OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI

El JUICIO DE AMPARO

Prólogo del autor

1. Esta obra llega con una larga demora, esperando que fuera reformada la Ley Federal de Amparo nº 16.986, tantas veces anunciada, multiplicando proyectos, sin que ninguno tuviera recepción suficiente. Quizás se debiera pensar si el cambio es verdaderamente necesario, teniendo en cuenta una simple comparación. En la cuna del amparo, México desarrolla desde la Constitución, la ley y los códigos, una fuerte penetración del proceso en el ordenamiento jurídico, al punto de ser considerado como el juicio por excelencia. Todo o casi todo, transita por esta vía, que responde con sinsabores reglamentarios, que exceden notablemente la casuística expositiva. En líneas generales tiene pocos beneplácitos y demasiadas críticas.

En cambio Argentina, en apenas diecisiete artículos (la ley tiene veinte, sumando los de forma) ha conseguido un notable despliegue de respuestas y soluciones que fueron ganadas del activismo judicial, de la labor creadora e inteligente del abogado, y de la jurisprudencia interpretativa que ha dotado de plenitud un proceso que la ley quiso minimizar desde su orígen.

En la actualidad, pocos pueden afirmar que no sea el amparo la vía más idónea para la protección judicial de la Constitución y de los derechos humanos. Son menos aún los que resisten su protagonismo en el escenario de la justicia nacional.

Sin embargo, hay aspectos reglamentarios que sufren notoriamente de confusiones en la aplicación efectiva de la tutela esperada. Desde la duda sobre la vigencia plena de la norma, hasta la cobertura que presta a modelos nuevos de procesos, tales como los colectivos o especializados derivados de derechos de protección singular (v.gr.: salud, ambiente, relaciones de consumo, etc.), o la poca sintonía de principios teóricos del proceso que son inaplicables en materia constitucional.

2. Este libro es una construcción ideológica que trabaja sobre la influencia que tiene la Constitución en el Proceso, generando una disciplina nueva que elabora un pensamiento distinto, destinado a derrumbar la aplicación supletoria del código procesal civil en materia de procesos constitucionales. Pretendemos demostrar, desde la teoria y la práctica, que el desempeño del juicio de amparo tiene que responder a un estándar común para todos, sin que las leyes que lo ponen en vigencia puedan absorver las libertades que se instalan en la esencia misma de la naturaleza fundamental que porta la garantía.

En este sentido, la supletoriedad de los modelos procesales del juicio ordinario son contradictorios con la propiedad que tiene el amparo. El efecto inmediato es claro y evidente:

cuando se tramita una cuestion constitucional (o derivada de Tratados y Convenciones sobre derechos humanos), las reglas primeras son defender los derechos antes que las personas. Cuando hay un acto o hecho lesivo se encuentra un portavoz que se dice afectado, pero la lesión principal es del derecho alterado, restringido, o amenazado con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. La tarea del juez será interpretar el impacto del vicio denunciado para resolver desde la razón y la inteligencia la sentencia correspondiente. Y, como la cuestión es constitucional, no hay en la primera línea un actor y otro demandado, no hay necesidad de probar lo que es notorio y evidente, tampoco la decisión -por vía de principio- podrá tener eficacia individual. El modelo es otro, se está ante un proceso constitucional que exige cumplir reglas, principios y valores, que el proceso común no tiene, o al menos, los trata y considera de manera divergente.

3. Las asimetrías son advertidas al recorrer cada capítulo. El plazo para demandar en amparo; las posibilidades que tienen todas las personas para trasponer los presupuestos de entrada al juicio, eliminando las barreras de la legitimación procesal; la superficialidad de la carga probatoria que significa poner en el sujeto interesado el deber de demostrar aquello que se debe custodiar con el principio de la supremacía constitucional (art. 31, CN); el rol de los jueces constitucionales que los vuelve intérpretes sin ejercicio dirimente; vale decir, que debe eliminarse el carácter de vencedores y vencidos en procesos de esta naturaleza; de allí la incongruencia de la imposicion de costas, o la ejecución de la sentencia con los trámites del proceso ejecutorio del código procesal, que piensa en el interés del particular, antes que en los beneficios generales.

4. Sostenemos que el desvío natural de las libertades creadas en Siri y Kot (los precedentes judiciales que dieron vida propia al amparo en Argentina) fueron producto de la ley, que debieron quedar superadas después de la reforma constitucional de 1994, pero que prosiguieron provocando alternativas que confundieron el rol que debía cumplir el juicio de amparo.

En otras obras hemos desarrollado el espacio que ocupa el Derecho de Amparo; ahora nos toca volver a la técnica y exponer una idea que avizoramos presente en algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre todo de la mano de dos de sus grandes jueces: Ricardo L. Lorenzetti y Horacio Rosatti.

Precisamente, para que se vea con claridad la evolución, hemos trabajado sin jurisprudencia de tribunales inferiores. Solo se citan, y en algunas oportunidades, en más de una vez, sentencias del tribunal superior de nuestro país.

5. La obra se termina en un tiempo de angustia y respeto; de obligaciones morales y generosidad compartida; de ilusiones y despertares nublosos; sin saber cuál será nuestro destino y si podremos continuar con aquello que la vida nos dio con tanta abundancia.

Es un libro que surge después de mucho tiempo de reflexión, y su aparición quizás sea posible gracias a muchos que, directa o indirectamente, lo han hecho realidad. Quienes conocen mis libros verán que siempre los dedico a alguien en particular, con quien me une más que afecto y empatía, cordialidad o agradecimiento, admiración u homenaje. Hoy siento la necesidad de agradecer a quienes permiten sobrellevar este tiempo de inquietud e impaciencia, dando muestras de templanza y responsabilidad.

6. Gracias a Adelina, Federico, Mercedes, Nacho, Laura, Marcela, Oscar, Patricia, Tono, Mirta, Mili, Daniel, Romina, Mabel y Hugo, mi familia, porque sin ellos, nada es posible.

Gracias a Facebook, Instagram, Twitter, Facetime, Skype, Zoom, que nos permitieron continuar con la tarea educativa y seguir en contacto visual con nuestros afectos más queridos.

A las autoridades nacionales que supieron reunirse bajo una obligación común que los volvió confiables; a los médicos y todo el personal sanitario que lucha contra el coronavirus, a quienes saludamos con una lágrima constante que aparece y despierta todos los días a las 21.00 horas; a los periodistas y medios de comunicación, que nos mantuvieron informados y expectantes, ilusionados y con esperanza.

En este grupo debo y quiero particularizar en Eduardo Feinman un especial agradecimiento por hacer visible aquello que, por las circunstancias del tiempo menesteroso de seguridades, se tornó invisible y de mínima trascendencia. Su tarea personal, y la de quienes lo acompañaron en la primera línea, como Gabriel Iezzi, permitieron verificar los despojos del confinamiento: gente que quedó varada en el exterior del país; urgencias médicas que no se atendían; violencia familiar revelada en tiempos de crisis; la desolación de grupos aislados; y tantas historias más que no se advirtieron porque estabamos (estamos) con la desesperación y angustia que nos produce esta época donde se pone a prueba nuestra templanza.

Este libro tiene esa mirada hacia el futuro que anhela contar en el amparo la máxima garantía de cobertura para la defensa constitucional de los derechos y las personas. Quizás, no lo se, sea el testimonio que puedo dejar como una muestra entusiasta de todo lo que nos queda por hacer a todos y para todos.

Osvaldo Alfredo Gozaíni

En tiempos del coronavirus

ÍNDICE GENERAL

Capítulo I: El derecho de amparo

1. La garantía constitucional del amparo; 2. Los procedimientos en el amparo; 3. El amparo como derecho constitucional; 4. El amparo como proceso; 5. El amparo internacioal como modelo estandarizado.

Capítulo II: Naturaleza jurídica del juicio de amparo

1. Introducción; 2. La constitucionalización del proceso; 3. La función social del juez en el amparo; 4. Cambios esenciales en los principios tradicionales del amparo – proceso.

Capítulo III: El bloque de constitucionalidad

1. El control de constitucionalidad; 2. El bloque de constitucionalidad; 3. Efectos del bloque de constitucionalidad; 4. Poderes constitucionales de todos los jueces; 5. Los conflictos de constitucionalidad; 6. Integración del bloque de constitucionalidad; 7. Limitaciones al uso del bloque de constitucionalidad.

Capítulo IV: Principios generales

1. Tutela general basada en el principio de igualdad; 2. El amparo como única garantía; 3. El amparo como protección de derechos antes que de personas; 4. El derecho a la verdad; 5. El plazo razonable.

Capítulo V: Presupuestos generales

1. Tipos de amparo; 2. El acceso al amparo; 3. El afectado; 4. Presupuesto para la admisión formal; 5. El acto lesivo.

Capìtulo VI: La omisión

1. La omisión como acto lesivo; 2. La omisión imprudente; 3. La omisión negligente; 4. La omisión culpable; 5. La omisión y el plazo razonable.

Capítulo VII: El amparo por mora

1. La omisión administrativa para resolver; 2. Amparo, procedimiento o revisión judicial; 3. Objeto y vías simultáneas; 4. Diferencias entre silencio administrativo e inaccion ilegítima; 5. Legitimación; 6. El sujeto requerido; 7. La prueba; 8. La sentencia; 9. Costas en el amparo por mora.

Capítulo VIII: Actualidad del acto lesivo

1. Premisa general; 2. Interés en resolver; 3. Pérdida del interés; 4. Actualidad del interés renunciado o desistido.

Capítulo IX: Amenaza inminente

1. Inminencia o peligro cercano; 2. Amenaza cierta; 3. La amenaza en los derechos de incidencia colectiva; 4. Urgencia y actualidad; 5. Justicia de protección.

Capítulo X: Lesión, alteración y restricción

1. Significados del alcance de cada acto lesivo; 2. Lesión constitucional; 2. Alteración de derechos y garantías; 3. Restricciones ilegalesy arbitrarias.

Capítulo XI: La arbitrariedad manifiesta

1. Conceptos generales; 2. Concepto de arbitrariedad; 3. Lo arbitrario como supuesto de ilegitimidad.

Capítulo XII: Ilegalidad evidente

1. Concepto; 2. Actuación contraria a la ley; 3. Ilegalidad técnica.

Capítulo XIII: Ilegitimidad del acto

1. Legitimidad de origen y de ejercicio; 2. Principios de legitimidad; 3. La ilegitimidad en los fallos de la Corte Suprema nacional.

Capítulo XIV: Gravedad del caso y notoria injusticia

1. Paralelos con la gravedad institucional; 2. Parámetros de la gravedad; 3. Trascedencia del caso; 4. Notoria injusticia.

Capìtulo XV: Vía judicial más idónea

1. La comparación entre medios judiciales más efectivos; 2. Rapidez, urgencia y expeditividad en el amparo; 3. El amparo como vía directa; 4. Idoneidad de la vía; 5. Teoría de la reconducción.

Capítulo XVI: Supuestos de improcedencia

1. Casos vigentes de improcedencia; 2. Actos provenientes del Poder Judicial; 3. Aplicación de la Ley de Defensa Nacional; 4. Afectación de servicios públicos o actividades esenciales del Estado; 5. Necesidad de mayor debate y prueba.

Capítulo XVII: El amparo contra la inconstitucionalidad de las leyes

1. Supuesto de improcedencia derogado; 2. El amparo y la declaración de inconstitucionalidad; 3. Prohibición de declaraciones abstractas; 4. Declaración de inconstitucionalidad sin petición expresa de las partes.

Capítulo XVIII: El plazo para interponer el amparo. Rechazo in límine

1. Supuesto derogado de improcedencia; 2. El poazo después de la reforma constitucional de 1994; 3. El rechazo in limine; 4. Demanda objetivamente improponible; 5. Conclusiones.

Capítulo XIX: Autoridad pública

1. Concepto de autoridad; 2. Autoridad ejecutora del acto lesivo; 3. Autoridad responsable; 4. Autoridades sin identificar; 5. Conclusiones.

Capítulo XX: Actos de particulares

1. Introducción; 2. ¿Rige el proceso sumarísimo?; 3. El amparo no es un juicio sumarísimo; 4. Trámite específico.

Capítulo XXI: Legitimación para actuar en el juicio de amparo

1. Generalidades; 2. Requisitos del amparo individual; 3. Requisitos generales para los derechos de incidencia colectiva; 4. Legitimación cotra cualquier forma de discriminación.

Capítulo XXII: Legitimación del usuario, consumidor y asociaciones

1. Principios generales; 2. Legitimación individual del consumidor; 3. Legitimación del usuario; 4. Legitimación de las asociaciones.

Capítulo XXIII: Legitimación del Defensor del Pueblo

1. Artículo 86 de la Constitución Nacional; 2. Legitimación del funcionario o de la institución; 3. Legitimación por representación; 4. Forma de actuación; 5. Intervención del Defensor del Pueblo en el amparo.

Capítulo XXIV: Amparo individual

1. Concepto; 2. Ámbito de actuación; 3. Posibilidades del amparo individual.

Capítulo XXV: Amparo colectivo

1. Introducción; 2. La tutela de deechos colectivos; 3. Sujetos del amparo colectivo; 4. La representación adecuada; 5. Acciones de clase; 6. Colectivo identificado o de imposible individualización.

Capítulo XXVI: La competencia en el amparo

1. Reglas para la competencia; 2. Competencia por razón del lugar; 3. Competencia por razón de la materia; 4. La regla de prevención primera; 5. Competencia originaria y exclusiva; 6. Reglas

de competencia del Código Civil y Comercial; 7. Competencia por razón del grado; 8. La declración de incompetencia sin petición de parte.

Capítulo XXVII: La demanda de amparo

1. Demanda o requerimiento; 2. Efectos de la interposición; 3. Requisitos de identidad; 4. Requisitos en el amparo colectivo; 5. Los hechos en la demanda; 6. El derecho y su fundamentación.

Capítulo XXVIII: Intervención de terceros

1. Los terceros en el proceso de amparo; 2. Integración de la litis; 3. La eficacia de la cosa juzgada en los terceros.

Capítulo XXIX: Requerimiento del informe circunstanciado

1. Informe del sujeto pasivo requerido; 2. El derecho de defensa en juicio del requerido; 3. El informe simple sin prueba. Efectos sobre la documentación; 4. Información sin ofrecimiento de pruebas; 5. Omisión de producir el informe.

Capítulo XXX: La prueba en el juicio de amparo

1. El derecho a probar; 2. La prueba en el amparo; 3. El ofrecimiento de la prueba; 4. Carga de la prueba; 5. Etapa probatoria; 6. La audiencia de prueba; 7. Efectos de la audiencia.

Capítulo XXXI: Medidas cautelares y provisionales

1. Régimen legal; 2. Tutela de urgencia y sistema cautelar; 3. Tutela preventiva; 4. Tutela anticipatoria; 5. Tutela de satisfacción immediata; 6. Medidas provisionales; 7. Medidas cautelares contra el Estado.

Capítulo XXXII: La sentencia en el amparo

1. Sentencias constitucionales en el control concentrado y difuso; 2. Contenido de la sentencia; 3. Sentencias de inconstitucionalidad; 4. Modalización de las sentencias; 5. Sentencias interpretativas; 6. Sentencias complementarias; 7. Sentencias normativas; 8. Sentencias exhortativas; 9. El plazo para dictar sentencia; 10. Alcance del concepto sentencia definitiva.

Capítulo XXXIII: La cosa juzgada

1. Naturaleza de la cosa juzgada; 2. Cosa juzgada constitucional; 3. Fundamentos de la cosa juzgada; 4. Extensión de la cosa juzgada; 5. Límites objetivos de la cosa juzgada; 6. Límites subjetivos de la cosa juzgada.

Capítulo XXXIV: Recursos contra la sentencia del amparo

1. Recursos admisibles; 2. La reposición; 3. La aclaratoria; 4. El recurso de apelación; 5. Los plazos en el amparo; 6. El plazo de gracia; 7. El efecto de la concesión del recurso; 8. El recurso extraordinario federal en el amparo.

Cap**ítulo XXXV: Las costas en el amparo**

1. Principios generales; 2. Vencedores y vencidos; 3. La acción temeraria; 4. Omisión del pronunciamiento sobre costas; 5. Naturaleza del acto lesivo.

Capitulo XXXVI: Ejecución de la sentencia

1. Régimen legal; 2. El amparo como vía de ejecución; 3. Ejecución forzosa; 4. Cumplimiento de las sentencias exhortativas; 5. Cumplimiento de la sentencia en el amparo colectivo.

CAPÍTULO I

El derecho de amparo

1. La garantía constitucional del amparo

1.1 En general, el derecho comparado interpreta al amparo como un proceso constitucional. Lo deriva de las garantías judiciales que las Normas Fundamentales establecen, siendo su finalidad principal, la protección efectiva de los derechos que ellas disponen.

Este modelo pensado para la defensa de los derechos constitucionales, en Argentina, está previsto en el art. 43 de su máximo estatuto, sosteniendo que:

> Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.
>
> Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.
>
> Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.
>
> Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por

el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

1.2 La garantía puesta en práctica, observa un modelo técnico que no se aplica con los mismos parámetros en todo el territorio nacional. A veces, se lo interpreta amplio y permisivo, tolerando flexibilidades en los presupuestos de admisión sobre las personas que piden, o el derecho que plantean. En otras, se reduce y simplifica la cuestión constitucional, limitando sensiblemente al instrumento, sobre la base de considerar que el amparo es un remedio subsidiario de otras vías judiciales más idóneas.

La cuestión, lejos de constituir una opción preferente para el juez o tribunal que debe entender en un juicio de amparo, representa mucho más que un dilema de naturaleza procedimental. En los hechos configura un modelo a seguir para la tutela judicial de las garantías fundamentales, y en este sentido, es evidente que debe ponerse en línea con el sistema político e institucional del Estado.

No queremos afirmar con ello que el pensamiento político defina el accionar de los jueces; todo lo contrario, se trata nada más que de advertir como desde una garantía esencial para los derechos se puede vulnerar el acceso a la justicia y dejar sin control efectivo al poder discrecional de la autoridad.

1.3 Comenzaremos el estudio analizando la institución desde el derecho constitucional inserto en las cláusulas de las cartas fundamentales; después, proseguiremos viendo su función como instrumento o, como garantía específica para tutelar los derechos del hombre; y finalizaremos con algunos comentarios puntuales sobre lo que queda vigente de la actual ley de amparo federal.

