



LO CAUTELAR Y LO DEFINITIVO EN EL PROCESO JUDICIAL

Especial referencia al proceso contencioso administrativo¹

Eduardo Víctor Lapenta
Universidad Nacional del Centro

Para nosotros el campo de lo jurídico se integra con hechos, normas y valores, siguiendo la teoría trialista del mundo jurídico de Werner Goldschmidt², con los aportes de Miguel Angel Ciuro Caldani. En el trialismo el caso judicial es un problema acerca de la conducción humana mediante repartos de potencia o impotencia, que benefician o perjudican la vida. Los repartos son captados por las normas, y valorados ambos por un complejo de valores que culmina en la Justicia. Se trata de una situación que incluye oportunidades y limitaciones.

Es importante que tengamos conciencia de la complejidad del Derecho que, en definitiva, es la complejidad de la vida³.

2. Antes de tomar una decisión, el Juez se hace tres (3) preguntas: ¿que quiero hacer?, ¿que puedo hacer? y ¿que debo hacer?

Por ejemplo, pensemos que se pide a un Juez la clausura de una empresa, porque está contaminando el medio ambiente. Esta decisión recaerá no solo sobre la empresa, sino sobre la administración pública, los competidores, los

¹ Notas de la disertación efectuada en las Primeras Jornadas del Fuero Contencioso Administrativo, Olavarria, 23 de junio de 2006.

² GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción Filosófica al Derecho, 6 edición, Buenos Aires, Depalma, 1996; CIURO CALDANI, Miguel Angel. La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas. Metodología Jurídica. Fundación para las Investigaciones Jurídicas; Rosario, 2000.

³ Puede verse, CIURO CALDANI, Miguel Angel; Perspectivas trialistas para la construcción de los casos (La complejidad de los casos), Buenos Aires; La Ley Suplemento Actualidad 10/6/2004

proveedores, los trabajadores y sus familias, el sindicato, los vecinos sujetos a contaminación, etcétera. Algunos serán perjudicados, otros beneficiados.

Recibirán potencia o impotencia, en definitiva, lo que favorece o perjudica a la vida de cada uno de ellos.

El propio Juez que dicte la sentencia será beneficiado o perjudicado por su decisión, sea en relación a sus colegas, a la Alzada, a la opinión pública, etcétera⁴.

Toda la metodología trialista es un gran esfuerzo dirigido a “*des-cubrir*” la convivencia humana. Procura evidenciar los *intereses*, e incluso *privilegios*, que se ocultan bajo el texto aparentemente impersonal de las normas.

3. La conducción del Juez no es omnipotente, sino que tiene límites que surgen de la naturaleza de las cosas. Los límites pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos y socioeconómicos.

Los límites permiten distinguir los repartos *exitosos* de los repartos *frustrados*.

El desarrollo temporal del proceso puede culminar con una sentencia vaciada de contenido eficaz. La sentencia no es indicativa de un reparto exitoso. Verbigracia, la condena a indemnizar respecto de un demandado insolvente.

4. Para el trialismo los valores son *entes ideales exigentes*, puesto que reclaman la actividad del hombre para su cumplimiento⁵.

La Justicia es el valor más alto para el Derecho, y *exige* asegurar a cada ser humano una esfera de libertad dentro de la cuál sea capaz de desarrollar su personalidad⁶; que le permita convertirse en persona⁷.

⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Filosofía de la Jurisdicción. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario. 1998.

⁵ Dice Goldschmidt al respecto: “Creer que la justicia se va a realizar durmiendo la siesta, constituye una creencia errónea, tan cómoda como perjudicial”.

⁶ Puede verse también, SEN, Amartya. Desarrollo y Libertad. Buenos Aires, Planeta, 2000.

⁷ Este principio está en cierto modo positivizado en la Declaración universal de derechos humanos (1948) que en su Art. 22 expresa: “Toda persona como miembro de la sociedad... tiene derecho a obtener... la satisfacción de los derechos económicos sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Ello equivale a sostener la comprensión del Derecho al servicio de la plenitud de la vida humana. El Derecho *debe servir* a la vida, y no al revés.

Los valores jurisdiccionales más específicos –justicia, eficacia, utilidad y verdad– han de contribuir a la realización del más alto valor a nuestro alcance, que es el de *humanidad*.

5. La Justicia refiere a la totalidad del pasado, presente y porvenir.

No la podemos satisfacer en plenitud porque no somos omniscientes (no conocemos todo)⁸ ni omnipotentes (no podemos todo), por lo que necesariamente habremos de *fraccionar* a una dimensión humana, recortando los hechos a considerar y adoptando decisiones posibles.

El fraccionamiento le brinda al Juez seguridad en su decisión⁹, pero reduce sustancialmente la posibilidad de Justicia.

