente avanzar, en lo tocante el Poder Judicial, sobre el mecanismo de designación y de remoción de los magistrados.

Como derivación de ello, incorporó (válidamente) en la Constitución Nacional, el Consejo de la Magistratura y el Tribunal de Enjuiciamiento de Magistrados.

Empero, por defecto, al Convencional Constituyente, no le fue permitido revisar ningún otro aspecto relativo del Poder Judicial.

Por lo tanto, mal pudo modificar la garantía de inamovilidad, fijando el límite etario cuya suspensión cautelar se pretende.

Pese a ello, el Convencional Constituyente introdujo el pasaje en cuestión, con lo que comportó, a tenor de las previsiones del art. 6 de la ley 24.309, un acto nulo.

Es que sin que mediara habilitación legal alguna al respecto, el Convencional Constituyente se permitió, desprovisto de toda competencia, incorporar la cláusula etaria con lo que afectó, de hecho, la garantía de la inamovilidad, lo que importa, reitero, acto nulo.

Y siendo nulo, mal puede surtir efecto alguno para con el dicente.

Del simple contraste entre el producido por la Convención Constituyente y lo habilitado por el Congreso Nacional surge la verosimilitud que invoco.

En tal sentido, se pronunció el doctor Rosenkrantz en Schiffrin.

“12) Por tales razones, esta Corte ha considerado que las convenciones de reforma constitucional están sometidas a las particularidades de las leyes que declaran la necesidad de la reforma. Efectivamente, con cita de Manuel Gorostiaga ("Facultades de las Convenciones Constituyentes", Rosario, 1898, págs. 52 y 53), se ha declarado la nulidad parcial de una reforma realizada a una constitución provincial, debido a que el cometido de la Convención Reformadora se hallaba "circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia" ("Ríos", Fallos: 316:2743, considerando 4°), doctrina que esta Corte ha declarado plenamente aplicable a los procesos de reforma de la Constitución Nacional ("Fayt",

Fallos: 322:1616; considerandos 7° y 8°.”

(...)

“19) Sentado que las convenciones no pueden extralimitarse, debe considerarse ahora si en esta particular circunstancia el Congreso de la Nación, tal como lo sostiene la demandada, habilitó la reforma del artículo 86, inciso 5° a los efectos de incorporar la disposición que reduce el mandato de los jueces y requiere un nuevo nombramiento cuando alcancen la edad de 75 años.

“Adelantando la conclusión, corresponde señalar que el texto de la ley 24.309 no habilitó a la Convención para reducir la duración del mandato de los jueces, fijando un plazo diferente al que estaba regulado por el artículo 96 (actual artículo 110) de la Constitución.

“20) En el artículo 2°, inciso a de la ley 24.309, el Congreso Nacional autorizó la reforma de, entre muchos otros, el artículo 86, inciso 5° de la Constitución Nacional que fijaba el procedimiento de designación de los jueces, pero en modo alguno puede deducirse de ello la atribución que la demandada invoca.

“El artículo 86, inciso 5° en su redacción anterior establecía que el Presidente de la Nación "Nombra los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado". Como surge con evidencia del texto, este artículo sólo determinaba cuál era el procedimiento de designación de los jueces de la Nación. A pesar de ello, después de su reforma, la disposición que reemplaza al artículo 86, inciso 5° pretende regular no sólo el procedimiento de designación de los jueces sino también la duración de su mandato. Así, la nueva disposición establece: "El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en

sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite" (énfasis añadido).

"21) No puede existir duda acerca de que la duración del mandato de los jueces no estaba regulada en el artículo 86, inciso 5° sino únicamente en el artículo 96 (actual artículo 110). Tampoco puede haber duda acerca de que dicho mandato era vitalicio. El artículo 96 estaba ubicado precisamente en el Capítulo Primero de la Sección Tercera de la Constitución Nacional, referida al Poder Judicial y reveladoramente titulado "*De su naturaleza y duración*" (énfasis añadido). Además, el texto era de por sí claro ya que aludía de modo indubitable a la duración del mandato de los jueces pues disponía -en lo pertinente que "*Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta*" (énfasis añadido).