En nuestro libro "*El Derecho de amparo*"[1] sostenemos que hablar de "tutela" supone, muchas veces, referir a una autoridad que, en defecto de la paterna o la materna, se confiere a otro para cuidar de la persona y los bienes de aquél que, por minoría de edad o por otra causa, no tiene plena capacidad civil. También significa guiar, proteger o defender a una persona. Cuando a esta idea se agrega la voz "judicial", cabe deducir que el resguardo será ejercido por una autoridad jurisdiccional.

[1] Gozaíni, Osvaldo A., *El derecho de amparo.* Depalma, Buenos Aires, 1998 (2ª edición), ps. 18 - 19.

Por su parte, "amparo" se relaciona con estos conceptos. Amparar es tutelar, o valerse del apoyo de alguien o de algo para lograr cierta protección. Además, amparar viene del latín "anteparare" que significa prevenir, lo cual agrega un sentido más completo de las nociones que presentamos.

En ambos casos, el mensaje responde a la idea de proteger al más débil, o a quien carece por su incapacidad de la posibilidad real de gobernarse por sí mismo. Los significados son técnicos, es verdad, pero actualmente estas nociones han variado y no afincan precisamente en los moldes dispuestos etimológicamente.

La consagración constitucional de un "derecho a la tutela judicial efectiva" que pregona por ejemplo, el artículo 24.1 de la Carta Fundamental de España, muestra el nacimiento de un derecho propio, no asistencial, que radica en la persona y en la que el Estado, a través de los jueces y sus instituciones procesales, está obligado a contribuir para el afianzamiento de ambas garantías.

Estas, no son otras que un derecho al servicio judicial efectivo, donde la herramienta técnica debe ser un procedimiento rápido y expedito. El amparo deja de funcionar como instrumento técnico, para desempeñarse como un derecho garantista de la persona.

La síntesis podrá mostrar al instituto en sus dos vertientes: como *derecho* y como *garantía*. Desde allí se podrá comprender porqué el amparo es el más importante proceso para la defensa y promoción de los derechos humanos, y fundamentalmente, se encontrarán las razones por las que se deben asegurar los mecanismos constitucionales y procesales que afiancen la eficacia antes que su restricción.

1.4 Con tales fines, el punto de partida siempre está en el sistema constitucional previsto para la defensa de las libertades.

Hay ordenamientos que no poseen órganos especiales para la tutela constitucional específica (la defensa de la Constitución), porque prefieren que sean todos los jueces los que resguarden la supremacía de las normas fundamentales. Otros, en cambio, lo resuelven con la creación de tribunales constitucionales, generando así una magistratura especial. Ésta, a veces, queda dentro de la estructura jurisdiccional; en otras mantienen una organización y función aislada del Poder Judicial provocando ciertas tensiones entre cúpulas.

En Europa, por ejemplo, el amparo normativo funciona en la órbita del Tribunal Constitucional, que fungiendo en su dimensión política, resuelve el control de constitucionalidad. En cambio, el amparo ordinario, trabaja dentro de lo jurisdiccional puro, siendo función judicial propiamente dicha, aunque entre las competencias que aplican haya matices que los diferencian.

Por su parte, nuestro país, permite interponer el juicio de amparo en cualquier tribunal. El reducto es el caso a juzgar, y los derechos a interpretar, donde la decisión será individual, y la doctrina pueda servir como guía de orientacion.

No obstante, hay un criterio general que hace que todos los mecanismos referidos sean encauzados en un solo sentido, y para que todos respondan, objetivamente, a un único fin: *fiscalizar la actividad del poder para evitar la arbitrariedad o los abusos*.

> Por eso, sostiene Aragón Reyes que, una de las características del control jurídico, y por ello del control jurisdiccional, es que el parámetro lo constituyen normas abstractas, predeterminadas, que le vienen impuestas al órgano controlante y que éste se limita a aplicar en cada caso. Dicho en otras palabras, el parámetro está formado por normas jurídicas, o más exactamente, por el derecho en su expresión objetiva: el ordenamiento jurídico (que incluye no sólo normas, sino también "principios" jurídicos)[2].

1.5 La diversidad no es demasiado compleja, como sí lo es el trámite o procedimiento. Esto se agrava cuando aparecen alternativas que componen una estructura propia para el control de constitucionalidad, como son los modelos latinoamericanos, en especial aquellos que instalan salas constitucionales, o tribunales de garantías fundamentales.

La singularidad, entonces, provoca alteraciones en los modelos teóricos que se presentan. No es igual el amparo mexicano, respecto al español; no tiene igual entidad el juicio de amparo argentino, relacionado con el mandado de segurança brasileño, etc. Hay un piso común, es cierto, que son la defensa y promoción de los derechos y garantías del hombre; pero la técnica dispuesta varía, provocando de algún modo, la necesidad de unificar o, al menos, armonizar los sistemas.

[2] Aragón Reyes, Manuel, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, en "Jueces y Derecho, Problemas Contemporáneos", Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez (compiladores). Porrúa – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004, p. 154.

2. Los procedimientos en el amparo

2.1 Al observar el desarrollo de la jurisdicción constitucional se comprueba que existen derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva que tienen un acceso facilitado al recurso de amparo, y otros similares de naturaleza técnica, que no consiguen la misma rápida atención.

En consecuencia, el sistema procesal obra determinante para esclarecer el problema, porqué la protección constitucional difiere cuando los mecanismos que impulsa el ordenamiento jurídico son diferentes. Esta diversidad puede significar muchas cosas, pero lo más importante suele afincar en las reales posibilidades de cobertura y asistencia que expresen.

Estas asimetrías se agravan cuando se asimilan los llamados "amparos colectivos" a los procesos con sujetos múltiples o con pluralidad de partes; lo mismo ocurre cuando se quiere igualar las acciones de clase con los procesos colectivos. Todo ello conduce a la necesidad de dilucidar las diferencias, y orientar a jueces y abogados que, usando la jurisprudencia corriente, incurren en errores inducidos.

2.2 El sentido actual de la "jurisdicción" ha perdido el criterio de simple sujeción del juez a la ley, al encontrar en su significado el permiso de controlar la legitimidad constitucional de normas y actos. La función de los jueces tiene un norte que enaltece el objetivo del amparo, reforzado hoy con el principio de actuar esa fiscalización constitucional sin necesidad de petición expresa de las partes en conflicto.

Es sabido que los modelos de protección constitucional se dividen en esquemas políticos y jurisdiccionales, y dentro de éstos, la trascendente división entre tribunales constitucionales (modelo concentrado) y justicia constitucional (modelo difuso). Si bien, los dos mantienen la noción garantista, es evidente que unos estarán protegidos por el desempeño del juez ordinario, mientras que otros confiarán en las magistraturas constitucionales; y donde no exista tal diferencia, los espacios a cubrir igualitariamente, estarán dados por los instrumentos procesales específicos (vgr.: amparo, hábeas data, recurso de protección, hábeas corpus, etc.).

Pero la noción que pretendemos esbozar en este libro, consiste en advertir que hay al menos cuatro coberturas mínimas en las que, tanto la tutela judicial ordinaria, como el amparo constitucional, o ambos en conjunto como valores que responden a garantías consagradas en los derechos del hombre, no pueden dejar de estar presentes. Son presupuestos que eslabonan deberes jurisdiccionales que se dan escalonadamente:

a) El derecho de toda persona a ser oído. Que significa la posibilidad concreta de peticionar ante la justicia, sin otra limitación que la representación adecuada, la legitimación procesal, y la trascendencia de los derechos constitucionales que se manifiestan;

b) que el juez no anteponga cuestiones técnicas para oír la pretensión que se fundamenta, debiendo otorgar suficientes oportunidades para alegar y probar;

c) que se otorgue derecho al contradictorio, es decir, que no propicie en caso alguno la indefensión, y

d) que la sentencia constituya una resolución justa y fundada de los derechos que fueron afirmados.

Está claro que esta base de asentamiento se puede llevar al plano de los principios generales y requerir su acatamiento en todo tipo de procesos, pues en definitiva, cada uno tiende a resolver los problemas del acceso a la justicia; a evitar los rigorismos formales o el exceso manifiesto de las solemnidades; a consagrar el derecho de defensa en juicio y a prevenir la arbitrariedad o sin razón de los pronunciamientos judiciales.

2.3 En suma, el amparo no es un proceso cualquiera donde se protegen derechos subjetivos de alcance particular. Cualquier amparo proyecta el derecho en ciernes a otras sitaciones jurídicas subjetivas, de manera tal que cuanto se resuelva importará tanto apoyar la idea de concretar la justicia según las normas vigentes; como fomentar la conformidad del ciudadano con sus derechos, y la manera como la actividad judicial los protege y defiende.

El mensaje que transporta la noción de tutela judicial efectiva se corresponde con la transformación que trae la justicia de este siglo. No se trata ya de resolver los conflictos entre personas aplicando leyes y disposiciones generales pensadas para el

bien común, sino también, de complementar la actividad judicial con acciones eficaces que muestren su preocupación por los problemas individuales, en cada etapa del proceso, con la diligencia debida.

En definitiva, el concepto de tutela no debe encontrar simetría con el *nomen* civilista asignado como protección al incapaz o indefenso; se trata de encontrar, en todo caso, una vía judicial que ampare los derechos de una persona y permite tener en él un cauce adecuado a sus lógicas expectativas de justicia.

3. El amparo como derecho constitucional

3.1 La protección del amparo se dirige hacia derechos fundamentales, sin importar si ellos están constitucionalizados (es decir, incorporados en las declaraciones y garantías de una Constitución), o provienen de derechos implícitos o impuestos por instrumentos de tutela supraestatal, como los Pactos y Convenciones internacionales sobre derechos humanos.

El concepto mismo de derechos fundamentales encuentra, actualmente, una concepción más abarcativa que la habitualmente acotada a los derechos y garantías constitucionales. Ferrajoli, por ejemplo, los define como derechos universales e indisponibles de la persona física, del ciudadano, o del sujeto capaz de obrar, en oposición a los derechos patrimoniales definidos como derechos singulares y disponibles[3].

3.2 La defensa de los derechos se instrumenta desde los ordenamientos procesales, de modo tal que resulta necesario diferenciar el amparo como garantía procesal de los derechos humanos, del derecho al amparo que pertenece a toda persona que requiere la asistencia legal de sus derechos por medio de un recurso rápido y efectivo.

Esta distinción es necesaria para evitar que el amparo continúe siendo visto como un proceso excepcional y extraordinario, pues la esencia del mensaje es la

[3] Ferrajoli, Luigi, *Los derechos fundamentales en la teoría del derecho,* en "Los fundamentos de los derechos fundamentales". Trotta, Madrid, 2005 (2ª edición), p. 139.

protección inmediata (amparar) y efectiva, contra cualquier amenaza o lesión a un derecho fundamental.

La continuidad del *amparo-proceso* sirve como excusa para evitar el juzgamiento, mientras que el *derecho al amparo* logra asegurar ese cauce mencionado para la tutela efectiva de los derechos humanos.

> En Argentina, diversos artículos de la Constitución de 1853 avalaron la operatividad del proceso de amparo, aun cuando no estuviera definido con precisión. Tanto el artículo 18 que mencionaba al derecho de defensa, o el artículo 28 que estableció la inalterabilidad de los derechos a través de leyes reglamentarias; como el artículo 33 (derechos implícitos), fijaron el marco desde el cual la jurisprudencia encontró la vía para admitir el amparo. Actualmente, el artículo 43, constitucional, otorga dimensión fundamental al juicio de amparo al crear, justamente, el derecho de amparo.

3.3 La historia argentina, en materia de amparo, reconoce en la Constitución de 1853/60 (que ha dado en llamarse constitución histórica) sólo la libertad ambulatoria, que contaba con una protección procesal sencilla, breve y específica: el hábeas corpus.

Aun siendo imprecisa y elíptica su alusión en el texto constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación la admitió sin dificultades como un mecanismo de protección de la libertad física o corporal.

> Por ejemplo, en Fallos 81:246 se afirma que el hábeas corpus no fue establecido para investigar y apreciar los derechos emergentes de los contratos que pueden o no corresponder a las personas cuya libertad se encuentra restringida; pero confirma la vía en los autos "Manuel González Maseda" cuando debió pronunciarse sobre una apelación extraordinaria vinculada con el derecho de reunión. Informa Sagüés que, en este caso, el recurrente había optado por el hábeas corpus ante el rechazo policial del permiso solicitado por el Partido Socialista Independiente para realizar una manifestación pública, que tras ser resuelto por la Cámara, culminó con el fallo de la Corte que sostuvo que era indispensable que las acciones o los recursos llamados a hacer efectiva la garantía de esos derechos, se ejerciten en el modo y dentro de los términos señalados por las leyes de forma que son de orden público y, por lo tanto, de estricta observancia[4].

[4] Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional – Acción de amparo.* Astrea, 1995 (4ª edición), Buenos Aires, ps. 3/4.

3.4 Los otros derechos fundamentales estaban garantizados por el proceso común u ordinario ante los tribunales de justicia, de manera que la denegatoria del amparo se fundó, básicamente, en la noción de que la judicatura estaba inhibida de reemplazar las vías ordinarias de procedimiento en tanto no existieran otras reguladas legalmente.

En 1956 (cuando el amparo está consolidado en el derecho comparado) Angel Siri, propietario del diario "Mercedes" de esa localidad, fue detenido y clausurado su periódico. Si bien fue liberado, continuó al frente del establecimiento una "consigna policial".

Siri solicitó ante un juzgado de 1ª instancia de la misma localidad, que se proveyera lo necesario para hacer cesar la restricción de sus derechos (libertad de imprenta y trabajo).

El planteo judicial fue rechazado en 1ª y 2ª instancia con fundamento en que se trataba de un recurso de hábeas corpus que sólo protege la libertad física o corporal. Cabe destacar que en tal sentido ambas sentencias eran correctas, ya que el actor se encontraba en libertad.

Sin embargo la Corte Suprema advirtió, previo informe sobre la subsistencia de la clausura, que el recurrente en ningún momento había expresado que interpusiera un recurso de hábeas corpus, sino que "únicamente había invocado la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los arts. 14, 17 y 18 de la CN".

> En el trámite del expediente se había intentado infructuosamente constatar de donde provenía la restricción y cual era su objeto o finalidad. En consecuencia, apartándose de su tradición jurisprudencial, la mayoría del Tribunal (con nueva integración, tal como se preocupa en resaltar) determinó que "bastaba la comprobación inmediata de que la garantía constitucional invocada se hallaba evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justificara dicha restricción para que tal garantía fuera restablecida por los jueces en su integridad".

En cuanto a la ausencia de reglamentación procesal, reivindicó la intervención de los jueces, no sólo como una facultad, sino claramente como deber, al decir que […]:

> Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes que reglamenten su ejercicio, las cuales sólo son requeridas para establecer en que casos y con que justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

Se explayó, también, con una cita de Joaquín V. González respecto de la fuerza obligatoria de los derechos, declaraciones y garantías, aludiendo al deber de los jueces de aplicarlas en su plenitud evitando debilitarlas con vagas interpretaciones.

El valor esencial de esta sentencia radica en dos aspectos:

> *a)* La afirmación de la operatividad de los derechos y garantías fundamentales con prescindencia de su reglamentación legal y,
>
> *b)* el deber de la judicatura de arbitrar los medios necesarios para hacer efectiva esa operatividad.

3.5 En 1958, un año después del caso Siri, la Corte (con otra integración) tuvo oportunidad de ampliar sus fundamentos sobre la posibilidad de admitir un procedimiento breve y sencillo ante la evidencia de una restricción injustificada a un derecho constitucional.

Ello ocurrió cuando Juan Kot titular de la empresa Manuel Kot SA requirió se le restituyera el inmueble en que funcionaba una fábrica textil que había sido ocupada por los trabajadores, en disconformidad con la decisión de la empresa de reincorporar sólo algunos de ellos, y luego que la autoridad administrativa hubiera declarado la ilegalidad de la medida de fuerza.

El establecimiento se encontraba paralizado desde abril de 1958 (la Corte dictó su sentencia en septiembre del mismo año), por lo que la restricción del derecho de trabajar llevaba varios meses.

El reclamo deducido por Kot fracasó en ambas instancias por cuanto la acción había sido caratulada como denuncia de usurpación, habiéndose probado que la ocupación tuvo como causa un conflicto laboral y no el despojo de la posesión del inmueble con ánimo de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.

El día que la Cámara rechazaba el recurso de apelación y ante el mismo Tribunal, el apoderado de la empresa promovió "recurso de amparo" invocando la sentencia recaída en el caso Siri.

> Resulta interesante observar que la Alzada incurrió en igual error que en Siri al rechazar la presentación alegando que "el hábeas corpus tiene por objeto esencial la protección de la libertad corporal y no puede hacerse extensiva a la protección de otros derechos".

> La Corte al resolver el recurso extraordinario federal aclaró que el accionante no había deducido recurso de hábeas corpus sino de amparo o sea que "dedujo una garantía distinta a la que protege la libertad corporal". Sin embargo admitió una semejanza: en ambos casos se trata de "una protección expeditiva y rápida".

Verificada la subsistencia de la lesión a los derechos de trabajo, propiedad y libre actividad, el tribunal ordenó restituir la fábrica a sus propietarios, invocando su propio antecedente (Siri) a pesar de ofrecer dos modalidades diferentes:

a) La restricción al derecho emanaba de un acto de autoridad privada.

b) Se había intentado antes otra vía procesal (ante el fuero criminal).

Esencialmente, la Corte reivindicó la universalidad de las garantías al afirmar que "la protección de los llamados derechos humanos no está circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad", de manera que los jueces no pueden distinguir donde la propia Constitución Nacional no lo hace[5].

3.6 Actualmente, el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional significa un cambio fundamental en el tratamiento del tradicional proceso de amparo. Ha dejado de ser una figura procesal para constituirse en un "derecho" o "garantía" específico, cuya principal concreción es instalar el derecho al amparo.

Por ello, el amparo no es una vía subsidiaria o indirecta, sino la garantía por antonomasia; la única herramienta disponible para actuar los derechos fundamentales de inmediato.