Por ejemplo, para comprobar la desviación en la finalidad del acto administrativo, y tomar la decisión justa, será necesario *desfraccionar* permitiendo en el proceso el conocimiento de hechos ajenos al procedimiento administrativo.

El Juez para cumplir con la exigencia del valor Justicia debe *desfraccionar* hasta donde le sea posible.

6. Los criterios generales de orientación del valor nos permiten actuar sin analizar detenidamente cada conducta cotidiana¹⁰.

Esos criterios generales orientadores simplifican la tarea, pero pueden inducirnos a error cuando son falsos o no adecuados al caso.

El apartarse del criterio general orientador tiene a veces cierto sentido de *crisis* para los tribunales y la comunidad en su conjunto. Se vive algún grado de confusión o inseguridad, especialmente cuando se contraponen la complejidad del mundo jurídico con la simplificación del mensaje mediático¹¹. Pero es

⁸ La cesantía sin causa de un chofer devendría justa, si con ella se evitara un accidente mortal en un futuro viaje; pero no podemos conocerlo.

⁹ Verbigracia, limitando el debate a las formas extrínsecas de un certificado de deuda en el apremio.

¹⁰ No nos preguntamos cada día si es bueno o malo trabajar, o lavarnos los dientes. Nos conducimos cotidianamente actuando conforme el criterio general de orientación del valor, que alguna vez adoptamos para una situación análoga.

¹¹ Por ejemplo, la ampliación de la legitimación procesal en materia de derechos de incidencia colectiva y el alcance de las sentencias, tiene un sentido de crisis en la tarea de los tribunales.

el precio que impone la naturaleza *exigente* del valor Justicia y, finalmente, el *avance* del Derecho.

En la jurisdicción se vive la tensión entre los criterios generales de justicia, y la necesidad de realizar la valoración completa que el caso merece¹².

7. Nos interesa destacar que el derecho tiene un *funcionamiento real* cuando se dicta sentencia en un proceso judicial, y un *funcionamiento conjetural* cuando las personas ajustan su conducta a la predicción de lo que se habría resuelto sin llegar a la instancia judicial.

Los clientes consultan a sus abogados y estos conjeturan lo que harán los tribunales en cada caso; los jueces conjeturan lo que harán los tribunales de alzada, y deciden en gran medida en atención a ello¹³.

Hay un *tejido conjetural* de funcionamiento de las normas que posee enorme importancia.

El notorio crecimiento en la cantidad de procesos judiciales parece mostrar dificultades en el *funcionamiento conjetural* del derecho.

8. En el proceso judicial lo *definitivo* es la sentencia firme. Los supuestos de revisión de la cosa juzgada, son excepcionales.

Durante el proceso existe una *situación de desigualdad* relacionada con la pretensión, que resulta favorable para alguna de las partes; que provisionalmente inclina la balanza en favor de una de ellas¹⁴. La parte tendrá una posición más *débil*, más *vulnerable*, frente a la actuación de la contraparte.

Si se dicta una medida cautelar, se invierten los términos de la desigualdad, aunque la debilidad resultante dependerá de las circunstancias de cada parte¹⁵.

¹² La decisión cautelar de reincorporar a un agente cesante en la administración pública puede fundarse en circunstancias especiales como enfermedad, cargas de familia, etcétera, cuya consideración forma parte de una valoración completa del caso, que pudiera dejar de lado el criterio general orientador adoptado en casos similares, de sentido inverso.

¹³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas – Metodología Jurídica, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, pag.9.

¹⁴ Vgr. El empleado público sancionado con cesantía no percibe haberes y será más vulnerable durante el proceso. La administración pública designará otro agente para hacer su tarea, y no tendrá apuro en llegar a la sentencia.

¹⁵ La vulnerabilidad del enfermo privado de tratamiento no se compara a la afectación económica de la obra social por suministrarlo provisionalmente durante el proceso judicial.

En el proceso contencioso administrativo será el particular quién, usualmente, se encuentre en esa posición vulnerable, porque demandara la revisión de un acto administrativo dotado de ejecutoriedad, la prestación de una medida positiva respecto a derechos económicos, sociales y culturales¹⁶, o el reconocimiento indemnizatorio emergente de la responsabilidad del estado.

En el proceso judicial lo *provisorio* es esta situación de desigualdad en torno a la pretensión. Es un *reparto provisorio*¹⁷ y, durante su transcurso, también beneficia o perjudica la vida¹⁸.

9. Entre lo provisorio y lo definitivo en el proceso, transcurrirá tiempo. Demasiado tiempo.

El hombre es un ser que vive acontecimientos con sentido; es un ser que construye su futuro.