"Por otro lado, al disponer que los jueces conservarían sus cargos mientras durase su buena conducta, sin límite temporal alguno, el artículo 96 -complementado por el artículo 45- sin duda también consagraba la inamovilidad vitalicia de los jueces.

(...)

"En consecuencia, la habilitación de la reforma del artículo 86, inciso 5° solo podía entenderse como permitiendo modificar el procedimiento de designación de los jueces de la Nación mas nunca como un permiso para alterar la duración de su mandato pues esta cuestión, como quedó dicho precedentemente, no se encontraba prevista en el artículo 86, inciso 5° sino en el artículo 96 de la Constitución.

"Debe enfatizarse aquí que permitir que la convención regule cuestiones que

antes no estaban contempladas por el artículo cuya reforma es habilitada sería de la máxima gravedad pues, por ese sencillo expediente, se liberaría a la convención de todos los reaseguros, controles y límites creados por la Constitución e impuestos por el Congreso. Así, se traicionaría el ponderado sistema de reforma ideado por nuestros constituyentes, convirtiéndolo en una "caja de Pandora" incapaz de prevenir que quienes resulten electos como convencionales ignoren los acuerdos previos necesarios para reformar la Constitución y conviertan en texto constitucional sus preferencias personales acerca del funcionamiento de los poderes del Estado o del contenido de los derechos individuales para cuya protección nuestra Constitución fue ideada.

“Por todo lo anterior, el hecho de que el artículo 2°, inciso a de la ley 24.309 hubiera habilitado la reforma del artículo 86, inciso 5° de la Constitución no puede validar que se fije una "duración limitada" al mandato de los jueces, tal como reza la expresión usada por la Convención Reformadora en la cláusula transitoria undécima de la Constitución. Incidentalmente, es importante notar que la expresión "duración limitada" usada por los convencionales en la mencionada cláusula transitoria revela de modo indubitable que lo que se había reformado en el texto constitucional no era el procedimiento de designación de los jueces sino el plazo de su mandato.”

#### **4. CONFIGURACIÓN DE UN CLARO PELIGRO EN LA DEMORA**

El peligro en la demora cobra palmaria evidencia, pues, de no neutralizarse los efectos del precepto en crisis, amén de afectarse la garantía de inamovilidad, habrá el dicente de cesar en el cargo y en funciones no bien cumpla los setenta y cinco años de edad, lo que acaecerá el próximo 18 de julio; extremo que supondrá un cuadro de situación irreversible y fatal desde que no podrá ser restituido, en funciones, de modo alguno.

Acredito lo expuesto con la copia de mi DNI que adjunto.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, queda demostrado que -en el caso- se encuentra sobradamente cumplido el recaudo del peligro en la demora.

Junto a ello, lo acontecido denota gravedad institucional, desde que habrá de sentarse un precedente atentatorio de la independencia del Poder Judicial.

La naturaleza del daño que se denuncia impone que V.S. intervenga en ejercicio de su función de garante del orden constitucional, antes de que se genere un cuadro jurídico de situación insusceptible de todo remedio.

La tutela preventiva de tamaños extremos constitucionales no sólo es procedente, sino que constituye una obligación ineludible del Poder Judicial porque la consumación del acto impugnado tornará ilusorio e irreparable el daño.

En consecuencia, el riesgo de demora es cierto e inminente y justifica la adopción inmediata de la cautelar solicitada.

Para ello, V.S. no deberá perder de vista que la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que, a mayor verosimilitud en el derecho, no cabe ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y, a la inversa, que cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad el rigor de *fumus bonis iuris* se debe atenuar<sup>1</sup>.

Aquí, la verosimilitud es palmaria a tenor de la grosera incompetencia con la que el Convencional Constituyente ha procedido; lo que, a su vez, acredita gravedad institucional puesto que se priva al dicente del cargo que tiene y que por mandato constitucional le corresponde.