La conclusión significa apartar la idea de ”amparo” como juicio de carácter contencioso donde se debe demostrar el acto lesivo inconstitucional, manifiesto y arbitrario; para instalar la noción en el concepto de “garantía”, por el cual, el proceso es una consecuencia necesaria de la protección procesal que se dispensa desde la Norma Fundamental.

3.7 El obrar como garantía (derecho al amparo) modifica el emplazamiento del proceso tradicional, pues además de reconocer en la letra expresa del texto fundamental

[5] Respecto de la existencia de vías procesales comunes, previas y paralelas, justificó la especialidad del amparo como único medio procesal apto para restablecer de inmediato el derecho, restringido durante varios meses por el hecho prolongado de la ocupación.

ese cambio trascendente, requiere que la garantía se consolide en un proceso "rápido y expedito".

Este modelo, en Europa suele capturarse como una “garantía procesal cualificada”, porque cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales, existe una especie de determinación constitucional que tiene la forma de un mandato dirigido al legislador para que actúe en consecuencia de la promesa de tutela; y al mismo tiempo, una suerte de resistencia frente a la legislación inconstitucional.

> En este sentido, afirma Jiménez Campo que, la garantía que tiene el amparo constitucional significa que, si bien para su aplicación se necesita una ley orgánica, ello no impide que se actúe un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad destinados a desarrollar un mecanismo de asistencia para los derechos fundamentales. Por eso, puede verse en la Constitución un derecho de “acción procesal” –ordinaria o constitucional- para la defensa de los derechos fundamentales allí relacionados[6].

4. El amparo como proceso

4.1 En nuestro país, salvando las características del derecho público provincial (con su control de constitucionalidad local), la Norma Fundamental del Estado recibe fiscalización jurisdiccional de todos los jueces. El amparo constituye la única vía directa para solicitar la protección de los derechos fundamentales.

Es cierto, también, que algunas legislaciones provinciales cuentan con acciones declarativas de inconstitucionalidad, o con recursos de inconstitucionalidad; pero el fenómeno masivo deja en la acción de amparo el tránsito inicial para la defensa o tutela.

> Los artículos 14, 18 y 43 de la Constitución Nacional permiten la interpretación. El art. 14 señala "el derecho de petición a las autoridades"; el art. 18 fija las reglas que encolumnan la garantía constitucional de defensa en juicio; mientras que el art. 43 ingresa en el derecho al amparo. Las tres suman el derecho de acción, el proceso debido y la garantía de eficacia jurisdiccional. El conjunto se compenetra de un piso de marcha común a todo tipo procesal, casi diseñado como un modelo que pretende individualizar las reglas y principios que por su condición de "presupuestos generales", no pueden variar conforme el sistema al que adscriban[7].

[6] Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Conceptos y garantías*. Trotta, Madrid, 1999, p. 83.

[7] Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Amparo.* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002, p. 251.

La Constitución, entonces, delinea los derechos defendidos mediante distintos modelos de amparo, los cuales, teniendo una base común, permiten adquirir fisonomía propia. De este modo, en orden aparecen el amparo individual y colectivo contra actos públicos o de particulares; el amparo que persigue la declaración de inconstitucionalidad dentro de un caso concreto; el amparo contra cualquier forma de discriminación; el hábeas data y el hábeas corpus.

4.2 La inserción en la norma básica del Estado no significa que se haya dado reconocimiento constitucional al proceso de amparo, porque la idea planteada en la reforma de la Norma Fundamental, dejó en claro que se estaba creando una nueva garantía, que implantaba un sistema armónico con el conjunto de normas destinadas a la efectiva protección de los derechos humanos.

Por eso es que los reglamentos procesales que se disponen para el juicio de amparo, deben considerar este emplazamiento, y no variar con los presupuestos y trámites dispuestos, el significado implícito en esta redacción.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que […]

> Ese deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención. Este artículo distingue entre acusación (es) penal (es) y procedimientos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Aún cuando ordena que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal en ambas circunstancias, estipula adicionalmente, en los casos de delitos, unas garantías mínimas. El concepto de debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, easas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal[8].

4.3 Ahora bien, la implementación de reglas genéricas sólo es posible si ellas se instrumentan como auténticas "garantías", evitando de este modo interpretaciones variables o interesadas.

[8] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Suárez Rosero”, sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C nº 35, párrafos 76 - 78.

De todas maneras, conviene advertir que es muy distinta la situación en países que tienen Tribunales Constitucionales, respecto a los que extienden a todos los jueces el control de constitucionalidad.

En los primeros, el amparo tiende a limitarse para evitar el desborde de causas, pero coexisten otras vías o remedios para lograr la actuación fiscalizadora. Mientras que, en los sistemas difusos, el amparo convive con otros mecanismos jurisdiccionales que no resuelven plenamente su condición de procesos constitucionales, de forma tal que se interpretan bajo el concierto de reglas comunes que, habitualmente, confunden la finalidad perseguida y anulan ostensiblemente la defensa constitucional de los derechos[9].

[9] Sostiene López Guerra que, hoy es posible afirmar que de los Tribunales Constitucionales efectivamente existentes, ninguno responde enteramente al modelo "típico" de la justicia constitucional que se expone en los libros de texto: al modelo "concentrado" o europeo como opuesto al "difuso" o americano. Desde 1920, fecha en que se crearon los primeros Tribunales Constitucionales de Checoslovaquia y Austria, hasta la actualidad, la configuración de estos Tribunales en los países que los han adoptado, ha evolucionado, en lo que se refiere a sus funciones, hacia fórmulas mixtas, que reúnen características de ambos sistemas. Los modernos Tribunales Constitucionales han adoptado, del modelo americano, la protección de derechos individuales en casos concretos; y del modelo kelseniano la defensa y protección abstracta del orden constitucional (López Guerra, *Protección de los derechos fundamentales*, en "Justicia Constitucional Comparada". UNAM, México, 1983, ps. 123 y ss.).

a) En el *modelo difuso o americano* de justicia constitucional, el análisis de constitucionalidad, por parte de los Tribunales ordinarios, de actuaciones públicas (legislativas o de otro tipo) se lleva a cabo con ocasión de un proceso concreto, en que se decide sobre derechos determinados de sujetos individuales identificables, que son partes en el procedimiento. En último término, el objeto del análisis de constitucionalidad sería la protección de esos derechos individualizados, y los efectos inmediatos de la decisión judicial se producen, pues, inter partes. Los efectos generales de las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad no son resultado de un pronunciamiento formal de inconstitucionalidad, con efectos erga omnes, sino un resultado indirecto, derivado de la estructura de los Tribunales y del sometimiento de los Tribunales inferiores a los precedentes sentados por los Tribunales superiores.

b) En el *modelo europeo/kelseniano*, (frente al modelo americano, centrado en la protección de derechos individuales) los procedimientos de justicia constitucional aparecen sobre todo como técnicas para proteger el orden constitucional mediante la resolución de conflictos o controversias entre poderes del Estado (o partes de esos poderes). No hay que olvidar que el precedente inmediato del Tribunal Constitucional austriaco diseñado por la Constitución "kelseniana" de 1920 fue el Tribunal imperial (Reichsgericht) que se configuraba esencialmente como un Tribunal de Conflictos. En estos procedimientos, pues, no se discuten pretensiones individuales, no se decide sobre derechos en juego de ciudadanos concretos, sino que se decide sobre la regularidad constitucional *in abstracto* de la actuación de los poderes públicos, buscando la protección del orden constitucional, y llevando, eventualmente, a la declaración de inconstitucionalidad y eliminación del ordenamiento de aquellas normas que se consideren contrarias a ese orden. Son los poderes públicos, pues, y no el ciudadano los protagonistas del procedimiento, y esos conflictos se resuelven mediante resoluciones con fuerza *erga omnes*; resoluciones que configurarían esencialmente al Tribunal Constitucional como un legislador negativo.

El desarrollo del *carácter mixto* de la configuración de los modernos Tribunales Constitucionales ha dado lugar a que lleven a cabo funciones que derivan tanto del modelo europeo como del americano. Es así posible distinguir por un lado, una serie de procedimientos que responden a la función de protección de derechos individuales; por otro, los procedimientos que pretenden una defensa *in abstracto* del sistema constitucional; y finalmente, aquellos procedimientos que responden a ambos objetivos, en mayor o

5. El amparo internacional como modelo estandarizado

5.1 El paso más importante que se puede dar en esta materia es hilvanar argumentos en pos de un "amparo constitucional", que tiene en Latinoamérica una posibilidad abierta merced a la trascendente influencia del sistema interamericano.

Todos los Estados ratificaron el llamado Pacto de San José de Costa Rica, que asienta en el eje de los arts. 8 y 25, el derecho a tener un recurso sencillo y eficaz, que en la mayoría de los ordenamientos se refleja en el amparo.

> Dice Ayala Corao, que el derecho a la protección judicial de los derechos humanos consagrado en ese instrumento internacional, se debe ejercer en la jurisdicción de dichos Estados partes, fundamentalmente a través del amparo constitucional o sus equivalentes, y las demás acciones o recursos judiciales especializados. En efecto, la Convención Americana consagra el derecho de toda persona, a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, para que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Convención.
>
> Este derecho constituye un estándar mínimo común para los Estados partes de la Convención Americana, que consiste en la obligación de garantizar la protección judicial de los derechos consagrados en la propia Convención (además de sus Constituciones y leyes), mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos. Este derecho es, en definitiva, una determinación específica de la obligación internacional asumida por todos los Estados partes de esa Convención, de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.
>
> En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que: La obligación de los Estados partes de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), que deben ser sustanciados con la regla del debido proceso (artículo 8.1.), está comprendida en la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.
>
> En relación al derecho consagrado en el artículo 25.1 de la Convención y su vinculación con la institución de amparo constitucional, la Corte Interamericana ha sostenido que el texto citado es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la

menor medida (Cfr. López Guerra, *Protección de los derechos fundamentales*, en *Justicia Constitucional Comparada*, cit., ps. 125/127).

> tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención[10].

De todos modos, cada proceso constitucional regulado como amparo tiene ampliaciones y limitaciones que ocasionan situaciones de desigualdad; de allí la necesidad de encontrar pilares comunes y salvaguardas generales.

Por ejemplo, cuando se trata de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, y las herramientas internas no respoden con la fuerza y suficiencia que se necesitan (v.gr.: amparo y hábeas corpus), la jurisdicción nacional debiera considerarse agotada y, en consecuencia, dejar expedita la jurisdicción internacional de los derechos humanos. Tema polémico, es cierto, pero consistente y certero en un sistema de protección globalizado.

Esto no significa una resignación, sino un mecanismo que auspicia una suerte de amparo internacional, pero de características trasnacionales.

> Se puede concluir –dice Ayala Corao– que en Latinoamérica se ha consolidado constitucional y convencionalmente un estándar mínimo común en materia de protección efectiva de los derechos humanos, a través de la influencia integradora de la Convención Americana y la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano, con la jurisprudencia constitucional. Ello ha llevado a la existencia de un núcleo fundamental o esencial de derechos que se impone a los países, constituyendo así una base común, un nuevo *ius commune* para las Américas y concretamente para Latinoamérica. Dicho fenómeno se lleva a cabo, a través de los siguientes institutos:
>
> 1. El amparo constitucional y los mecanismos judiciales nacionales equivalentes para la protección de los derechos constitucionales, incluidos los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales.
>
> 2. El amparo interamericano o internacional para la protección de los derechos humanos ante la Comisión Interamericana (o el Comité de la ONU) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en caso de que esos derechos no sean reparados o restablecidos efectivamente en un plazo razonable por las jurisdicciones nacionales, o si las propias decisiones de las altas jurisdicciones constitucionales resultan violatorias de dichos derechos[11].

[10] Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, San José-Caracas, 1998, ps. 19 y ss.

[11] Ayala Corao, Carlos, *La repercusión de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*, en Foro Constitucional Iberoamericano, n° 7, 2004, ps. 1-74.

5.2 Cuando el art. 43 constitucional incorpora en la definición del ámbito normativo protegido a los *tratados y leyes*, agrega un importante conjunto de derechos y garantías a los que están previstos por la Ley Suprema.

Lo trascendente del hecho se da por la igualación que asumen las normas locales con las internacionales y las supranacionales, de forma tal que también se modifica el principio de supremacía de la Constitución.

En nuestro sistema constitucional, los tratados y leyes anexados que tienen jerarquía superior a las leyes no derogan artículo alguno de la primera parte de la ley fundamental, debiendo entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Ahora bien, estas leyes y tratados enmarcados en la protección del amparo, reconocen múltiples aspectos de los derechos del hombre, que afincados en el tipo procesal que estudiamos, orientan a ver un amparo diferente al que se ha establecido en nuestra Constitución nacional.

En efecto, aunque no se encuentre en dichos tratados un proceso específico diseñado, la mención reiterada al procedimiento rápido, sencillo y eficaz, persigue que cada legislación encuentre en sus ordenamientos las vías adecuadas para responder a esa inquietud de defensa. Por ejemplo, cuando se quiere ver en el amparo el proceso señalado en los arts. 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede cometerse un error en el diagnóstico, porque no hay en esas normas un mensaje directo a la legislación interna de cada Estado Parte.

En realidad, las garantías judiciales asignan una impronta al *tiempo* para atender la reclamación (*dentro de un plazo razonable*) y a la necesidad de imponer el derecho a ser oído (art. 8.1, Pacto de San José); los incisos siguientes del art. 8 se vinculan con el proceso penal. En cambio el art. 25 es *autónomo* y le da a cada persona el derecho a tener un recurso sencillo, rápido y efectivo que lo *ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención* [...].

Por eso, cuando el inciso 2º establece el compromiso de los Estados Partes a garantizar este recurso; y que sea de índole jurisdiccional y efectivo, no hace más que

consagrar una suerte de amparo transnacional que en cada lugar debe reglamentarse sin perder la dimensión de los textos supranacionales.

5.3 Ante la pregunta sobre cuál sería en Argentina ese modelo procesal, e hipotéticamente se respondiera: el proceso; prontamente veríamos el error, pues no son los procedimientos comunes el tipo constitucional requerido. Por eso, sólo el amparo es la vía idónea que permite en nuestro país tener un camino para la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Evidentemente, la “vía más idónea” es el amparo, y hasta podríamos afirmar que es la única, de modo tal que cualquier reglamentación procesal, no debe eludir el modelo previsto en el art. 43, que lejos está de sostener un procedimiento particular, sino un derecho a la tutela judicial efectiva mediante un proceso simple y abreviado, que resuelva el derecho a ser oído en un plazo razonable, y con las demás garantías contenidas por el derecho procesal transnacional respecto al debido proceso.

> En este sentido, el cuadro que presenta el artículo 43 constitucional sufre las variaciones que tienen los reglamentos procesales, los que establecen asimetrías notorias en todo el país, cuando se trata de dar cobertura a los distintos modelos de amparo, como los siguientes:
>
> *a)* Amparo contra actos u omisiones de autoridades públicas
>
> *b)* Amparo contra actos u omisiones de particulares
>
> *c)* Amparo contra la inconstitucionalidad de las leyes
>
> *d)* Amparos especiales según se trate de "cualquier forma de discriminación", "amparo ambiental", "derechos de la competencia", "derechos del usuario y consumidor"
>
> *e)* Amparo colectivo
>
> *f)* Hábeas Data
>
> *g)* Hábeas Corpus

CAPÍTULO II

Naturaleza jurídica del juicio de amparo

1. Introducción

1.1 El amparo se define entre varias categorías. Puede ser un recurso, remedio, petición, acción, juicio, derecho, pretensión o proceso. En todos los casos se lo estudia como una garantía procesal, pero el *nomen juris* no está esclarecido. ¿Resulta importante? Creemos que sí.

La distinción es trascendente para saber, por ejemplo, si los motivos para rechazar el amparo *in límine litis*, son procesales, sustanciales o constitucionales; o bien, para resolver que tipo de intereses se defienden, y el rol operativo que desarrolla el Estado en el conflicto; o en su caso, para decidir qué pretensiones pueden argumentarse, etc.

A través de las leyes se comprueba que el abordaje normativo siempre resulta reglamentario de un derecho judicial. Esto significa instaurar reglas y principios para un procedimiento, que establece como patrón de nuestro país, que el amparo tenga presupuestos de admisión restrictivos que lo dejan como un proceso absolutamente secundario y excepcional.

La doctrina acepta la división que interpreta al amparo: *a)* como recurso o medio de impugnación, tal como se conoce en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio; *b)* como *interdicto posesorio*, de conformidad con sus antecedentes coloniales cuando servía para proteger las tierras de las comunidades aborígenes de la voracidad y codicia invasora; *c)* funciona, también, como instrumento garantista, "para la protección de los derechos humanos", trascendiendo al marco legal o constitucional que pueda incorporarlo.

> En México, seguramente el país cuna de esta institución, las competencias del amparo, como la figura misma, son acervo constitucional.

> En el capítulo referido al Poder Judicial, los artículos 103 y 107 (este último de gran minuciosidad) establecen los lineamientos esenciales, imponiendo a los tribunales de la federación que resuelvan toda controversia que se suscite. Sucesivas leyes reglamentaron el instituto hasta dotarlo de tal complejidad estructural que, positivamente, ocupa un nutrido conjunto de situaciones que en algunos países se orquestan a través de herramientas procesales específicas.

1.2 Otras legislaciones infraconstitucionales crean el amparo por leyes, lo cual no lo priva de ser un proceso constitucional. Fue el caso de la Ley 16.986 de Argentina que fue cuestionada en su vigencia plena tras la reforma constitucional de 1994.

La inclusión en una carta fundamental tiene suma importancia pues le otorga un carácter distinto al de simple reglamento. Se instala como un derecho operativo que puede funcionar inmediatamente. Sin embargo, suele suceder que esta previsión no resulte bastante para dotar de eficacia y celeridad al amparo.

> El art. 2º, inc. d), de la ley 16.986 halla su quicio en tanto se admita el debate de inconstitucionalidad en el ámbito del proceso de amparo, cuando al momento de dictar sentencia se pudiese establecer si las disposiciones impugnadas resultan o no clara, palmaria o manifiestamente violatorias de las garantías constitucionales que este remedio tiende a proteger, e Impedir este análisis en el amparo es contrariar las disposiciones legales que lo fundan como remedio para asegurar la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, explícitos o implícitos, así como la función esencial de la Corte, de preservar la supremacía constitucional[12].