El espíritu humano, por su sentido del deber más allá de la realidad, da al tiempo un sentido valioso específico que lo convierte en temporalidad¹⁹. Sólo al hombre puede “faltarle” o “sobrarle” tiempo.

Parece que otros animales no tienen conciencia de esta diferencia. Tienen futuro, pero son incapaces de construirlo porque no poseen la conciencia necesaria.

La temporalidad significa oportunidad para la realización de los valores del Derecho; oportunidad de vida, de personalización.

Los límites temporales al reparto, cuya expresión más evidente es el fallecimiento de la parte durante el proceso, nos advierten sobre la *irreversibilidad* de los repartos *vitales*. No es posible restituir la vida, la salud o los años de educación, la libertad o la subsistencia digna.

¹⁶ BIDART CAMPOS German; La Constitución que Dura; “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Constitución Reformada de 1994” Ediar, Buenos Aires; 2004.

¹⁷ LAPENTA, Eduardo Victor. Aportes para la comprensión de la dinámica del proceso judicial. Cartapacio de Derecho n° 6. Escuela Superior de Derecho. Unicen. Azul, 2003. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/64/34>

¹⁸ Pensemos en el deterioro en la salud que padece durante el proceso, quién recién obtiene el tratamiento médico con la sentencia definitiva.

¹⁹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel. El Derecho, la Temporalidad y la Transtemporalidad Anuario n° 3 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, Rosario, 1981.

10. Según una visión estática del proceso, el actor ejerce su pretensión –y el demandado su resistencia– con el exclusivo propósito de lograr una sentencia que se pronuncie sobre el significado y alcance de sus derechos.

Desde tal óptica sería incomprensible la decisión de prolongar el proceso cuando la parte puede conjeturar su derrota, soportando las molestias y gastos, en lugar de allanarse a la pretensión de la contraria.

Pero ello no ocurre en gran parte de los casos.

Los abogados están capacitados para *conjeturar* la decisión jurisdiccional de la sentencia en la mayoría de los pleitos en que intervienen. Las variaciones posibles en la extensión (monto de la indemnización, magnitud de la penalidad, etc.) resultan acotadas por la jurisprudencia, y podrían ser objeto de negociación.

Sin embargo son numerosos los procesos en los que, sabiendo los letrados – y por consiguiente las partes– cuál es la sentencia que habrá de recaer, no hay negociación posible.

Ocurre que existen *motivos distintos* a la pretensión procesal alegada²⁰.

En esos casos el proceso judicial tiene la misma o mayor duración que en otros, adonde efectivamente exista incertidumbre jurídica. Y la parte favorecida no lo impulsa, porque se beneficia con el *reparto provisorio*.

La parte beneficiada prolongará el proceso, especialmente si conjetura una sentencia desfavorable.

Consideramos que una de las causas que genera el incremento de la cantidad, complejidad y duración de los procesos judiciales, obedece a la utilización del proceso por motivos distintos de la pretensión alegada.

11. Nos interesa especialmente la conducta de la administración pública.

¿Aceptaría la administración pública ser demandada, o prolongar un proceso judicial, pese a conjeturar que la sentencia le será desfavorable?

Existen motivos que llevan al funcionario administrativo a “ganar tiempo”, postergando el cumplimiento hasta la ejecución de la sentencia judicial. Motivos políticos, administrativos, financieros, etcétera.

²⁰ Vgr., quién obtenga el funcionamiento de una radioemisora clandestina por vía cautelar en el amparo, no instará luego el proceso judicial.

Así puede denegarse la petición legítima y razonable para evitar el precedente administrativo, al suponer que se producirán de inmediato otras peticiones análogas; para darle a los fondos un destino distinto al que requiere el cumplimiento; para evitar consecuencias políticas disvaliosas difiriendo el cumplimiento de la sentencia para que recaiga sobre el próximo gobierno; por la inercia derivada en la falta de gestión, o la inexistencia de funcionarios con capacidad de decisión que posibiliten instancias de negociación; por la dificultad procedimental para justificar la erogación ante los organismos de control; etcétera.

12. Nos preocupa la *excepcionalidad* en el otorgamiento de medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos que se sustancian en la Provincia de Buenos Aires.

En estos procesos, el *reparto provisorio* en favor del estado puede ser *neutralizado* con *medidas cautelares* cuando concurre la verosimilitud del derecho, evitando la posición de *vulnerabilidad* en la que usualmente se encontrará el particular.

Desde luego que el otorgamiento de una medida cautelar, sea la suspensión del acto administrativo o una cautelar innovativa, genera una desigualdad de signo contrario, porque ahora será el administrado quién no tenga apuro por terminar el litigio. Pero, como hemos visto, la desigualdad provoca distinta vulnerabilidad en cada una de las partes.