## **5. LA MEDIDA REQUERIDA NO AFECTA EL INTERÉS PÚBLICO**

En el caso, resulta evidente que lejos de afectarse el interés público, la concesión de la medida peticionada no hará otra cosa que preservarlo. En efecto, la

---

<sup>1</sup> CNFed. Cont. Adm, sala II, "CAS TV SA c/ EN", sentencia de fecha 6/6/90.

medida cautelar peticionada asegura la vigencia de la Constitución Nacional, y preserva la independencia del Poder Judicial al tornar operativa la garantía de inamovilidad.

Por lo tanto, la medida que esta parte reclama no sólo no afecta el interés público, sino que tiende a garantizarlo desde que resguarda la independencia del Poder Judicial.

Asimismo, preserva la vigencia y validez de la ley 24.309, que fuera ilegítimamente enervada por el Convencional Constituyente.

## **6. CONTRACAUTELA**

Solicito de V.S. que la medida precautoria requerida se acuerde bajo caución juratoria, atento las razones de índole institucional que se configuran en el sub lite y por la manifiesta procedencia del planteo en cuestión, así como por la existencia intereses colectivos en juego.

Sumado a lo anterior, es evidente que en el caso de autos el dictado de la medida no es susceptible de producir ningún tipo de perjuicio patrimonial a nadie, del que sea necesario precaverse mediante otro tipo de caución que no sea la que se propone.

En sus antípodas, la suspensión de la norma en crisis reestablecerá la plena vigencia de la normativa constitucional enervada.

## **7. INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 2°, 4°, 10 y 13 de la ley 26.854**

Asimismo, se requiere que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 2°, 4°, 10 y 13 de la ley 26854 por las razones que listan seguidamente.

### **7.1. Inconstitucionalidad de la “bilateralización” de la medida cautelar (cfr. artículo 4° de la ley 26.854)**

Se solicita se declare la inconstitucionalidad de la concesión de un traslado al Estado Nacional previsto para evacuar el informe mencionado en el art. 4° de la ley 26854, en forma previa a la resolución del pedido cautelar.

En este sentido, en los fallos emitidos por el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de Primera Instancia N° 10 en los autos “Será Justicia – Inc. Med. Cautelar- c/ EN –PEN- Ley 26855 s/ proceso de conocimiento” y por la Sala I de la Cámara de Federal Apelaciones de La Plata (confirmando la sentencia de primera instancia) el 21 de abril de 2015 en los autos “Incidente N° 1 - actor: Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires y otro demandado: ANSES s/ incidente de apelación de medida cautelar” (Expediente FLP N° 41624/2014/1/CA1), se declaró la inconstitucionalidad de la exigencia del traslado previo para que la Administración pública se presente en el informe previsto en la ley 26854.

Un criterio similar adoptó el Juzgado Federal N° 1 de Neuquén en los autos “Spinelli Ana María c/ Estado Nacional s/ Acción de Inconstitucionalidad” y el Juzgado Nacional de Primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6 en los autos “Pitte Fletcher Denis c/ EN – PEN – Ley 26855 s/ Amparo ley 16986”, y fue replicado en “Javkin Pablo c/ EN –PEN –Ley 26855 s/proceso de conocimiento” y “Fargosi, Alejandro Eduardo c/ EN-PEN-Ley 26853 s/ proceso de conocimiento”.

En éstos últimos, se ha resaltado que “el interés público comprometido, a que hace referencia el informe previsto en el artículo 4, es un requisito cuyo examen ya es propio del instituto cautelar y su estudio se encuentra reconocido –desde hace mucho tiempo atrás- por la jurisprudencia y la doctrina”.

Una regla esencial en las medidas cautelares, como es sabido, consiste en que éstas se dicten *in audita* parte. Acreditadas la verosimilitud del derecho y el

peligro en la demora, el juez tiene elementos suficientes para trabar una medida cautelar.

Debe reparar V.S. que se trata de una decisión esencialmente provisional, que no causa instancia y que puede ser revocada o modificada en cualquier estadio del proceso. Además, con ello tampoco se afecta la defensa en juicio de la contraparte, pues ésta puede hacerlo ampliamente al pedir reconsideración de la medida o bien apelarla.