1.3 Como se advierte, la seguridad que el amparo propicia puede quebrarse si el instrumento procesal es deficitario. Por eso, es preciso traer a colación el paradigma de la rapidez que aspira concretar el nuevo sistema amparista.

La necesidad de armar un recurso sencillo y rápido a que aluden las convenciones internacionales depende, en gran medida, de lo que el derecho procesal presente, y con su intermedio, pueda orquestarse la debida protección que se persigue.

No olvidemos que la promesa esencial del amparo-proceso consiste en habilitar una vía contenciosa que haga justiciable a la misma Constitución, tanto en los derechos

[12] Fallos, 331:2068.

que otorga como pilares para los derechos del hombre, como por la idea de lograr que ella misma se supere con la evolución de la sociedad.

> Puntualmente, Cascajo Castro y Gimeno Sendra, han dicho que para esta tarea señalada, quizás ayude la superación de aquellas tesis, tan arraigadas aún, que directa o indirectamente se traducen en la desvalorización normativa de la Constitución, o las que entienden la interpretación de la ley como una mera operación pasiva, lógica, y por tanto, objetiva e ideológicamente aséptica, dentro del más estricto acatamiento al dogma de la separación de poderes. Porqué es necesario tomar conciencia de que el establecimiento de una jurisdicción constitucional cambia de sesgo, indudablemente, la implacable dialéctica del derecho constitucional que impedía reducirlo, dado su marcado carácter político, a un conjunto de imperativos jurídicos. Y porque quizás conviene recordar, frente a un escrupuloso y superado entendimiento formal del principio de separación de poderes como organización fija de las competencias estatales, que el fin último y sustancial del citado principio liberal no es otro que la garantía del individuo frente a los actos que exceden los límites establecidos a los poderes públicos[13].

2. La constitucionalización del proceso

2.1 La teoría general concibe al proceso a partir de tres pilares que han sido la base principal del derecho procesal. La función jurisdiccional, se afinca en garantías como la independencia e imparcialidad para juzgar; el razonamiento proscriptivo de la arbitrariedad; y el mantenimiento de principios como el *iura novit curia* que permite cierta discrecionalidad técnica.

Los litigantes actúan en calidad de partes diferenciadas en posiciones de ataque y resistencia, propio de quienes creen que el litigio es una lucha entre personas y derechos. Solo estan en el proceso aquellos sujetos que acrediten la titularidad en la relacion jurícica en conflicto, siempre que éste sea actual, y los derechos argumentados, puedan ser probados.

Por su lado, el proceso constituye la regla técnica para debatir. Lo principal es la contradicción permanente. Cuando alquien pide, se debe oír al otro o, al menos, darle la posibilidad de expresarse o mantenerse en silencio. Por supuesto, no hay juicio sin actor, y no puede el juez promover de oficio una causa; por ello, la sentencia alcanza solamente a quienes son partes litigantes, la cosa juzgada excepcionalmente afecta a

[13] Cascajo Castro, José L. - Gimeno Sendra, Vicente, *El recurso de amparo.* Tecnos, Madrid, 1992, ps. 112 y ss.

terceros, y el derecho al recurso le corresponde al que se agravia contra la cosa juzgada que lo afecta.

2.2 Los tiempos que originan esta posición son diferentes a los actuales. La idea del siglo XIX fue establecer normas, valores y principios que se fijaran de una vez y para siempre, porque serían las guías de ponderación que cada Estado aplicaría conforme a sus propios requerimientos.

Es el campo de las reglas propias de la soberanía, por medio de las cuales, cada Estado sanciona sus leyes e implementa la base organizacional con la Norma Fundamental. Esta es inalterable, a diferencia de las reglas o señales que reciben los jueces para orientarse en el camino.

> Por ejemplo, el principio de congruencia sostiene que el juez debe fallar conforme lo afirmado por cada parte; la prueba le corresponde al que debe confirmar la versión; y la cosa juzgada es solamente una verdad para las partes. Estos son reglas supuestamente inalterables que el devenir del tiempo demostró su inconsistencia.

En el siglo XX se mantiene la cultura de la lucha, como naturaleza jurídica, que asigna al proceso jurisdiccional (y también al que se modela dentro del arbitraje) el destino de la victoria o la derrota, dando inicio desde entonces a desilusiones y críticas. El concepto fue sobrealimentado por leyes que sucedían en este tiempo del positivismo a ultranza; así también, quedó a expensas de las interpretaciones que se dieron al avanzado constitucionalismo iniciado en el siglo anterior donde las garantías y los derechos se pensaron constantes e irreplicables.

La ley incentivó el cumplimiento obligado por los destinatarios y la imposibilidad de cambiar la voluntad dispuesta a través de interpretaciones individuales. Así fue como el espejo del control de constitucionalidad ilustraba imágenes diferentes en el vidrio europeo (donde el juez es la boca de la ley y solo la aplica sin cambiarla) respecto al americano (en cuyo lugar se dio al juez confianza suficiente para que interpretara las garantías básicas del hombre para mantenerlas con lozanía y vigencia en el curso de los siglos).

2.3 Las transformaciones constitucionales y los bloques legales que trajeron nuevas supremacías (tratados y convenciones sobre derechos humanos) provocaron un

notable impulso para el cambio. Se trató, simplemente, de ver si lo individual era el punto central de las reflexiones, o debía encontrarse un estándar que renovara los derechos colectivos.

> De este modo, el derecho procesal que siempre vivió en la cultura del individualismo, se encontró con un derecho nuevo sin personalidades directamente representadas, en la medida que eran derechos de todos, y al mismo tiempo de ninguno. De todos, porque estaban en la Constitución; de ninguno, porque los códigos procesales no recibían en la entrada al proceso a quien no fuera el titular del derecho afectado.

De pronto se observa una revolución conpernicana. Aunque los Estados continuaron la sobriedad democrática de darse sus propias instituciones, los derechos humanos comenzaron a vislumbrar un horizonte al que todos debían llegar como objetivo de igualación.

No eran normas constitucionales, propiamente dichas, fueron derechos fundamentales instalados en Tratados y Convenciones mentados sobre la base de darle iguales derechos a todas las personas, sin identificar residencia, raza o religión.

De este modo, los principios procesales quedaron inadecuados para ofrecer plenitud de protección a los derechos humanos. La relación formada entre el proceso y las normas fundamentales fue, evidentemente, impactada por esta innovación.

2.4 En efecto, la premisa es diferente a la que señala la dogmática, porque un proceso constitucional se resuelve protegiendo los derechos del hombre de las amenazas o agresiones directas o indirectas que el Estado o los particulares generan a través de sus actos. Si el foco a resolver queda centrado en las alegaciones de las partes, únicamente, la función constitucional del juez del sistema difuso, quedaría eludida por la probabilidad -que la jurisprudencia comprueba- de asignar al proceso las mismas reglas técnicas del proceso ordinario. Con lo cual, será más fácil rechazar sin más trámite, que introducirse en la cuestión fáctica y jurídica y analizar si existe o no violación constitucional.

Lógicamente, como todo proceso, el derecho de defensa es un principio incanjeable, de manera que, corresponde oír a las partes en sus respectivas alegaciones. Pero la controversia supone tener partes enfrentadas en posiciones diversas, donde el juez debe actuar como equilibrio entre las fuerzas en conflicto.

En el libro *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*[14], sostuvimos que si este presupuesto se sostiene a pie juntillas, probablemente otro principio procesal desajuste la finalidad del proceso de amparo: el principio dispositivo. Según él, el proceso es cosa de partes y el juez debe juzgar sin apartarse de lo propuesto en el marco de la demanda y la contestación, esto es, de la congruencia que reclaman los escritos constitutivos del proceso. En el proceso constitucional es fundamental y hace a la esencia de su función, controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de las autoridades -públicas y privadas-, de forma que la interpretación de los hechos y del derecho no puede tener el condicionante de lo alegado por las partes. Es imperioso ver hacia adelante, los efectos, las consecuencias y las circunstancias que tiene el caso concreto frente a toda la sociedad. Inclusive, la afirmación precedente no sería adecuada en sentido estricto en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado donde no hay controversia entre partes, sino conflictos de constitucionalidad que habilitan la actuación de un órgano diferente a judicial ordinario para que interprete la adecuación de la ley a la Constitución.

Obsérvese que esta dimensión de la "justicia constitucional", coincidente con la del juez del sistema difuso, en ejercer la función de resolver los conflictos de interpretación o aplicación de la Norma Fundamental, trabajan con un principio inverso al que preserva la garantía judicial que se vincula con la organización jurisdiccional, porque la idea del "Juez Natural" (que se designa con anterioridad a los hechos de la causa) y de "Unidad de la Jurisdicción", se desplazan en el modelo europeo. Es cierto que el primer aspecto se puede resistir con sólidos argumentos, pero en el mecanismo difuso, la idea de mantener la decisión dentro de la jurisdicción que se origina no tiene confrontación posible.

La diferencia aparece en el objetivo que persigue un proceso constitucional. Su primordial satisfacción es conseguir la plenitud objetiva de los derechos fundamentales, sean estos de fuente constitucional o internacional de los derechos humanos. De allí que, las posiciones de las partes se vean como alegaciones interesadas de un enfoque singular, mientras que la congruencia central de la sentencia culmina en el control de eficacia constitucional, donde priva la interpretación judicial.

Es decir que, en un proceso constitucional el juez no elige la pretensión de uno u otro litigante, que alcance convencimiento en sentido de certeza jurídica; sino aquella que le permita razonar con otros principios, que no serán a pie juntillas, el dispositivo, la congruencia, las alegaciones de las partes, la prueba producida por éstas, o la calidad de los alegatos producidos. Por eso la sentencia tendrá, por vía de principio, efectos expansivos de la cosa juzgada, sin quedar en una verdad revelada para las partes.

14 Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional – Amparo,* cit., ps 34 y ss.

2.5 En nuestro parecer, es claro que el vínculo entre el derecho y el proceso es la fuente común de toda obra jurisdiccional, una sirve a la otra, recíprocamente. De ahí que no comulguemos con las doctrinas que proponen al derecho procesal como estrictamente instrumental y secundario del derecho sustantivo. La relación existente es horizontal, y como avenida entrecruzan sus móviles dando seguridad y respuesta al justiciable. Si hubiera alguna instrumentalidad estaría en el proceso, pero no en la ciencia.

En todo caso, el límite de la actividad se encuentra en las garantías que la jurisdicción debe preservar, teniendo como norte la eficacia del servicio. En suma, la utilidad de la técnica para el debate no se niega con la autonomía del derecho procesal, sólo reafirma condiciones para su puesta en práctica, donde para ello, obran determinantes los fines y el objeto al que se destina.

Si fuese netamente servil o utilitario, algunas funciones jurisdiccionales quedarían invalidadas por el actuar en esa dirección. Por ejemplo: el régimen procesal de la legitimación es bien diferente de la capacidad civil, de modo que se debe resolver la admisión al proceso con las reglas formales del derecho adjetivo.

La bilateralidad estricta que es propia del proceso civil no podría diluir las cargas y obligaciones que tienen las partes con el argumento de que sea el juez quien debe actuar en interés del Estado al que representa; o bien, la extensión de la cosa juzgada que, por vía de principio debiera ser solo para quienes litigan, se proyecte hacia todos cual si fuera una sentencia con efectos legislativos.

También, la declaración de ilegitimidad del obrar administrativo incorpora otro ingrediente, porque en algunos sistemas los jueces ordinarios actúan como equilibrios y controles del principio de legalidad. En todos estos casos, no existe función secundaria ni complementariedad de las normas de fondo, sino una actuación propia y particular de la función jurisdiccional. En consecuencia, la función que tiene el derecho procesal es lograr la armonía y paz social a través del proceso.

2.6 Quienes atienden las reglas del debate se preocupan en regular la actividad de las partes en el conflicto de intereses que suscita el litigio, pretendiendo una función absolutamente imparcial del juzgador. Con atinado criterio sostienen que no se le

pueden dar al juez potestades que son de las partes, y que menos aun se puede empoderar al magistrado en detrimento de quienes litigan.

En las antípodas se presenta la visión pública que le asigna al juez un rol protagónico dentro de la controversia. En este aspecto las ideas se distancian. Unos argumentan que el rol es puramente neutral y desinteresado debiendo dictar sentencia tras valorar el desempeño de los litigantes en la etapa probatoria y analizar los hechos expuestos. Otros, sostienen que existe una finalidad social en el proceso que excede el interés de las partes, a cuyo fin el objeto no radica solo en resolver las diferencias entre adversarios, sino también en controlar la constitucionalidad de las leyes que en el caso se ponderen; así como fiscalizar el desempeño de la actividad administrativa que pueda comprometer el principio de legalidad.

Esta segunda línea admite la influencia de lo constitucional en el proceso, y la incidencia que tiene el derecho supranacional, que en conjunto llegan a formar una nueva disciplina cuya autonomía reclama el llamado derecho procesal constitucional[15].

3. La función social del juez en el amparo

3.1 Veamos ahora, desde la perspectiva del amparo, como se da aquella evolución de la teoría general del derecho procesal, impactado e influido, por el derecho constitucional.

El proceso teórico asienta en tres pilares: La función jurisdiccional; la actividad de las partes, y el proceso con su técnica. Siguiendo este camino observamos así que, el derecho procesal tiene entre sus pilares fundacionales explicar el deber de los jueces y los poderes que tienen en el proceso judicial.

La teoría procura mostrar las opciones a valorar, y así las polaridades se reflejan entre quienes opinan que los jueces deben aplicar la ley sin importar que ella sea injusta, porqué, en definitiva, una norma es la expresión de la voluntad general, lo que el pueblo quiere a través de sus representantes y, si tienen éstos legitimidad popular, no pueden los jueces convertirse en legisladores al anular la ley o invalidarla en sus fallos. Un juez

[15] Gozaíni, Osvaldo A., *Introducción al derecho procesal constitucional.* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, ps. 23 y ss. También, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano,* cuatro tomos. La Ley, Buenos Aires, 2014.

que no aplica la ley -se dice- comete prevaricato; no garantiza ni afianza los preceptos constitucionales.

Otros, en cambio, afirman que es preferible asignar a la función jurisdiccional el "decir el derecho" (*iuris-dictio*), esto es, que se diga en el conflicto entre personas quien tiene razón para obtener una sentencia favorable; y si la ley invocada para una u otra parte, apoya la decisión, pues mucho mejor, pero no es lo esencial. Lo más importante es que se haga justicia, observando la equidad antes que aplicar el brocardo "*dura lex sed lex*". Predica en este sector el pensamiento de la sentencia según el leal saber y entender de quien resuelve.

3.2 Ahora bien, entre una u otra idea no hay tanta distancia, a no ser que se crea que toda ley es injusta, o se persiga lograr desde la sentencia, justicias individuales. La acción de juzgar es, en definitiva, el desenlace esperado por los justiciables. El fin de los movimientos técnicos que los abogados y las partes han cubierto procurando persuadir al juez de sus respectivas razones.

La polémica que actualmente se instaura interpreta que la cuestión puesta en escena, en realidad es más grave que el conflicto teórico que se plantea. Se afirma que se trata, nada más ni nada menos, de preservar a la Constitución y su régimen de garantías judiciales. Ya no es únicamente el dilema del juez que aplica una ley injusta, sino la dimensión que adquiere el pronunciamiento judicial que contiene un alto contenido de subjetividad postergando los preceptos centrales de una ley fundamental.

En este sentido, cierto sector de la doctrina dice que el juez que desborda la interpretación de la ley es autoritario y no cumple el rol llamado a cumplir como ejecutor de la ley. Para resolver la verdad de tan rotunda afirmación, es preciso entonces observar cómo se relacionan el proceso y la Constitución, para ver si el primero puede afectar al segundo al punto de semejante desatino.

3.3 Las leyes fundamentales de cualquier Nación constituyen la guía del ordenamiento jurídico. Son los principios y valores supremos que se persiguen para la formación institucional y, por eso, cada Constitución es la Ley Superior que tiene primacía sobre cualquiera otra disposición. La superioridad de la Ley Fundamental obliga a las leyes de inferior jerarquía a respetar sus mandamientos; esto está claro y

apenas tiene alguna diferencia de criterio cuando se trata de interpretar la influencia de los Tratados y Convenciones Internacionales que se incorporan al derecho interno y pueden, de alguna manera, modificar algunos preceptos constitucionales.

En el caso de Argentina, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución no tiene interpretaciones secundarias respecto al lugar que asigna a los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, dándoles un lugar preponderante, con una jerarquía superior a las leyes.

Con este marco de presentación, surge la noción de "debido proceso", el cual no ha sido indiferente a la influencia supranacional, porque cuando estuvo contemplado desde los preceptos garantistas del artículo 18 -antes de la reforma constitucional de 1994-, siempre se afirmó en la noción invulnerable del derecho a la defensa en juicio; mientras que con la incorporación de los tratados y convenciones apareció un ingrediente antes no previsto, como es la idea de la "jurisdicción transnacional" que aporta reglas y principios comunes para todos los Estados partes que deben articular sus normas internas con los postulados de los derechos humanos.

En resumen, si tenemos en cuenta que el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional argentina establece la complementariedad de estos tratados y convenciones supranacionales con las garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la ley superior, queda demostrado que todas las garantías enumeradas deben formar parte de los mínimos requeridos para el estudio del derecho procesal. De este modo, las relaciones entre el proceso y la Constitución no son ya tan lineales como antes, cuando se afirmaba que el proceso debido era el que respetaba el derecho de defensa y aplicaba el principio de razonabilidad (seguridad jurídica) en las decisiones.

3.4 En el proceso de amparo hay figuras constantes y necesarias; el litigio se integra con dos partes antagónicas y un tercero imparcial que resolverá con poderes suficientes para dotar su decisión de las notas de definitividad y fuerza compulsoria propia. Es decir: poder y autoridad, componen este aspecto de la práctica judicial.

Para que dicho imperio y "*autorictas"* no exceda límites tolerables, el procesalismo pone la valla del principio de razonabilidad, el cual supone que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad del obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones.

Estas son garantías debidas al justiciable que se integran en la noción de "debido proceso formal (o procesal). Mientras que la otra faceta del "proceso debido" que refiere a lo sustancial o material del principio, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que se deben garantizar a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades[16].