13. La jurisdicción no puede ni debe sustituir a la administración²¹.

Su función es la de declarar el derecho, con alcance ejemplar, para que luego la administración se ajuste a ese pronunciamiento judicial por vía del funcionamiento conjetural del derecho.

Existe un deterioro de la institucionalidad que obliga a los particulares a promover acciones judiciales para obtener prestaciones de rutina.

Se inician demandas para forzar la prestación de servicios asistenciales y, lo que es más grave, los propios funcionarios del sistema informan al enfermo que la única alternativa es iniciar una “acción de amparo” con un abogado.

²¹ LAPENTA, Eduardo Victor. La crisis de la Jurisdicción. Cartapacio de Derecho n°5. Unicen. Azul, 2003. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/2/5>

La conducta es innoble porque se simula brindar una “respuesta” al enfermo, en lugar de esforzarse en darle la *auténtica respuesta*: la prestación asistencial.

¿Cuántos realmente podrán iniciar una acción de amparo? Hay que reconocer obstáculos en el acceso a la jurisdicción. Además, la pretensión de judicializar *todo* “quiebra” la posibilidad de jurisdicción.

Los mayores esfuerzos de judicializar *todo* –los reajustes jubilatorios, los “corralitos” bancarios– fueron destructivos para el sistema jurisdiccional.

Hay que revalorizar el *funcionamiento conjetural* para que la administración ajuste su conducta a los precedentes de sentencias en casos análogos.

Las *medidas cautelares*, en tanto *neutralizan* los motivos ajenos a la pretensión o resistencia procesal alegada, son un argumento fuerte en favor del funcionamiento conjetural²².

Es en ese contexto en el que tenemos que repensar la cuestión *del reparto provisorio y las medidas cautelares*.

14. ¿Hay diferencias en la consideración de las medidas cautelares, según se trate de cuestiones regidas por el derecho público o el derecho privado?

Algunos autores consideran que, toda vez el interés público se sobrepone al interés individual, en el ámbito de lo administrativo existe mayor dificultad para el otorgamiento de las medidas cautelares.

Nos parece que no es así.

El reparto provisorio ocasiona un perjuicio que afecta las posibilidades de personalización, y puede ser irreversible, particularmente en los repartos “vitales”. Ese perjuicio constituiría una “lesión especial” en pos del interés común, que incluso pudiera ser indemnizable conforme a las reglas de la responsabilidad lícita.

La administración procura el bien común brindando prestaciones que en gran medida se aplican a las personas en forma individual. Incluso suelen cubrir el incumplimiento de otros particulares, como ocurre en muchas presta-

²² El funcionario solo obtiene 30 días hasta la medida cautelar, en lugar de 3 años de proceso hasta la sentencia.

ciones sociales²³. El estado es el reaseguro de que exista un efectivo ejercicio de los derechos (asistencia médica, sepelio, educación, vivienda, etcétera). No es razonable que el damnificado tenga que esperar la culminación del proceso para obtener aquello que es la finalidad misma del estado.

La afectación al interés público puede ser ínfima en relación al grave perjuicio que sufre el particular²⁴.

Lo expuesto parece aconsejar un otorgamiento generoso de las medidas cautelares, interpretando en favor del administrado los casos de duda.

15. Conclusión. En los procesos contencioso administrativos la situación de desigualdad temporal que hemos denominado *reparto provisorio*, es posible y deseable neutralizarla mediante medidas cautelares, siempre que concurra la verosimilitud del derecho.

Con mayor razón cuando se advierte que la administración actuando como demandada tiene, en el proceso judicial, motivos distintos a la pretensión o resistencia alegada.

La afectación para las oportunidades de vida, y en particular la irreversibilidad en los repartos vitales, suelen ser más valiosos que el interés público involucrado.

Desde la apreciación que corresponde a la política judicial, cabe advertir que la existencia de motivos distintos a la pretensión principal alegada (políticos, administrativos, financieros, etc.) provoca un notable incremento de la litigiosidad. Ello produce un círculo vicioso, porque el incremento del número de procesos alarga la duración de cada uno de ellos, y ese alongamiento aumenta el atractivo de su utilización.

La amplitud en la recepción judicial de las medidas cautelares sería un instrumento idóneo para mejorar el funcionamiento conjetural del derecho administrativo y la ejemplaridad de la sentencia judicial.

²³ El accidentado podrá acceder a la asistencia médica aunque ni el responsable del accidente automotor, ni la empresa de seguro, cumplan con las indemnizaciones exigibles.

²⁴ Por ejemplo, la reincorporación cautelar de un agente sancionado con cesantía, implica el 100% de los ingresos para este y su familia, y tan solo un ínfimo porcentual del gasto en personal para la administración pública.