Sin embargo, el art. 4° controvertido convierte a la medida cautelar en un proceso contradictorio dando oportunidad a la aquí demandada para (i) consumar los hechos que intentan evitarse con la traba de la medida o adoptar las medidas del caso para obstaculizar la tutela preventiva judicial a dictarse contra la actuación cuestionada y, desde luego, (ii) que conozca de antemano el contenido de la demanda.

En efecto, en la norma en cuestión se establece como trámite necesario para el otorgamiento de medidas cautelares el traslado del escrito inicial por el término de cinco días.

Más allá de que nominalmente se la haya referido como un “Informe”, lo cierto es que se trata de un verdadero traslado. Ello es así, toda vez que se faculta a la demandada a expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida cautelar solicitada y a acompañar constancias documentales que considere pertinentes, conjuntamente con la presentación de ese informe.

De este modo, la norma en análisis sirve de excepción al principio general que establece que las medidas cautelares se decretan y cumplen sin intervención de la otra parte<sup>2</sup> -generando una estéril dilación en su concesión-; principio reconocido en

---

<sup>2</sup> Parece importante, a ese respecto, recordar que la regla general que establece que las medidas cautelares se decretan inaudita parte no trasunta una derogación del principio de contradicción (el cual constituye una proyección de la garantía constitucional de la defensa en juicio) sino una postergación

forma expresa en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>3</sup> y, unánimemente reflejado tanto en la doctrina<sup>4</sup> como en la jurisprudencia.

Así, cabe citar, a modo de ejemplo, lo expresado por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil de La Plata en cuanto a que “[l]a tramitación inaudita parte y el hecho de que ningún incidente o recurso detenga su ejecución constituyen notas propias, esenciales, ínsitas e intransferibles de la institución cautelar (artículo 198 CPCC)”.

De otro modo, los medios de aseguramiento se tornarían ineficaces en tanto que, avisado el afectado del propósito precautorio, se encontraría en condiciones de frustrarlo. La adopción de las medidas preventivas sin previo debate –ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, “concuera con su naturaleza y no importa lesión constitucional en tanto queda a los afectados por ellas la posibilidad de cuestionarlas después de dictadas (II 56-459; Fallos: 213:246)”<sup>5</sup>.

En forma conteste, se ha expedido la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal al sostener que “[e]ntre las características principales, las medidas cautelares tienen las siguientes: a) Provisoriedad e interinidad; b) Mutabilidad o variabilidad en el sentido de que pueden ser revocadas o modificadas siempre que sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen (artículos 202 y 203); c) Accesoriedad, ya que no tienen un fin en sí mismas, sino que sirven a un proceso

---

momentánea de su vigencia justificada en obvias razones de efectividad (PALACIO, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, tomo 8, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 69).

<sup>3</sup> En su art. 198 se reza: “[l]as medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte”.

<sup>4</sup> CAMPS, Carlos Enrique, “Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires (Anotado - Comentado - Concordado)”, Depalma, 2004, Abeledo Perrot N°: 8009/006364.

<sup>5</sup> Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Federal de La Plata, sala IV, in re: “Cipriano, Marcela S. y otros v. Presidente de la Universidad Nacional de La Plata”, JA 1993-II-128. En el fallo citado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación adujo que “[l]a adopción de las medidas precautorias sin previo debate sobre su procedencia, concuerda con su naturaleza y no importa lesión constitucional en tanto quede a los afectados por ellas la posibilidad de cuestionarlas después de dictadas”.

principal; d) se dictan sin contradictorio previo, inaudita parte, vale decir que el Juez resuelve en forma unilateral en base a la sola petición del interesado" (artículo 198)<sup>6</sup>.

En el caso de autos, la "bilaterización" suscitaría una inadmisibile dilación en el otorgamiento de la medida cautelar solicitada por esta parte, que la convertiría en inoficiosa y, además, permitirá que las demandadas adopten medidas concernientes al tema antes de que ésta se resuelva.