De este modo, la ciencia procesal actualmente disciplina, además del estudio sobre la técnica, la naturaleza del fenómeno jurisdiccional. En este sentido, hoy es necesario avanzar sobre los comienzos que tuvo el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), pues actualmente, la conexión no es con la titularidad del derecho (aunque pueda tomarse como presupuesto de admisión), sino con el derecho a ser oído.

3.5 De igual manera, aquellas garantías del juez predeterminado, la independencia del órgano y su imparcialidad, entre otras, que siempre fueron vistas como integrantes de las garantías constitucionales del proceso, hoy sin transformar esa dimensión, impactan en cada uno de los procedimientos, fomentando un conjunto de exigencias que abandonan el programa de acción antes previsto.

Con ello se quiere demostrar que hoy día, se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada *tutela judicial efectiva* no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio. Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social antes que de una ilusión teórica que ha diluido sus fundamentos.

4. Cambios esenciales en los principios tradicionales del amparo - proceso

4.1 El amparo como proceso, tradicionalmente, siguió la línea dogmática del proceso común, al punto que el Código Procesal Cvil y Comercial es la fuente complementaria de las reglas no resueltas.

[16] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Debido Proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tomo I. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fé, 2017, ps. 132 y ss.

Por eso todo amparo es bilateral y contradictorio. La etapa probatoria, según las legislaciones y los modelos, es eventual; y la cosa juzgada, también conforme las reglas locales, podrá ser para el caso o tener efectos *erga omnes.*

Es un proceso sin tiempos, aunque en todos los casos, se busca que sean de la mayor concentración de actos, que permitan la máxima celeridad. En cambio, no suelen tener reglas establecidas que fomenten un trámite rápido y expedito, sencillo y eficaz. La celeridad es primordial, es cierto, pero debe quedar adecuada a los principios y garantías comentados (v.gr.: contradicción permanente que obliga dar a conocer a la otra parte, toda petición).

Esta es una "garantía" nueva porque en la teoría general del proceso, el principio de economía (que internamente se integra con la acumulación de pretensiones y procesos; el establecimiento del principio de perentoriedad; la inclusión de plazos y términos; etc.) toma a su cargo una suerte de consignas dirigidas a las partes (en función del principio dispositivo, o de avance del proceso de acuerdo al interés de los litigantes), características que no se dan en otros procesos, como el constitucional donde el llamado de las normas transnacionales claman por un proceso rápido y breve y con recursos sencillos y eficaces.

4.2 En definitiva, esa función social pensada para el juez lo debe llevar a eliminar los dogmatismos, suprimir el culto a las formas y consagrar nuevas reglas técnicas que sorteen los formalismos tradicionales. No se trata de afirmar que los elimine, sino que se los considere desde una óptica más funcional y efectiva.

¿Qué sentido tiene la letra negra o azul negra en los escritos judiciales? ¿No es acaso un formalismo inútil? La hora judicial hábil e inhábil ¿no es incongruente con el principio de la justicia ágil, rápida y sencilla? Las notificaciones judiciales ¿no persisten en esquemas rituales del siglo XVIII? La intervención de terceros ¿sigue sorteando la dificultad de entablar un proceso entre partes múltiples con pretensiones diferenciadas? El derecho de defensa en juicio ¿tolera todo el arsenal de recursos que los códigos implementan?, ¿dónde comienza y termina el abuso en y con el proceso?, en fin, tantas son las fisuras que presenta el modelo de enjuiciamiento actual que es lógica la perplejidad de los jueces y su acusada incertidumbre.

En este campo, en consecuencia, la conclusión es que el proceso vernáculo (y también los demás latinoamericanos) no atiende la dimensión actual del conflicto entre partes. Es cierto que la controversia nace y se desarrolla como una cuestión entre derechos subjetivos que colisionan, y que la controversia se restringe a las alegaciones y pruebas que los litigantes proponen; de suyo, la sentencia es un derecho nuevo, de contenido individual y sin trascendencia para otros; pero esta verdad no se puede llevar, sin más, al juicio de amparo; a los procesos colectivos; a acciones e grupo; al llamado amparo colectivo, entre otras manifestaciones de afectaciones múltiples que coinciden en el detrimento que se padece.

CAPÍTULO III

El bloque de constitucionalidad

1. El control de constitucionalidad

1.1 La introducción en las cartas constitucionales latinoamericanas de distintos Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos, especialmente, el denominado "*Pacto de San José de Costa Rica"* (Convención Americana sobre Derechos Humanos), coloca una impronta diferente al principio de la supremacía de las normas fundamentales, toda vez que la jerarquía de los derechos del hombre excede cualquier otra disposición normativa.

El problema surge con la interpretación que tienen los derechos humanos, pues algunos consideran que las previsiones agregadas constituyen programas de acción y propósitos que deben reglamentarse en cada jurisdicción local; mientras otros eluden este pensamiento, sosteniendo el carácter directamente operativo de las normas fundamentales.

Una proyección de la incertidumbre se da al tiempo de conferir una graduación o escala valorativa para las adiciones normativas. Las posibilidades, generalmente, se plantean en tres niveles:

a) Los que sostienen que las normas constitucionales tienen preeminencia sobre los tratados y convenciones internacionales, acuñando como fundamento principal, la soberanía de los Estados.

b) Los que argumentan que las normas sobre derechos humanos siempre son superiores a cualquier disposición interna, determinando, de algún modo, un sistema *supra* legal de características transnacionales.

c) Los que igualan el carácter fundamental entre normas constitucionales y derechos del hombre, motivando entre otros argumentos, la idea de un grupo compacto de derechos y garantías.

1.2 El siguiente inconveniente aparece con opiniones que mantienen dudas sobre la vigencia efectiva de procesos constitucionales, como el amparo o la acción directa de constitucionalidad. Dicho, en otros términos: es un problema del juez o Tribunal Constitucional que tiene que realizar en sus actos el control de constitucionalidad de las normas. Más no ocupa al juez común que solo debe aplicar el derecho positivo vigente.

De este modo, la legislación americana se torna confusa y alternativa, porque ha relativizado la eficacia del amparo constitucional permitiendo que los modelos de actuación jurisdiccional sean más importantes que las vías de reclamación. Ello ocasiona que los tribunales o cortes constitucionales asignen trámites especiales relegando o postergando al amparo como herramienta específica del control de constitucionalidad.

También, no es concordante el sentido que se tiene respecto a la tarea a concretar al fiscalizar el principio de la supremacía y la incidencia que tiene la jurisprudencia interamericana y la legislación de contenido supranacional.

1.3 De lo que no hay dudas, es que el juicio de amparo se puede destinar al control efectivo del principio de supremacía, alojado en la Norma Fundamental, y/o en los Tratados y Convenciones internacionales.

Con esta perspectiva, que también se apoya en el artículo 43 de la Constitución Nacional, es evidente que la tutela judicial efectiva pensada para las personas, también alcanza a la eficacia de las normas centrales de protección y desarrollo de los derechos humanos; por lo cual, al juego ritual de los reglamentos, se deben anteponer los estándares que establece, desde sus sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cuando el derecho internacional de los derechos humanos se liga al derecho interno las normas locales no se alteran, modifican ni transforman, solamente se refuerzan por la fuente de la que provienen. Este modelo de integración subraya la consolidación de *garantías*, promueve *principios* particulares para la interpretación (v.gr.: pro homine) de los derechos, y cuando el Estado deja de cumplir el mencionado compromiso se abre un procedimiento nuevo (potestativo de las víctimas presuntas y/o

entidades con representación adecuada) de reclamos ante los órganos de la Convención Americana que tramitan con *reglas especiales*[17].

> El procedimiento en sí mismo tiene dos carriles donde transitar: 1º) el de interpretar el alcance de las normas con el fin de dilucidar la eficacia que se espera de ellas en la aplicación local, que *lato sensu*, se ha dado en llamar "declaración de convencionalidad" o "control de convencionalidad", según sea una interpretación conforme o una fiscalización de lo realizado por el Estado parte, respectivamente; y 2º) promover *estándares* de protección común que puedan mejorar la defensa interna, orientar contenidos mínimos, o disponer pautas de trabajo[18].

2. El bloque de constitucionalidad

2.1 En efecto, la expresión "bloque de constitucionalidad" es una creación del derecho constitucional francés de la década del 60 (1960), que se trasladó a España en la Constitución de 1978, interpretado ampliamente en las sentencias del Tribunal Constitucional. Este organismo acentuó permanentemente la importancia del bloque, explicando porqué la relación de validez entre las normas no sería, en más, una clásica resolución sobre la base del orden jerárquico, sino una estricta adecuación o conformidad de ellas a un sistema de derechos donde la preferencia central era la persona.

Pero no es ésta una lectura común, de allí que se puedan adoptar criterios distintos o corrientes que adaptan y asumen como propios una idea diferente.

2.2 A veces, estas distinciones obedecen a situaciones donde la distribución y delimitación de competencias es fundamental para la organización del Estado, como sucede en España.

> Dice así la profesora argentina Liliana B. Costante que, en este lugar parecería que la función del bloque es morigerar el impacto del paso de la centralidad absoluta a la aceptación de la existencia de comunidades autónomas porque el bloque de constitucionalidad –además de la Constitución- incluye las normas de competencias entre el

[17] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de* Derecho *procesal civil.* Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 685 y ss. También en, *Garantías, Principios y Reglas del Proceso civil.* Eudeba, Buenos Aires, 2015, ps. 581 y ss.

[18] Gozaíni, Osvaldo A., *Conflictos constitucionales y procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Ediar, Buenos Aires, 2019, capítulo introductorio.

> Estado nacional español y los distintos estatutos de las comunidades autónomas asimilables a leyes orgánicas. Lo interesante es que pueden incorporar leyes sub constitucionales en la medida en que también distribuyan competencias[19].

En otras ocasiones, se desea la amplitud del mecanismo para trabajar como sistema de coordinación y complemento. Una suerte de articulación entre el pasado histórico que tuvo una filosofía, y un presente que arrolla contra él, buscando nuevos destinos. Sería, por ejemplo, el caso de Francia.

Estas desigualdades se pueden ver en los casos de Costa Rica y Panamá. En el primero no se habla en concreto de un bloque normativo pero se admite la vigencia plena de derechos humanos que no requieren de norma expresa alguna. Inclusive se les asigna una jerarquía superior a la Norma Fundamental, "*siempre en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas*".

> Sostiene Pablo Manili[20], que la jurisprudencia de la Sala Constitucional creada en 1989, consagra la jerarquía constitucional de las normas y de la jurisprudencia internacional de derechos humanos, con el principio *pro homine* como pauta interpretativa armonizadora entre los órdenes constitucional e internacional.

En el siguiente, el bloque trabaja con valores y preceptos infraconstitucionales, teniendo en cuenta que el modelo de control de constitucionalidad tiene características del sistema difuso como del concentrado, por lo cual, también integra y comprende a las sentencias dictadas por el Pleno de la Corte Suprema en sentencias constitucionales.

> Aclara Liliana Costante que, en Panamá el conflicto es entre la constitución formal y la material para cuya solución se usa el bloque de constitucionalidad que incorpora a la costumbre (obviamente no a la *contra legem*) y a la jurisprudencia. O sea que, a partir del bloque de constitucionalidad, fuentes auxiliares se transforman en fuentes primarias. La incorporación de la jurisprudencia parece coherente en la medida en que Panamá tiene control de constitucionalidad concentrado por lo que los fallos tendrán efecto *erga omnes* e invalidatorios de la fuerza normativa. En cuanto a la concentración del control es necesario señalar que hay doctrina que plantea que Panamá es un caso de control bicéfalo porque la actuación del órgano de control será la Corte o una Sala respondiendo a cuestiones fácticas señaladas en la reglamentación. El bloque de constitucionalidad panameño incorpora

[19] Costante, Liliana B., *Operatividad del bloque de constitucionalidad sobre las condiciones materiales correspondientes a un país periférico dentro del sistema de capitalismo globalizado,* ponencia presentada en el III Congreso Internacional sobre Derechos y Garantías, septiembre/2004, Universidad de Buenos Aires, passim.

[20] Manili, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 120.

también los reglamentos de los cuerpos legislativos y el Estatuto de retorno inmediato al orden constitucional. Aparece aquí un caso en el que se incorporan elípticamente normas de derechos humanos que remite a normas de derecho internacional sobre el debido proceso cuya existencia como garantía en el derecho interno era muy escueta[21].

2.3 Colombia, por su parte, es un caso particular. En efecto, el art. 93 de la Constitución expresa:

> "Los tratados y convenciones internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.
>
> "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"

La Corte Constitucional (Colombia) definió en diversas oportunidades el sentido que tiene el llamado bloque de constitucionalidad. Por vez primera lo hizo el 18 de mayo de 1995, apenas cuatro años después de la reforma constitucional.

> En la sentencia C-067/03 dijo […], que es aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan, a veces, contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

Este es un criterio amplio que permite colegir que no sólo la Carta Constitucional colombiana, sino todos los tratados bilaterales y multilaterales que ha suscrito Colombia y que se deben entender como parte de la Constitución, obligan al Estado y lo vinculan.

> Algunos más opinan que, la Constitución de 1991 varió la defensa central de los derechos, porque antes de ella la cúspide era la propia Constitución, que se ocupaba poco más que de la estructura del Estado; pero hoy está por encima el llamado bloque constitucional, formado por los derechos fundamentales reglados en la norma de normas, los tratados sobre derechos humanos aprobados por el Congreso y los demás derechos que, siendo inherentes

[21] Costante, *Operatividad del bloque de constitucionalidad sobre las condiciones materiales correspondientes a un país periférico dentro del sistema de capitalismo globalizado,* cit., p. 22.

> a la persona humana no estén legislados (arts. 93 y 94 de la Const. Política), lo cual le da un amplísimo poder de interpretación al juez.
>
> Estos principios, derechos y deberes, según el art. 2 inc. 1º de la Carta hay que aplicarlos, como obligación categórica, por las autoridades de la República. Son de aplicación inmediata los derechos y deberes mencionados en el art. 95 de la Constitución Política, por el funcionario judicial, por encima de las normas que se le opongan. Estos derechos y obligaciones esenciales no tienen un supuesto de hecho al cual atribuirle una respuesta judicial; no son casuistas, por lo cual le corresponde al funcionario judicial buscar, por la historia de tales principios y por la historia fidedigna de su institucionalización, y precisar su contenido; y luego examinar meticulosamente el verdadero entorno social en el cual se actúa, pues es la única forma para dar una orden judicial que no está prevista de manera precisa en la legislación. Dicho de otra forma, el operador jurídico no puede hacerse el ciego ante el mundo real, pues tiene la orden de hacer viable la justicia en donde le toca actuar.
>
> De algún modo es el paso de un sistema codificado a un régimen por principios o valores, lo cual implica todo un replanteamiento de la hermenéutica, que no se limita a lo puramente lógico, es decir, de filosofía del pensamiento, no basta con hacerse nuevas ideas, sino que llega hasta la misma neurología, pues necesita crear otras conexiones en las células cerebrales, que, por sensibilidad ante la situación social y por el descrédito merecido de la justicia colombiana (aunque se hiciera de buena fe y cumpliendo la juridicidad) hay que hacerlo ya.

Pero cuidado, éste no es un temperamento tradicional, porque la idea de "bloque de constitucionalidad", a veces, se restringe y reduce a los derechos humanos, desplazando otras convenciones internacionales que no tengan esa relevancia. En este sentido, los acuerdos comerciales, los pactos de reciprocidad económica, los convenios patrimoniales, etc., quedan fuera del alcance que se pretende.

3. Efectos del bloque se constitucionalidad en el juicio de amparo

3.1 Lo cierto es que a partir de este entramado de nuevos derechos se produce un impacto en los procesos judiciales que altera el sentido tradicional de la *juris dictio* (decir el derecho).

Cuando el amparo es la vía judicial más efectiva para el control de constitucionalidad, la problemática de la supremacía significa una alteración. El cambio proviene tanto de las normas legales que imponen las Cartas locales; como de las normas *supra* legales que llegan desde la justicia transnacional.

La fisonomía arrastra, al menos, dos consecuencias:

a) Se posterga el dogma del principio de legalidad, según el cual el juez solo debe aplicar la norma vigente y reglamentada, porque con el "bloque de constitucionalidad", tiene argumentos aumentados, que no necesitan estar por escrito en el derecho interno, por ser normas operativas que se reconocen a través de la simple aceptación otorgada por una norma constitucional.

b) El proceso judicial se resuelve con una cobertura diferente que incide en el litigio tradicional. Es probable que las reglas persistan, pero los contenidos del "debido proceso" se amplían dando una estructura de base distinta que acondicionará la clásica controversia entre partes.

En suma, ambos extremos suponen augurar una extensión en los poderes y deberes jurisdiccionales al tolerar que el juez motive sus decisiones en normas, principios, valores y jurisprudencia que ingresa al ordenamiento jurídico por esta vía constitucional; y por otro, con la constitucionalización del proceso se crean condiciones que aumentan las garantías naturales que tiene el "debido proceso".

En otro lugar hemos dicho[22]que, el "debido proceso constitucional" se puede observar desde la plataforma de los más necesitados, obligando a sustanciar un sistema tuitivo, de carácter proteccionista, donde se puede referenciar la miseria humana, las ofensas en la dignidad, las carencias manifiestas de pobres y abandonados, la situación de los niños o las mujeres vejadas, los marginados sociales, los perseguidos, los ancianos, etc. En este aspecto, el debido proceso se vislumbra como la necesidad de restaurar los derechos perdidos, donde no se pueden aplicar conceptos del procesalismo formal, porque la necesidad de reparación es más importante que el formalismo. Sería ni más ni menos que el derecho a tener un proceso sin resignaciones ni egoísmos adjetivos.

En la concepción antigua, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque ésta, de por sí, es origen de arbitrio y desorden. Sirven, por el contrario, -en opinión de Zagrebelsky- para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. Por tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por los gobernantes, como deber de los poderosos en favor de los más débiles. Así pues, también en esto se da una contraposición. Mientras que para la tradición moderna los derechos son el complemento de la naturaleza positiva del hombre, para la tradición

22 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, ps.60 y ss.

antigua, en cambio, son el remedio contra su maldad y contra los males que derivan del ejercicio de su voluntad.

3.2 En resumen, trabajar con el bloque de constitucionalidad significa variar una tradición ideológica, y al mismo tiempo, un compromiso para dar mayor eficacia y confiabilidad al sistema de garantías y protección de los derechos. No se trata solamente de evitar la arbitrariedad o la sin razón; el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos.

Tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es impulsar el activismo responsable de los jueces, como únicos instrumentos eficaces para la protección de los derechos humanos.

4. Poderes constitucionales de todos los jueces

4.1 En esencia, no hay controversia entre partes donde no existan derechos constitucionales en juego. Partiendo de esta simple observación, no sería posible concluir de otra manera que no sea aquella que permita a todos los jueces resolver en cuestiones constitucionales.

Sin embargo, este ha sido uno de los miedos emblemáticos en la historia del derecho, porque se pensaba que la interpretación libre de las normas, y mucho más de la ley fundamental de la nación, podía llevar a aplicaciones particulares o inteligencias capciosas despojadas de serenidad y deliberación, permitiendo ejercer un poder despótico y absoluto. Así fue la lección que impartieron clásicos como Rousseau o Montesquieu, tratando de evitar el gobierno de los jueces.

4.2 Al juez europeo, producto de esta prevención, solo se le encargó aplicar la ley, nada más. No podía cambiar el sentido acordado por la voluntad mayoritaria del pueblo. Si era injusta, no era un problema del juez: su deber era cumplir con los preceptos del derecho subjetivo. Pero este es un criterio simplificado que se muestra diferente del que América desenvuelve.

Nosotros, sin demasiada precisión, podemos afirmar que damos a los jueces mayores facultades y poderes, cuyas posibilidades en el proceso común exceden la simple fórmula de aplicar la ley para resolver el caso concreto.

Vale decir que, cualquier juez, puede y debe, aplicar en la cuestión que decide, el marco legal que lo predispone, de manera que, si entre ellas aparecen normas de contenidos más amplios que los que tiene la legislación interna, está en su derecho utilizarlas y destinarlas como fundamentos válidos, desde que no son normas inciertas o inaplicables, sino directivas transnacionales que se incorporan al plexo constitucional como un "bloque" de nuevos derechos y garantías. Con ello queremos partir de un punto central para estas reflexiones:

En Europa, los jueces tienen claramente fraccionadas sus actividades de acuerdo con los casos que debe analizar. Podrá ser un juez ordinario y no tener poderes para realizar control de constitucionalidad; será un Tribunal Constitucional, habitualmente extra poder (es decir, fuera o extraño al Poder Judicial) cuya función básica es fiscalizar la supremacía de la norma básica del Estado; quizá sea un tribunal administrativo encargado de hacer efectivo el principio estricto de legalidad; o jueces comunitarios con ejercicios particulares y una misión específica; etc.

En América, en cambio, los jueces –todos- integran el Poder Judicial. La justicia no se *administra*; se *ejerce* con poderes y deberes típicos de la función de impartir justicia. En esa misión, cualquier juez tiene un compromiso con la legalidad, es decir, tiene que aplicar la ley. La particularidad está en que, al mismo tiempo que la emplea, puede colegir su adaptación al caso que resuelve, de manera que tiene un poder de interpretación que no tienen –al menos dogmáticamente- los jueces europeos.

Esto es así en virtud de una clásica división entre *sistemas que confían en los jueces* y *sistemas que desconfían de ellos*. En el primero, se permite al juez o tribunal que aplique la norma que considere justa; en el segundo, sólo puede utilizar la norma que el derecho positivo establece.

4.3 Ahora bien: ¿es cierta esta división tan polarizada? ¿Qué sucede con Latinoamérica que ha creado y recreado el modelo europeo de Tribunales Constitucionales para concretar la fiscalización del principio de supremacía constitucional? Acaso ¿es posible persistir en una descripción del modelo concentrado y

difuso como algo presente cuando todos sabemos que ninguno es un mecanismo puro y continuo del modelo originario?

Inclusive, el problema se refleja en otros procesos constitucionales, como el recurso exctraordinario regulado en la vetusta ley 48, que solo admite a la Corte Suprema de Justicia de la Nacion, considerar cuestiones constitucionales dentro del remedio excepcional que regula, dejando en el camino temas trascendentes e igualmente relevantes para el control de constitucionalidad, como son el respeto por el debido proceso, o derechos tan esenciales como los del niño, la familia, o las personas desventajadas, por citar solo algunos de los miles de casos posibles.

5. Los conflictos de constitucionalidad

5.1 Partiendo de afirmar que todos los jueces tienen poder de interpretación de las normas que deben aplicar en un caso concreto, veamos ahora cuáles son los conflictos que se pueden suscitar:

a) Inconvenientes para resolver la subordinación jerárquica de las normas;

b) Inconvenientes para decidir la autonomía normativa del Estado;

c) Inconvenientes para analizar la autonomía de la norma que pertenece al bloque;

d) Inconvenientes para responder la eficacia normativa de actos de autoridades públicas o de particulares que son contrarios a la Constitución o al "bloque de constitucionalidad".

Cada uno de estos planteos necesita un tratamiento singular, no obstante, podemos anticipar lo siguiente:

Los primeros se vinculan siempre con la interpretación directa de normas o actos de naturaleza constitucional, que presupone el examen de la relación jerárquica entre ellas. Son *cuestiones constitucionales simples*, en el sentido que la actuación del magistrado depende del interés a tutelar. Vale decir, en las cuestiones simples, es deber del interesado demostrar el agravio constitucional, pero la actividad concreta del Tribunal trabaja con el principio *iura novit curia*, dejando al juez en libertad de acción para analizar la relación de subordinación normativa.

En otros términos, “la relación de validez entre normas, que presupone el examen de la subordinación entre las mismas, ya no se efectuará, al menos exclusivamente en base al criterio jerárquico, sino que la validez de una norma podrá depender no solamente de su conformidad con la Constitución sino del llamado *bloque de constitucionalidad*”[23].

> Según la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C- 067/03, magistrado ponente Gerardo Monroy Cabra), las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de *i)* regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; *ii)* la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; *iii)* la de orientar las funciones del operador jurídico, y *iv)* la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas.

Las segundas son más difíciles. ¿Puede el Estado en situaciones de emergencia, en cualquiera de sus poderes, ir contra la Constitución o el bloque de constitucionalidad? Esta es una *cuestión constitucional compleja*, que de alguna manera se ha resuelto, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC/9).

> La suspensión de los derechos fundamentales aparece tradicionalmente unido a situaciones de excepción o riesgo para la vida del Estado. Algunos remontan sus raíces históricas a la llamada dictadura comisoria o no soberana que se utiliza en Roma a mediados del siglo III a.C., que consiste en poner al mando militar en manos en un *magister populi*, con poderes suficientes para obrar discrecionalmente sin los inconvenientes de los cónsules y su sistema de coordinación, colegialidad, intercesión y provocación.

Actualmente el problema de la suspensión de garantías en estados de emergencia puede enfocarse desde distintos puntos de vista. En términos políticos describe hechos muy próximos a la guerra; una explicación descriptiva del disturbio interno de un país; o bien la crisis por la que atraviesa una nación, o quizá, la catástrofe emergente de un desastre natural como inundaciones, terremotos, etc., o bien recordar cuando se pueda, la inesperada crisis humantitaria que nos ha traído el coronavirus (que ha sido el impulso para escribir este libro con tanto tiempo disponible).

23 Piniella Sorli, Juan Sebastián, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad*. Bosch, Barcelona, 1994, p. 49

Similar preocupación acontece cuando las circunstancias de fuerza mayor a consecuencia de catástrofes naturales tienden a suspender el ejercicio de ciertos derechos humanos bajo el argumento de facilitar la tarea de recomposición.

5.2 Sin embargo, donde asienta la clave procesal de esta problemática es, sin duda, la posible alteración del Estado de los mecanismos de defensa técnica, ya sea por la suspensión, la anulación o el trastrocamiento por otras menos efectivas.

> A solicitud del gobierno de Uruguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva nº 9 del 6 de octubre de 1987 dejó en claro que las garantías indispensables, entendiendo por tales a los procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención, son aquellas cuya supresión o limitación es imposible so riesgo de violar los derechos humanos.

Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante actitud tenga lugar.

> En este sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto en la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que requiere que sea realmente idóneo para establecer si incurre o no en un socavamiento a las garantías, a fines de proveer lo necesario para remediarlo. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales de un país, o por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada en la práctica; porqué el poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquiera otra situación que configure un cuadro de denegación jurisdiccional, como sucede con el retardo injustificado de la sentencia; o *lato sensu*, cuando no se permite al presunto lesionado el acceso al recurso judicial

5.3 El tercer planteo surge con la autonomía que tienen cada una de las normas del denominado “bloque”, debiéndose tener en cuenta la amplitud que encuentre cada ordenamiento para incluir en ella distintos derechos y garantías.

Es decir, ¿son las normas del bloque independientes entre sí, o están integradas a un sistema que trabaja en conjunto?

Por ejemplo: la protección judicial que se propicia desde los tratados y convenciones internacionales incorpora, como uno de los derechos fundamentales que se agregan al "debido proceso", la garantía de sustanciar el procedimiento en un plazo razonable. Con ello se trata, nada más que de concretar el derecho a un juicio justo, imparcial y rápido, que brinde la posibilidad, pero nunca el respaldo para un resultado favorable.

> La Corte Interamericana ha interpretado este conjunto de garantías, estableciendo que según la Convención Americana, los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de afianzar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por el Pacto a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1) (Informe de la Comisión del 22 de diciembre de 1999 *in re* "*Ellacuria, Ignacio*").

Ahora bien, ¿este conjunto de garantías opera como sistema o cada cláusula nueva que integra el debido proceso es independiente?: la respuesta, creemos, está en ambos frentes.

De este modo, el hecho de que los retrasos no sean imputables a conducta dolosa o negligente alguna, sino al exceso de trabajo que pesa sobre determinados órganos judiciales, puede exculpar a jueces y magistrados de toda responsabilidad personal, pero no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a los retrasos, ni permite considerarlos inexistentes o, dicho con mayor exactitud, no autoriza a considerar que la dilación no es injustificada, sin prueba alguna de que se haya intentado agotar todos los medios que las circunstancias permiten para evitarla.

> Cuando la vulneración del derecho al proceso sin dilaciones indebidas no se invoca frente a una situación de simple inactividad, sino como reacción frente a la tardía producción de un determinado acto, el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho sólo puede alcanzarse liberándolo de las consecuencias dañosas que la dilación le haya ocasionado.

5.4 La normativa vigente ha de interpretarse en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su

prosecución, con repudio de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, pero teniendo asimismo en cuenta que no puede dejarse al arbitrio de cada parte el cumplimiento de los requisitos procesales y la disposición del tiempo en que ha de cumplirse.

Una clara finalidad del sistema creado, es suministrar un mecanismo que revise las acciones del Estado frente a los compromisos asumidos al ratificar los Tratados e incorporarlos a su derecho interno. Pero, además, esta acción positiva introduce un cambio sustancial en el principio de la supremacía constitucional, porque aun cuando se diga que los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos tienen una jerarquía menor a los dogmas constitucionales, lo cierto es que esto es un dato ínfimo frente a los hechos que revisa la jurisdicción supranacional. De todos modos, el derecho interno se convierte a suertes del estudio transnacional, en hechos relevantes que se constatan y confrontan sin excepciones.

Por tanto, la misión de estos sistemas de protección a los derechos humanos, no piensan ni se detienen en sistemas procesales, sino en el conjunto de garantías aceptados como reglas mínimas que ningún Estado puede interpretar a su antojo.

5.5 La cuarta posibilidad de intervención de los jueces en conflictos constitucionales se da en los denominados "procesos constitucionales", particularmente en el amparo (acción de tutela, recurso de protección, mandato de segurança, son algunos de las nominaciones que tiene Latinoamérica para esta vía procesal).

Aquí cada reglamento puede determinar una competencia singular, pero debe atenderse que hay características particulares que privan al proceso constitucional de las tradiciones formales del juicio común.

En cada situación donde aparecen conflictos constitucionales, emerge el mandato *supra legal* que indica la necesidad de actuar *pro homine*, eludiendo retaceos formales, abriendo paso a una gestión positiva y eficaz de los jueces, y permitiendo que se haga realidad esta suerte de "derecho constitucional común" que aplica en toda Latinoamérica el "bloque" de derechos y garantías provenientes de los derechos humanos.

Ofrece Peter Häberle una visión particular de este fenómeno de influencia que denomina "*ius commune americanum"* al sostener que, a partir de la comparación a nivel mundial en

> materia de Estado constitucional como tipo se comprueba que ninguna nación puede afirmar haber realizado, aquí y ahora, *todos* os elementos textuales, ideales y óptimos, del tipo del Estado constitucional. Cada uno ha aportado algo nuevo en ciertos campos, y en otras ha sido receptora; unas veces, ha sido pionera, y en otras, se ha quedado rezagada.
>
> El ideal del tipo del Estado constitucional es una construcción científica en la medida que no es posible hacer de ella simples deducciones abstractas, pues cada nación constitucional de la que se trate es sumamente individual y especial[24].

6. Integración del bloque de constitucionalidad

6.1 Dejando de lado el dilema de atrapar dentro del conjunto a *todos* los tratados y convenciones que el Estado celebre, para enfocar los contenidos que tiene el bloque de los derechos humanos, es preciso, en consecuencia, considerar tres dimensiones distintas pero interactuantes.

La primera se refiere al *ámbito normativo*, esto es, el espacio que tienen las disposiciones escritas en los referidos compromisos *supra* nacionales donde la Convención Americana sobre derechos humanos arroja un caudal de nuevos contenidos.

La segunda es el espacio de los *valores superiores* en los que se puede encontrar una suerte de jerarquía dentro de las disposiciones, en el cual anida, antes que la expresión escrita, el espíritu que ellos importan.

El tercero es el campo de las *limitaciones*, que siguiendo este enfoque del trialismo, supondría algo así como el ámbito de la realidad donde se deberá aplicar el conjunto de nuevos derechos y garantías.

6.2 *El espacio normativo*: Hay diferencias en los modelos. Colombia, por ejemplo, dice en el art. 93 de la Constitución Política, que la incorporación de los derechos humanos provenientes de tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso no se "incorporan" al texto constitucional, porque quedan agregados en un bloque de interpretación que tiene prevalencia sobre el derecho interno.

24 Häberle, Peter, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabra clave para un diálogo europeo – latinoamericano*, traducción de Héctor Fix Fierro. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2003, p. 73.

Esta no es una mención anecdótica y carente de sentido, porque al agregarse derechos humanos que llegan desde tratados y convenciones, no se efectúa una equiparación constitucional sino una entrada independiente que se aísla al momento de aplicarse. Por eso el orden de preferencia.

En Argentina, en cambio, los tratados y convenciones se suman al texto constitucional (art. 75 inciso 22, CN), y permiten que otros se agreguen con requisitos similares a los que tiene Colombia.

La diferencia está en el método de interpretación subsiguiente. Mientras en Argentina los Pactos y Convenciones son parte de la Constitución; en Colombia están fuera de ella. Es verdad que se equiparan con rango constitucional y que tienen prioridad de aplicación, pero en los hechos la lectura de los derechos comienza por el bloque.

> En su tesis, Manili afirma que no corresponde hablar de la "constitucionalización" de los instrumentos internacionales, ni de su "incorporación" a la constitución; sino de una "jerarquización" o "elevación a jerarquía constitucional", o "incorporación al sistema constitucional", entendiendo por tal a la constitución material, es decir, la sumatoria de la constitución escrita y la no escrita, que incluye la costumbre, la jurisprudencia, etc.[25]

6.3 Supongamos que se trate de fomentar la creación de industrias y fuentes de trabajo a sabiendas del daño ambiental consecuente. Cuestionada la decisión administrativa, el juez tendrá que resolver dando prioridad a la normativa que desde los pactos y convenciones internacionales llega para cuidar el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Los fundamentos estatales quedarían inmediatamente postergados.

Esta lectura es producto de una decisión constitucional que resuelve asumir la primacía del "bloque de constitucionalidad", pero dentro de éste hay vaguedades que, al tiempo de su interpretación puntual, necesita de esclarecimientos.

Puede suceder que la inteligencia de una disposición aislada (pero dentro del bloque) sea contradictoria con una norma constitucional, en cuyo caso, la regla de preferencia podría socavar buenas intenciones del Estado.

[25] Manili, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino,* cit., p. 122.

Por eso es importante observar que el bloque de constitucionalidad se integra con:

i) *instrumentos generales* como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, ambas de 1948;

ii) *instrumentos particulares* como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y culturales, y el de Derechos Civiles y Políticos;

iii) *instrumentos específicos*, que se refieren a problemas puntuales como la discriminación, el genocidio, la tortura, la corrupción, etc.[26].

Esta clasificación tiene su impronta porque, a pesar de las diferencias que tienen en orden al trámite previo de aprobación e incorporación al derecho interno, lo trascendente es determinar si basta con la ratificación del Congreso para dar a cada uno la preferencia legal establecida.

6.4 Los valores superiores: Con estos, el fenómeno normativo se desplaza al sociológico. El uso de valores significa dar preferencia a reglas tales como el principio *pro homine* (implícito en el art. 94, Constitución Política de Colombia; art. 33 de la Constitución Argentina; art. 29 Convención Americana; art. 5 Reglas de Nueva York; etc.); o *favor debitoris*, entre otros.

Trabajar con valores supone para quien realiza una tarea de elaboración intelectual (como es la creación de una sentencia) elegir aquella que mejor resuelva los derechos de las personas.

La Corte Interamericana, por el caso, sostiene que si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana[27].

Bidart Campos explica que el principio *pro homine*, no pierde aplicabilidad en caso de presentarse un conflicto entre el Estado y un particular, sino entre dos o más particulares.

[26] Para una clasificación prolija y ordenada ver, Manili, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, p. 177.

[27] OC-5/85, párrafo 52.

> En ese caso se interroga ¿cuál será la norma más beneficiosa para la persona y sus derechos si tanto el sujeto activo como el pasivo son personas, y por ende la norma más favorable para una de ellas no favorece a la otra? En estos casos -responde-, ha de buscarse la norma más favorable para el derecho de la parte en conflicto, teniendo en cuenta el bien o interés jurídico de mayor alcurnia, todo ello de acuerdo a una opción razonable y objetiva en la escala axiológica[28].

6.5 Además, los valores no necesitan más que adecuarse al caso que resuelven porque, tratándose de derechos humanos en juego, no hay otra vía de solución que encontrar el beneficio mayor para la víctima, sin importar el origen o ubicación de la norma que se aplica.