Asimismo, los efectos que se pretenden evitar acaecerán con anterioridad a la contestación del informe en cuestión. Tan es así, que de cumplirse el traslado indicado se materializará una irrazonable demora en el otorgamiento de la medida solicitada, con clara afectación del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>7</sup>, por el cual se proscribe toda dilación o reiteración de actos procesales.

Es sabido que el derecho a la jurisdicción no se limita a obtener una sentencia favorable, sino que ésta debe ser oportuna y tener virtualidad para resolver efectivamente la cuestión planteada<sup>8</sup>.

Por lo demás, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reiteradas oportunidades, ha resaltado la importancia de una respuesta a tiempo del servicio de Justicia, advirtiendo que la demora en llegar a

---

<sup>6</sup> Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, in re: "S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Cámara Nacional de Correos y Telégrafos s/ Amparo Ley 16.986", Abeledo Perrot N° 8/7153. En el mismo sentido: la Sala V de la Cámara del fuero, in re: "Halperín, David Eduardo - Incidente- c/E.N. -M° de Economía y Servicios Públicos s/ Empleo público", Abeledo Perrot N° 8/7275; y la Sala II, in re: "Torre, Hugo Mario c/ Aguas Argentinas S.A. y otro s/ daños y perjuicios", sentencia del 17/07/2010 (inérito) y "Héctor Enrique Perino s/ medida precautoria", Abeledo Perrot N° 8/4084.

<sup>7</sup> SIMÓN PADRÓS, Ramiro, "La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa", 1ª. ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 139.

<sup>8</sup> CNCAF, Sala IV, in re: "Trujillo Nuñez, Filiberto c/ Dir. Nac. de Migraciones -Disp. 3490/96", Abeledo Perrot N° 8/1472 con cita de C. Fed. Gral. Roca, 23/9/97, "Helou, Juan C.", JA. 18/2/98.

una solución puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales<sup>9</sup>.

De lo expuesto, se colige que en el sub examine se configura una situación de extrema urgencia que requiere una solución inmediata<sup>10</sup>. La demora en el otorgamiento de la medida cautelar solicitada ocasionará en forma inevitable la frustración del derecho de dicente.

En subsidio, para el hipotético caso en que V.S. descarte el planteo de inconstitucionalidad de la “bilateralización” de la medida cautelar, se pide que se conceda una medida precautelar o interina.

#### **8. Inconstitucionalidad de la limitación del plazo de las medidas interinas (cfr. artículo 4º, ley 26854)**

Para el caso en que V.S. descarte el planteo de inconstitucionalidad realizado en el capítulo anterior, se solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 26854, en tanto limita la vigencia de la medida interina hasta el momento de la “presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción”.

Esta limitación temporal es claramente irrazonable, lesiva del derecho de defensa y no se condice con la finalidad de la medida interina o precautelar, que no es otra que tutelar los derechos de los justiciables mientras se desarrolla el trámite de “bilateralización” de la medida cautelar.

La limitación de la extensión de la medida interina, pues, tornaría ilusoria la protección de los derechos que se invocan, con clara violación del principio

---

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de la “Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, del 24 de noviembre de 2009, Serie C Nº 211; Sentencia “Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas,” del 23 de noviembre de 2009, Serie C Nº 209; Sentencia “Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas,” del 12 de agosto de 2008. Serie C Nº 186, entre muchos otros.

<sup>10</sup> HUICI, Héctor, “Las medidas cautelares en el orden federal y el proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, LL 2010-F, 832.

constitucional de tutela judicial efectiva (cfr. art. 18, Constitución nacional; arts. 8° y 25, Convención Americana de Derechos Humanos; entre otros).