También el principio *favor debilis* opera en este campo, reconociendo una ventaja comparativa en provecho de quien tiene una situación de inferioridad.

O bien, el caso del principio *pro actione*, presente en varios instrumentos internacionales que dan un marco de amplitud al debido proceso (en particular cuando afecta las cuestiones de legitimación procesal, o el alcance de la cosa juzgada).

Finalmente cuadra en este campo una directiva implícita: es deber del Estado adecuar su legislación interna para integrar los derechos que no existen de manera expresa, con el fin de impedir que las normas vigentes, colisionen o confronten, con estas nuevas expresiones de los derechos humanos.

7. Limitaciones al uso del bloque de constitucionalidad

7.1 El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional, hace de ellas, verdaderas fuentes de derecho; lo que significa que los jueces en sus providencias, y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados, se deben atener a sus prescripciones.

Este es un llamado a utilizar el preámbulo constitucional, los principios, valores y reglas constitucionales; todas de acatamiento obligatorio y de forzoso cumplimiento en el orden interno, porque las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de

[28] Bidart Campos, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos.* Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Serie G: “Estudios Doctrinales” n° 120, México, 1989, ps. 345 y ss.

derecho forzoso. Sin embargo, hay límites en la aplicación inmediata o directa que dependen de situaciones metodológicas, o de condiciones necesarias para su adopción.

7.2 Una de ellas es que los Tratados o Convenciones que se invoquen estén en vigencia en el ámbito internacional (recuérdese que un Tratado internacional ratificado por un Estado parte puede no estar vigente mientras no consigue reunir un número determinado de adhesiones), cuestión que tiene proyecciones interesantes de las que no vamos a ocuparnos en este capítulo.

Otra proviene de las *reservas* que el Estado realiza al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado, o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones (cfr. art. 2.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Lo misma actitud precautoria tienen las *cláusulas* o *declaraciones interpretativas*, que significa interpretar algunos términos del Pacto o la Convención para armonizar su aplicación en el derecho interno.

7.3 *Jerarquía y orden prevalente:* A tono con lo expresado en los puntos anteriores se podría reafirmar el criterio de darle al "bloque de constitucionalidad" un orden de atención prevalente sobre las disposiciones constitucionales. De este encuadre preliminar se derivan posibilidades alternas.

Al tiempo de tomar decisiones los jueces afrontan el problema de escogencia normativa. Ya sabemos que la prioridad está en los tratados y convenciones ratificados por el Congreso, pero ¿siempre es así?

Obsérvese que el bloque de constitucionalidad orienta cuando hay conflictos de esa dimensión y naturaleza, pero nunca deroga expresamente otras normas imperativas, solo las confronta y deja de lado por una cuestión jerárquica.

Por eso, la tarea de elaboración, a veces, es de complemento, o integración, teniendo en cuenta los derechos implícitos antes mencionados como presentes en la Constitución.

7.4 No obstante, el ejercicio a realizar es el llamado "juicio de comprobación", que supone concretar un cotejo de tratados aplicables, convenciones ratificadas, normas constitucionales y, en definitiva, una verificación de todo el sistema normativo que conduzca a evitar contradicciones insalvables.

> Dice la Corte Constitucional Colombiana: " [...] resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93) [....]. Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias" [29].

El desarrollo de dicha premisa y refiriéndose concretamente a los componentes del bloque, la jurisprudencia constitucional acepta que los tratados internacionales que definen los límites del Estado hacen parte de esta entidad constitucional.

> Así lo estableció la Corte en la Sentencia C-1022 de 1999 al sostener que los "tratados de fronteras que ya estaban perfeccionados al momento de entrar en vigencia la Constitución no pueden ser demandados, puesto que en el fondo son normas que integran el bloque de constitucionalidad, como ya lo había indicado la sentencia C-400 de 1998, cuando precisó que esos acuerdos internacionales, junto con algunos convenios de derechos humanos, tenían un status y jerarquía diferentes a los otros tratados en el ordenamiento colombiano".

Se agregó que […], "es claro que, si los preceptos, principios y valores contenidos en el bloque de constitucionalidad, irradian el texto de la normatividad interna y obligan a las autoridades a acondicionarla a sus disposiciones, también las decisiones judiciales tienen que guardar similar obediencia. Así entonces, no sólo el productor del derecho positivo, sino también el ejecutor de la norma y su intérprete autorizado, están compelidos a seguir los lineamientos del bloque de constitucionalidad, ya que en dicha sumisión reside la validez jurídica de sus actuaciones".

[29] Sentencia C-191 de 1998, Magistrado Ponente; Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las consiguientes consecuencias: a) dado que la constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma de normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente de derecho sin más" [30].

30 De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional*. Ariel Derecho, Madrid, 1999, p. 76.

CAPÍTULO IV

Principios generales

1. Tutela general basada en el principio de igualdad

1.1 La aspiración de preservar y proteger a los derechos humanos no ofrece resistencias de ninguna naturaleza. Lo mismo sucede cuando se menciona a las constituciones como cartabones elementales de soporte para concretar esa finalidad.

Pero esta característica general, poco discutible, llevada al plano de su realidad efectiva, encuentra muchos contratiempos. El dilema está en la confianza de las vías procesales que deben resolver la eficacia del programa constitucional. Pareciera que no es igual la seguridad que proviene de la declaración de derechos fundamentales, respecto de las vías instrumentales, como es el proceso de amparo, que debiera colaborar en el afianzamiento de esa tutela judicial.

Esto es una referencia indispensable que no podemos soslayar en razón que, una cosa es implementar un sistema normativo homogéneo y concreto donde se tienen consensuados y aceptados los términos de la vinculación (v.gr.: Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Tratado contra la corrupción, etc.), y otra muy diferente, es lograr que los efectos jurídicos que ellos prometen, reciban el mismo asentimiento que tienen los fines que dieron vida a la proteccion igualitaria de los derechos fundamentales.

1.2 En este aspecto, la igualdad puede resultar una quimera, porqué la idea del derecho como norma que diseña valores, difiere del derecho como regla. Aquí se impone contemplar la forma que tienen las organizaciones y la posibilidad que reciben, todas ellas, para lograr una regulación común para las relaciones entre sujetos.

Bien se ha dicho que […]

> "Se puede considerar que el objeto de la idea de Derecho está constituido por la determinación de un sistema de ir transfiriendo progresivamente, en términos jurídicos, contenidos esenciales que reflejan principios de organización que establecen esquemas de actuación, que van surgiendo del fondo de la conciencia social y que transmiten la necesidad de llegar a la realidad de un orden que pueda proporcionar soluciones a un contexto social en progresiva y constante evolución, que lleva a actualizar en normas lo que en un momento anterior no eran sino enunciados de principios"[31].

Teniendo en cuenta la diversidad social y los sistemas procesales reconocidos en cada contexto, podremos trasladar la iniciativa y aplicarla midiendo sus reales posibilidades.

1.3 Todo lo visto hasta ahora muestra que los procesos constitucionales no tienen una base común de actuación, aunque estén regulados dentro de un sistema de garantías, principios y reglas que los defina.

Tampoco sirve identificar la magistratura especializada con su competencia funcional, porque la idea que se propone es construir para el amparo una serie precisa de valores constantes que trabajen sin diferencias según el lugar donde se interpreten.

Por eso, cuando referimos a cada uno de los procesos constitucionales, habrá que tener en cuenta esta particularidad y observar el sistema donde reside.

Un caso testigo de la confusión es el artículo 43 de la Constitución Nacional, que llevó a ciertos autores a clasificar al amparo con sub-tipos, cuando -en realidad- lo que se había regulado, eran procesos constitucionales independientes que necesitaban de alguna reglamentación para actuar en sus respectivos procedimientos.

En los capítulos iniciales indicamos la fisonomía que tiene dicha norma constitucional, creando categorías de amparo que suponen tener una base común, que en la práctica no existe.

1.4 Por lo general, al amparo se lo trata como un proceso, cuyo sistema técnico se expresa en cada uno de los reglamentos locales. Lo usual es derivar al código adjetivo, y tomar de allí, algunas características propias de los procesos comunes.

[31] Girón Larrucea, José A., *Cuestiones de Derecho Comunitario Europeo.* Universidad de Sevilla, 1997, p. 22

De este modo, el problema de constitucionalidad queda encofrado en las potestades y habilidades de las partes, más allá de cuanto corresponde a las acciones de inconstitucionalidad, donde se pueden encontrar asimetrías que despojan de verdad estas afirmaciones.

No obstante, en América Latina cada mecanismo se diferencia, aunque puede observarse la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que desde sentencias interpretativas del debido proceso, va delineando estándares unificadores.

Empero, la tendencia encuentra dificultades difíciles de superar. Por ejemplo, en Argentina y México el régimen federal de gobierno permite a cada territorio autónomo (provincias o estados) tener su propio régimen procesal. Por eso, ha sido preferible razonar sobre la base de principios comunes que se resguardan en la armonización. Estos factores aglutinantes conducen hacia cierta preservación de zonas neutras, es decir, aquellas que no están influenciadas por sistema alguno y que, por su real valía, tienen consideración por sí mismas[32].

Es el caso de la regla moral, las afirmaciones auténticas (verdad), la eliminación del silencio como mecanismo de defensa, las garantías constitucionales que evitan la indefensión, celeridad en los procedimientos y sentencias fundamentadas, entre otras.

1.5 Los códigos tienen el defecto de clausurar la dinámica de los procedimientos. Sientan una base, es verdad, pero al mismo tiempo, queda sepultado el casuismo renovador con sus alternas posibilidades de solución. Un código es un estereotipo y, a veces, una prueba de talento legislativo y doctrinario. Lo peligroso es que a las reglas se la tomen como paradigmas insustituibles[33].

En suma, si nos preguntaran, qué camino seguir para lograr que los procesos constitucionales no dependan del sistema procesal donde se aplique (llevando a alterar el uso uniforme de las garantías), diríamos que sería bastante con formular principios y valores, marcos referenciales y pautas o guías de interpretación para un sistema efectivo, actual, confiable y sin predominios técnicos.

[32] Véscovi, Enrique, *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano.* UNAM, México, 1978, p. 10.

[33] Ramos Nuñez, Carlos, *Codificación, tecnología y posmodernidad (La muerte de un paradigma).* Ara, Lima, 1996, ps. 10 y ss.

2. El amparo como única garantía

2.1 Los procesos constitucionales son los mecanismos de protección de las libertades fundamentales. El proceso es la garantía por excelencia, y como dice Hernández Martínez, también las clásicas garantías son derechos, subrayando en ellas el carácter instrumental de protección de los derechos.

> […] "Podríamos decir que las garantías son derechos fundamentales pero no todos los derechos fundamentales son garantías. Las garantías se traducen tanto en el derecho de los ciudadanos a exigir de los poderes públicos la protección de sus derechos, como en el reconocimiento de los medios procesales adecuados a tal finalidad (por ejemplo el derecho al acceso a los tribunales para la defensa de los derechos, principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine crimen*, principio de *non bis in idem, iura novit curia,* entre otros).
>
> "La básica distinción es que los derechos adjetivados como fundamentales son netamente sustantivos mientras que las garantías son netamente adjetivas. No obstante ambos comparten dentro de la ciencia jurídica su carácter de derechos subjetivos"[34].
>
> "Las constituciones no sólo contienen un pormenorizado y meditado elenco de derechos y deberes fundamentales, sino que subdividen entre derechos de la persona en particular y los derechos y deberes inherentes a la vida colectiva, determinándose así, formalmente, la distinción entre derechos individuales y derechos sociales. La incorporación de tales derechos y libertades en el conjunto constitucional es, en la actualidad, obra de la voluntad del constituyente que las consagra en las disposiciones dentro del texto fundamental a igual título que las instituciones y las normas. Tal reconocimiento se traduce en una limitación a los poderes públicos, tanto en lo que hace al respeto de las reglas de forma y de procedimiento, como de las reglas de fondo o derecho sustancial, y esto es así, porque las normas constitucionales consagradoras de los derechos fundamentales, lo mismo que las que regulan las instituciones sólo pueden ser concebidas en el contexto jurídico actual, como resultado de su concretización y funcionalización a través de la obra del legislador y del juez constitucional"[35].

2.2 Quizás el problema sea la distancia que suele establecer la doctrina entre derechos humanos y derechos fundamentales, pero las garantías, y básicamente la única

[34] Hernández Martínez, María del Pilar, *Constitución y Derechos Fundamentales,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado nº 84, 1995, ps. 126 y ss.

[35] Hernández Martínez, ob. cit., p. 129.

garantía de conservación para todas que es el proceso judicial, no tiene en cuenta esa diferencia teórica.

En la práctica, por ejemplo, el Código Procesal Constitucional del Perú incluye un "título preliminar" que incorpora un conjunto de principios y criterios que establecen el marco general a partir del cual se deben interpretar y aplicar todos los procesos constitucionales.

El artículo II, con afán pedagógico, precisa los objetivos que identifican a los procesos constitucionales y que los distinguen de los restantes procesos judiciales. Establece que ellos tienen por finalidad garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Pese a que el proceso de cumplimiento no persigue tales fines, y que en opinión de la doctrina que se reproduce, debería eliminarse[36].

> Otra novedad es haber contemplado expresamente los principios procesales propios de los procesos constitucionales (artículo III). Se trata con ello de resaltar aquellos que les resultan aplicables y que les permiten cumplir su finalidad trascendente de velar por la supremacía constitucional y el respeto de los derechos humanos. La adecuada interpretación de los derechos constitucionales es un tema que ha preocupado a la Comisión. Por ello se señala que tales derechos deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones jurisdiccionales adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (artículo V). De esta manera, por ejemplo, se reconoce que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe ser aplicada por los jueces[37].

2.3 En suma, los procesos constitucionales, son aquellos que se reglamentan en cada lugar con particularidades y asimetrías que dependen del tipo de control de constitucionalidad adoptada internamente. No obstante esas diferencias, cada uno tiene valores y principios que no pueden ser cambiados por interpretaciones de conveniencia, es decir, se preferencia el principio "*pro homine*" en la aplicación de cada uno.

[36] Exposición de Motivos del Código Procesal Constitucional del Perú, firmada en Lima, octubre de 2003, por Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Domingo García Belaúnde, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia. Cfr. *Código Procesal Constitucional,* estudio introductorio, exposición de motivos. Dictámenes e índice analítico, Tribunal Constitucional del Perú (Centro de Estudios Constitucionales), Lima, 2008, p. 108.

[37] Exposición de Motivos del Código Procesal Constitucional, cit., p. 109.

3. El amparo como protección de derechos, antes que de personas

3.1 En nuestro país, "toda persona" tiene derecho a demandar a través del juicio de amparo. Ésta es una fórmula engañosa, porqué no es cierto que cualquiera pueda plantearlo. La idea de facilitar la vía extraordinaria, cual si fuese una acción popular, sería auspiciosa si tuvieramos a los procesos constitucionales en tándem con el acceso a la justicia sin restricciones.

Pero lo cierto es que el juicio de amparo, quiere que se acredite el derecho subjetivo que vulnera el Estado o un particular, mediante un acto lesivo de ciertas características.

En su lugar, el amparo podría verse con otra perspectiva. Debiéramos eliminarlo de los procesos estrictamente controversiales para observar que, cuando se deducen pretensiones de base constitucional, no se persiguen, esencialmente, reparaciones individuales, toda vez que existe un derecho fundamental protegido, o convencionalmente contemplado, que la jurisdicción debe remediar concretando la mision constitucional de fiscalizar el principio de la supremacía (art. 31, CN), o aplicando las reglas del control de convencionalidad.

3.2 El reconocimiento de derechos a toda persona constituye un emplazamiento a consolidar derechos subjetivos de naturaleza diversa, donde ocupan un sitial preferente los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Ellos inclusive, se han ampliado notablemente con derechos sustanciales que fueron constitucionalizados, así como otros quedaron interpretados con la finalidad para la que se los destina (familia, salud, educación, en primera línea). En todo este avance progresivo y constante, el control constitucional interno, y el control de convencionalidad sumaron esfuerzos para que el acceso a situaciones de justicia igualitaria y equitativa fuera una realidad evidente[38].

[38] Gozaíni, *Conflictos constitucionales y procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., ps. 39 y ss.

Estos derechos contraen al mismo tiempo deberes de cooperación, respeto y obediencia, que en conjunto elaboran una jerarquía inédita para la construcción de fuentes normativas.

Precisamente, con la superación del dogma de la supremacía constitucional (primacía de la Norma Fundamental sobre todo el ordenamiento jurídico) se abre paso a la internacionalización de los derechos fundamentales, que son claves para instalar el aspecto material del acceso a la justicia sin restricciones, en la dimensión que se procura dar al juicio de amparo, como modelo de protección de derechos antes que de personas.

3.3 El amparo se encuentra presente en todos los tratados y convenciones sobre derechos humanos, aunque se mencionen con nombres diferentes. Resuelven el derecho a tener un proceso que, por sí mismo, es operativo para el derecho interno sin necesidad de normas reglamentarias.

Esta regla del derecho internacional se sobrepone al carácter relativo que tienen las normas constitucionales cuando afirman que los derechos reconocidos por la Norma Básica del Estado no son absolutos, toda vez que ellos pueden ser limitados y restringidos a través de su reglamentación[39].

Sin embargo, hay veces que la disposición de normas generales para las personas se establecen sobre paradigmas que no tienen en cuenta idiosincracias o particularidades de cada lugar (v.gr.: diferencias en el modo de concretar el control de constitucionalidad), de modo tal que es necesario promover reglamentos de aplicación que, de omitirlos o postergarlos, impactan en la eficacia directa de cuanto se ha reconocido.

> La ley reglamentaria no puede afectar el contenido esencial del derecho del que se ocupa, pero puede ampliar las ventajas u ofrecer mejores estándares de aplicación. Un ejemplo es el artículo 23.2 de la CADH que dice […]: La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

39 Gozaíni, *Conflictos constitucionales y procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., p. 41.

3.4 En el Sistema Interamericano existen dos dimensiones para analizar esta propuesta. Por un lado, no se discute que el derecho internacional de los derechos humanos desarrolla esquemas sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, afirma que la obligación de los Estados no es solo negativa –de no impedir el acceso a esos recursos–, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan tener esos recursos, para lo cual cada uno debe remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceder a la justicia.