Contestemente, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11 ha declarado la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, en cuanto dispone que la medida interina sólo puede extenderse hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción, dado a que ello “agravia en forma inconciliable el principio constitucional de tutela judicial efectiva y, más específicamente, su sistema de frenos y contrapesos (art. 18 y 75 inc. 22, Constitución Nacional; Fallos: 285:322; 316:2624; 327:5723; 328:566; entre otros)”.<sup>11</sup>

La finalidad de las medidas interinas es justamente evitar que mientras el magistrado solicita el informe previsto en el art. 4° de la ley 26854 y analiza la procedencia de la medida cautelar solicitada en base a lo peticionado por el actor y a lo expresado en el mencionado informe, la tutela cautelar se torne ineficaz por la modificación del estado de cosas existente al momento de peticionarla o porque la decisión cuya solución se pretende produzca efectos irreversibles.

Carece de toda lógica, entonces, reconocer la tutela cautelar en forma interina solamente hasta que se conteste el informe precautelar y, luego, dejar sin amparo al justiciable hasta que el magistrado esté en condiciones de dictar la medida cautelar (lo que demanda tiempo ya que necesitará analizar el informe remitido por el Estado Nacional).

---

<sup>11</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso administrativo Federal Nro. 11, Secretaría 21, in re: “LAN Argentina S.A. - Moritan c. ORSNA - Van Lacke s/ medida cautelar”, causa 36.337/13, sentencia del 4/9/2013

## 9. La inconstitucionalidad del efecto suspensivo del recurso de apelación

Puesto que se requiere la suspensión de efectos de “una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico”, se plantea la inconstitucionalidad art. 13, inc. 3°, segundo párrafo, de la ley 26854.

Ello, para el caso de que V.S. considere que aquella disposición resulta aplicable.

La mencionada norma, al establecer que la apelación contra la medida que disponga la suspensión de los efectos de una ley (o acto con rango de ley) será concedida con efecto suspensivo, torna ilusoria toda posibilidad de tutela urgente, lo cual conspira contra el ya citado derecho a la tutela judicial efectiva.

¿Qué utilidad puede tener una medida cautelar cuya vigencia será meramente nominal o ilusoria ya que –en el mejor de los casos- no tendrá otro efecto que detener el obrar antijurídico del Estado por un período insignificante en relación con la duración total del proceso?

Rossi destaca que “[s]e trata de una práctica disfuncional a la norma, pues no se compadece con la finalidad de la institución cautelar, con la naturaleza del contencioso administrativo ni con las garantías de la acción de amparo que se desprenden de la legislación supranacional, cuya naturaleza es netamente operativa”<sup>12</sup>.

Y precisa: “[n]o existe auténtica tutela cautelar si la apelación queda en suspenso (...) [n]o se cumple la finalidad asegurativa que hace a la esencia del instituto (...) [p]ara el momento en que se resuelva la apelación, la situación tutelada podrá haberse tornado abstracta, de no mediar una autolimitación de la Administración que desde el punto de vista jurídico –no moral– resulta discrecional

---

<sup>12</sup>ROSSI, Alejandro, “Las medidas cautelares y su apelación en el amparo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), ob. cit.

en los términos del artículo 12 de la LNPA Y para entonces se habrán generado derechos subjetivos a favor de terceros”<sup>13</sup>.

En similar sentido, Carrió recuerda que “[l]a consecuencia de todo ello [se refiere al efecto suspensivo del artículo 15] es que la tutela eficaz de un derecho o libertad constitucional ha quedado supeditada al agotamiento de las dos instancias ordinarias y al de la extraordinaria. En la práctica ello equivale a agotar un trámite que puede llevar dos años de duración. Esto constituye la negación lisa y llana de una protección sumaria para esos derechos”<sup>14</sup>.

Asimismo, Rivas rechaza la aplicación literal de la norma en los siguientes términos: “[d]e todas maneras, resulta imposible de aplicar la letra de la Ley 16986, (...) ajustarse a la norma llevaría a anular prácticamente el juego y existencia de medidas cautelares en el amparo, entendemos que debe ser usada la solución prevista en el artículo 198 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, concedida la medida, dar efecto devolutivo a la apelación que se pudiera interponer. Aun en el régimen de la ley 16986 nos parece insostenible la aplicación literal de sus términos, por cuanto en el sistema general del derecho nacional no existe la posibilidad de debatir con el afectado la procedencia de la medida cautelar que se le pretende aplicar, y es eso lo que realmente ocurre cuando antes de efectivizarse aquélla se permite su aplicación y se la supedita a la resolución del recurso”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup>ROSSI, Alejandro, ob. cit., pág. 1588.

<sup>14</sup> CARRIÓ, Genaro, “Recurso de amparo y técnica judicial”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 234. También en SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Derechos Procesal Constitucional. Acción de Amparo”, 4ta. ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 501, donde se hace una crítica de la norma a través de la cita de otros autores. Al respecto, se afirma que “[t]al como se otorga el recurso, ‘implica que la medida de no innovar no puede hacerse efectiva hasta que el expediente vuela del Tribunal Superior’, deduce Robredo, quien, ante tal incongruencia (puesto que las medidas cautelares indicadas se fundan en estrictas razones de urgencia, ante la inminencia de alteraciones que ocasionen daños irremediabiles, etc.), conjetura que incluso ‘debe tratarse (por el legislador) de una ignorancia absoluta del proceso en la acción de amparo’.

<sup>15</sup> RIVAS, Adolfo Armando, “El amparo”, 3ª ed., La Rocca, Buenos Aires, 2003, p. 647.

Las distintas Cámaras federales también han objetado la reglamentación de las medidas cautelares. Por ejemplo, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario ha manifestado que “[d]e la armónica interpretación de lo expuesto precedentemente se colige claramente que la efectivización de la tutela judicial mediante el otorgamiento de medidas cautelares no puede ser diferida en su ejecutividad sin colisionar con los principios consagrados en los tratados internacionales citados, por lo que la concesión de los recursos debe efectuarse de conformidad a los artículos. 198 y conchs. CPCCN., regulación especial, particular y propia que debe ser aplicada. Por otra parte, entiendo que también puede colegirse que la concesión del recurso en ambos efectos violenta la garantía de igualdad establecida por el artículo 16 CN., ya que consagra una prerrogativa que interfiere con dicho principio”<sup>16</sup>.

De esta forma, es evidente que de concederse el recurso de apelación en ambos efectos se dañará de forma irreversible el derecho de defensa de suscripto. En función de lo expuesto es que se solicita que oportunamente se declare la inconstitucionalidad del art. 13, inc. 3º), de la ley 26.854.

## **10. PRUEBA**

Se acompaña en carácter de prueba documental:

- a. Copia DNI del suscripto (Anexo I).
- b. Publicación del Boletín Oficial n° 27.997, donde surge por el decreto por el que se me pone en funciones en el cargo que actualmente reviste.

## **11. HACE RESERVA DEL CASO FEDERAL**

---

<sup>16</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, sala B, in re: "Compañía Elaboradora de Productos Alimenticios S.A. v. Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación de la Nación", Abeledo Perrot N° 35010489, del voto del Dr. Toledo.

Hago reserva del derecho de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía que establece el art. 14 de la ley 48, en atención a que mediante el Acuerdo se violentan los extremos federales indicados.

## 12. RECUSA SIN CAUSA

Que sin que implique, de modo alguno, menoscabo a la muy alta estima y profundo respeto que ambos firmantes profesamos para con el Señor Juez Walter Lara Correa, lo recusamos sin expresión de causa.

## 13. PETITORIO

Por todo lo expuesto, a V.S. solicito:

1. Se tenga por promovida medida cautelar autónoma.
2. Por ofrecida la prueba.
3. Se decrete, inaudita parte, la suspensión inmediata de los efectos jurídicos del párrafo 3ro. del inc. 4to. del art. 99 de la Constitución Nacional.
4. Ordene al Estado Nacional se abstengan de ejecutar, en punto al dicente, las atribuciones párrafo 3ro. del inc. 4to. del art. 99 de la Constitución Nacional.
5. Se tenga por prestada caución juratoria.
6. Oportunamente, se mantenga la suspensión hasta sentencia definitiva.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA.



Federico M Dal Maso  
T° 151 F° 119  
C.P.A.C.F.