Para promover la eficacia del remedio procesal, se crean estándares, a modo de patrones que se presentan como modelos para alcanzar el derecho al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva que, en conjunto, recrean una serie de garantías mínimas que se deben implementar.

La otra mirada, en cambio, se ocupa del acceso a la justicia y de los derechos que se consagran como fundamentales para la persona humana, para los cuales se proponen deberes u obligaciones positivas de los Estados, donde anidan presupuestos a futuro. Lo que sucede con esta tendencia, es que la práctica consuetudinaria demuestra que convierten al juicio de amparo en un modelo excepcional, contingente, y pleno de obstrucciones.

> Hemos dicho que […]: "Básicamente, todos los mecanismos son controversiales, sea contra el Estado (o la autoridad pública) o frente a actos de particulares. El debate se entabla entre un sujeto que plantea la amenaza o lesión de sus derechos constitucionales, teniendo como adversario al agente productor del acto lesivo. Sin embargo, las reglas de la bilateralidad y la contradicción no se aplican a pie juntillas en los procesos donde se emiten los estándares, porque la premisa conduce a observar los hechos antes que las personas afectadas. En realidad, estas son el destino de la protección que se promueve, y las pautas que se establecen van dirigidas a conformar el *corpus iuris internacional*.
>
> "De este modo, el asunto se concentra en la cuestión constitucional, evitando que las alegaciones de las partes alteren la actividad esencial. Lógicamente, como todo proceso, el derecho de defensa es un principio incanjeable, de manera que, corresponde oír a todos en sus respectivas alegaciones. Pero la controversia supone tener posiciones diversas, donde el

juez debe actuar como equilibrio entre las fuerzas en conflicto, sin que su actividad de impulso y desarrollo sustituya el que a los litigantes corresponde realizar"[40].

4. El derecho a la verdad

4.1 Perseguir que se descubra la verdad en los procesos es una aspiración histórica de la ciencia procesal. El polémico principio de la carga probatoria demostró la inequidad de sus resultados, y puso en evidencia que el litigio amparado en este deber probatorio, permitía obrar en contra de otro principio esencial: la buena fe.

Inclusive, las verdades declaradas se convirtieron en versiones afirmadas, sin que ellas tuvieran posibilidad de esclarecimiento sobre lo auténtico, al conformarse la jurisdicción con la mera certeza, la presunción de verdad o la duda razonable.

Fue así que la reforma procesal italiana de 1940 produjo una bisagra importante; desde entonces, fue deber del juez esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, manteniendo la igualdad entre las partes.

Esta regla dividió las escuelas en dos tendencias: los que continuaron la línea de la ley de enjuiciamiento civil española, es decir, focalizar con la perspectiva del litigante o, dicho en términos tradicionales, el proceso como lucha entre individuos ante un juez dirimente. Y, la visión pública dentro del proceso, para quienes el juez es la autoridad y tiene varios deberes y obligaciones ante los sujetos del pleito, entre ellas, descubrir la verdad de los hechos. Por ello, las afirmaciones no podían ser versiones, ni apariencias.

4.2 Es en este tiempo (primeras décadas del siglo XX) cuando en Europoa comenzó a dividirse la actuación jurisdiccional. Kelsen impulsó la separación entre la justicia ordinaria que debía aplicar el principio de legalidad (los jueces son boca de la ley); y la jurisdicción constitucional que velaría por el principio de la supremacía constitucional (defensa de la norma fundamental).

Se hizo evidente que América Latina quedó desorientada. Muy notable es el caso de Argentina, que cuenta con una Constitución implementada sobre la base

[40] Gozaíni, *Conflictos constitucionales y procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., ps.144 y ss.

norteamericana, y un sistema procesal de raigambre española. Vale decir, conviven los sistemas de confianza y desconfianza en los jueces.

El problema aumentó cuando el amparo se volvió proceso. La Constitución mexicana lo había puesto en el centro de la escena, y muchas naciones latinoamericanas copiaron el modelo, con amplitudes y flexibilidades, según fuera la idiosincracia de cada uno.

En los procesos constitucionales, por entonces el amparo y el hábeas corpus como principales, debía existir interpretación judicial, antes que elección entre versiones dichas y resistencias proclamadas. Aquí la verdad era una cosa distinta. Se debía exigir en los hechos, porqué en el derecho, la sentencia no era puramente un silogismo de subsunción de los hechos en la norma, sino interpretación judicial pura.

4.3 El trance entre uno y otro modelo, lo pudo comprobar la Corte Interamericana cuando debió resolver casos de desaparición forzada de personas, a los que, de aplicarse los principios tradicionales del proceso penal, o de investigación preliminar al contencioso de acusación y defensa, le hubiera sido muy difícil alcanzar los resultados útiles que generaron.

> En efecto, el Estado no podía ampararse en la presunción de inocencia; el cuerpo del delito no estaba y sin él no había imputación posible; el juzgamiento natural debía quedar en tribunales militares poniendo sospechas sobre la independencia e imparcialidad del juzgamiento, en fin, estos y muchos otros eran problemas de naturaleza procesal y constitucional que la Corte debía resolver[41].

Con la búsqueda de la verdad se pretendió enfocar la obligación de todos los involucrados en forma directa o indirecta, para saber qué había pasado. La prueba de ello no podía quedar en los principios del *onus probandi* ni tolerar el silencio del Estado como mecanismo de defensa.

Fue necesario encontrar la verdad de los hechos, y para esto, todos debían colaborar, superando las ficciones irritantes de los principios procesales. Este es el nacimiento del derecho a la verdad.

[41] Gozaíni, *Conflictos constitucionales y procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., ps. 237 y ss.

4.4 Para nosotros, también actuar con la verdad es una obligación del juicio de amparo. Proviene de un estándar del debido proceso, que se vincula con el derecho y la justicia, tanto sea para el sustento filosófico de ella, o como requisito que condiciona la legitimidad de los fallos.

No se trata, únicamente, de mostrar el acto lesivo y la afectación que sufre el o los sujetos alcanzados, sino de trabajar con el auténtico impacto que tiene en la Constitución, los actos, hechos u omisiones, que despersonalizan la protección fundamental. Es el derecho a la verdad como inseparable del derecho de naturaleza general a la justicia y que implica la obligación positiva del Estado de fomentar que se desenvuelva el proceso sobre bases ciertas sin sofismas ni aseveraciones improbables.

5. El plazo razonable

5.1 La propia Constitución nacional define en el amparo, la necesidad de ser rápido y expedito. Tal es la exigencia que, si hubiera en el derecho interno un proceso judicial más idóneo para responder la exigencia, ésta sería la vía adecuada para la tutela constitucional que se reclame.

El precepto comulga con la garantía del plazo razonable, cuyas variables de atención las hemos desarrollado antes de ahora[42]. Lo que interesa es evitar que un juicio de amparo se desarrolle en tiempos equiparables a los del proceso ordinario. Si ello sucede, no se cumple con la finalidad constitucional.

5.2 De todos modos, no se debe confrontar únicamente con los tiempos procesales dispuestos, sino con todas las condiciones que el sistema ofrece para desarrollar adecuadamente el litigio.

Además, en la idea de sencillez, brevedad y eficacia implícita, no se pueden eludir las categorías de problemas y conflictos, en la medida que es muy distinta la prioridad que merece una controversia privada respecto de una crisis constitucional; recordando al efecto que, en América, la actuación jurisdiccional cubre varios frentes que en Europa se desgranan en tribunales independientes, ejerciendo una verdadera

[42] Gozaíni, *Debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tomo II, cit., ps. 191 y ss.

"administración de justicia", antes que un Poder auténtico como el que tiene el método difuso de actuación constitucional de los jueces americanos.

> Por eso señala Gimeno Sendra[43] que, algunos países europeos no aplican internamente el art. 6.1 de la Convención Europea, en lo que concierne al procedimiento instruido en el recurso de amparo, porque tratándose de la República Federal de Alemania o de Suiza, ellas han declarado que el artículo 6 párrafo primero, es inaplicable a los procedimientos de examen de los recursos de carácter constitucional. En efecto, una Corte Constitucional no se ocupa más que de los derechos fundamentales; dicho en otras palabras, ella soluciona los litigios declarando la compatibilidad con la Constitución nacional de los actos o de las medidas tomadas por los poderes públicos en el ejercicio de la potestad pública.

En consecuencia, otro parámetro que debieran tener todos los juicios de amparo, debiera ser la garantía de obtener sentencia en un plazo razonable.

[43] Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y proceso.* Cívitas, Madrid, 1988, p. 99.

CAPÍTULO V

Presupuestos generales

1. Tipos de amparo

1.1 Amparar es defender, tutelar, proteger, o simplemente garantizar los derechos a los que se sirve. La garantía es un derecho en sí mismo; pero en funcionamiento puede actuar preventivamente, para evitar u obstaculizar amenazas al ejercicio pleno de un derecho; o bien asumir acciones de reparación cuando la lesión se ha concretado.

Cuanto se define, concilia el espíritu de los principios generales en materia de amparo. Es por ello que el juicio, en sí mismo, se materializa como la verdadera garantía de los derechos humanos, por cuanto tiene un sentido de universalidad, para todos los derechos y para cualquier persona.

1.2 El problema práctico radica en lograr que esa función genérica se verifique realmente, para que todos tengan acceso al amparo, y que el mismo, sirva para asegurar la promesa de protección o tutela constitucional. En este punto es donde se ubica específicamente al amparo, como un derecho diferenciado, por su finalidad y por su esencia.

Los modelos procesales establecen distancias entre ellos para asegurar el alcance que tiene cada proceso de protección. Mientras algunos lo ordinarizan (sin darle sentido peyorativo al término), permitiendo que ocupe espacios, que en ciertos lugares lo tienen los juicios de conocimiento pleno; otros lo simplifican, o reducen, a la defensa de los derechos individuales de fuente constitucional.

1.3 En nuestra obra, "*Tratado de Derecho Procesal Latinoamericano*" (tomo II)[44] clasificamos los principales procesos constitucionales sosteniendo la autonomía de cada uno, para diferenciarlos del amparo. Ello son:

a) El proceso de *hábeas corpus*, que resguarda la libertad personal o ambulatoria, que debe colegirse en dos esferas de interpretación. Una de carácter sustantivo que hace a la esencia de la protección que se dispensa al derecho a ser libre; y otro de contenido adjetivo que reafirma la eficacia de los instrumentos procesales (legales) que permitan ejercer el reclamo.

b) El proceso de *amparo*, conocido en otras latitudes como recurso de protección (Chile); acción de tutela (Colombia); mandado de segurança (Brasil), y con el mismo nombre pero con ampliaciones objetivas diferentes (que van desde el originario modelo mexicano (amplio) al de Argentina (restrictivo), pero que han revertido exactamente a la inversa en su aplicación práctica, convirtiendo al modelo mexicano en ceñido y al argentino en flexible.

c) El proceso de *hábeas data* como elemento tuitivo de protección a los datos personales y cuánto de ellos se proyecta (intimidad, honor, imagen, privacidad, etc.). Este es un modelo en desarrollo que no tiene aplicación en toda Latinoamérica pero que va camino en ello. Hábeas data es el proceso, pero el contenido fundamental del derecho que se tutela es la autodeterminación informativa, o sea el derecho individual de disponer de los datos personales.

d) La *acción de inconstitucionalidad*, destinada a aplicar el principio de la supremacía constitucional contra toda ley, decreto, ordenanza, reglamento, acto administrativo o actuación fáctica de la autoridad pública o de particulares que amenace o perturbe la eficacia de los derechos protegidos por la Constitución o cualquiera de los instrumentos que conforman el llamado bloque de constitucionalidad. Este es un proceso diverso en Latinoamérica. A veces se lo confunde con la acción declarativa de certeza y en otras con la acción abstracta de inconstitucionalidad.

e) El *proceso competencial* (Perú), o *controversias constitucionales* (México), que permite determinar cuál es el órgano competente para dictar un acto o disposición, cuando se suscita un conflicto positivo -es decir, cuando dos o más órganos pretenden realizarlo- o negativo -cuando todos rehúyen hacerlo-. Con ello se trata de garantizar que la distribución de competencias previsto por la Constitución cuente con una vía procesal que permita su respeto.

f) Los procesos *colectivos*, que tienden a implementar un sistema de protección general de derechos que las normas fundamentales han incorporado como derechos de una nueva generación, tales como los derivados del consumo, el medio ambiente, la protección de

[44] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Latinoamericano*, Tomo II. La Ley, Buenos Aires, 2014, ps. 1 y ss.

intereses generales (patrimonio, cultura, salud, educación, etc.). En este terreno anida, asimismo, la *acción popular* que pueden articular las personas contra actos o reglamentos de carácter inferior a la ley.

g) Los procesos o acciones de *cumplimiento* que cual modelo de los mandamientos o *injuction*, son disposiciones que ordenan cumplir un mandato judicial, aunque tiene modalidades según la legislación que los reglamenta.

h) Después están los recursos dentro de los procesos comunes que, al encontrar violentados derechos constitucionales (como el debido proceso, la defensa en juicio, etc.) permiten actuar como recursos de agravios constitucional. En Argentina, el ejemplo es el *recurso extraordinario federal.*

i) Finalmente está el *proceso transnacional* que se presenta dentro del derecho internacional de los derechos humanos, cuyo enlace con los procesos constitucionales es manifiesto e incuestionable.

1.3 La Constitución argentina en el primer párrafo del artículo 43 dice:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre qye no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades publicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado, o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

[…]

Se verifican, en consecuencia, dentro de esta primera parte de la normativa constitucional, tres tipos de amparo: *a)* el amparo individual contra actos de la autoridad pública; *b)* el amparo individual contra actos de particulares, y *c)* el amparo que persigue la declaración de inconstitucionalidad de la norma, ante el acto o la omisión lesiva; que también se puede declarar de oficio dentro de cualquiera de los procesos señalados en las dos primeras variantes.

Las primeras tres modalidades tienen los presupuestos generales que desarrollamos en este capítulo; los que están en los párrafos siguientes, no son tipos de amparo, sino procesos constitucionales que se encofran dentro de la garantía que tiene el derecho al amparo (tutela judicial efectiva)..

2. El acceso al amparo

2.1 Entre los principios generales que se pueden proponer, aparece en primer lugar, el acceso al proceso. No lo referimos en términos de acceso a la justicia, sino de problemas constitucionales que se deben atender en el juicio de amparo.

El artículo 43, varias veces mencionado, crea una garantía nueva: el derecho al amparo bajo el formato de la vía judicial más idónea. El precepto no dice que sea el juicio de amparo, sino un recurso jurisdiccional rápido y efectivo. Por eso, *toda persona* tiene derechos afectados que podrá reclamar, por sí mismo, o por representación; también podrá hacerlo a través de un grupo (amparo colectivo) unido por una afectaciòn común, que se conoce con la formula de derechos individuales homogéneos.

Cada uno tendrá intereses agrupados en un tipo de amparo, o en la mejor senda jurisdiccional que se cuente para conseguir el recurso más idóneo. Por eso, cuando la norma constitucional se refiere al amparo, no sostiene un formato procesal, sino modalidades específicas que, en todas ellas, se podrá declarar la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de los derechos o intereses afectados, sin perjuicio de salvaguardar cada uno de los derechos individuales que se manifiesten.

Por eso la medida del derecho moviliza el interés, y la gravitación de éste sobre la generalidad, permitirá extender la eficacia de la sentencia hacia terceros identificados o no (efecto expansivo de la cosa juzgada o *erga omnes*).

2.2 Cuando la defensa se persiga sobre garantías propias de carácter singular que, en forma actual o inminente, se vean afectados por un acto lesivo que altere o restrinja los mismos, la vía será el juicio de *amparo individual*.

En estos casos, el acceso al amparo tiene características propias que corresponden a la acreditación del derecho subjetivo cercenado, no siendo posible extender el carácter de sujeto - parte a terceros que tengan igual interés pero sin resultar "afectados" por el acto u omisión.

En el amparo individual, la legitimación es propia, sin que la mención de la Norma Fundamental conceda el derecho de actuar a “toda persona”, porque esa idea general, no resulta suficiente para cambiar los presupuestos de admisión al proceso[45].

[45] Gozaíni, Osvaldo A., *Legitimación, capacidad y representación en juicio.* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2018, ps. 98 y ss.

2.3 En cambio, en el proceso constitucional de *hábeas data* la legitimación para obrar tiene dos frentes de abordaje. La norma constitucional es abierta y, en principio, no limita el acceso a la información contenida en los bancos de datos. Pero la ley 25.326, establece recaudos de admisión para cada pretensión expuesta. En estos casos, sólo al afectado, su representante o las personas que tengan un interés legítimo se les permite articular las pretensiones de rectificación, actualización, supresión o confidencialidad.

En la causa "Ganora", la Corte sostiene que sólo puede ejercer la acción de hábeas data quien sea titular del derecho, pues ella tiene por objeto defender aspectos de su personalidad que no pueden encontrarse a disposición del público ni ser utilizados sin derecho, garantizando a toda persona que su filiación política, sus creencias religiosas, su militancia gremial, sus antecedentes laborales o académicos, no puedan ser divulgados ni utilizados en su perjuicio por órganos públicos o entes privados[46].

> En la ley 25.326 sostiene el artículo 34 (Legitimación activa):
>
> "La acción de protección de los datos personales o de hábeas data podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado.
>
> "Cuando la acción sea ejercida por personas de existencia ideal, deberá ser interpuesta por sus representantes legales, o apoderados que éstas designen al efecto.
>
> "En el proceso podrá intervenir en forma coadyuvante el Defensor del Pueblo"

2.4 Respecto al *hábeas corpus,* el párrafo final del artículo 43 constitucional dispone:

> Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

La inclusión constitucional de aspectos antes contemplados en la Ley 23.098, como son la corrección de arrestos ilegítimos, amenazas contra la libertad concreta o

46 CS, 16 de septiembre de 1999, "Ganora, Mario Fernando y otra s/ hábeas corpus", Fallos, 322:2139.

solapada, y la seguridad carcelaria; tanto como la incorporación de la desaparición forzada de personas, determinan el nuevo contenido del hábeas corpus.

Pero también se adecuan otras modalidades referidas al procedimiento, como la legitimación para actuar y el principio de celeridad ("*el juez resolverá de inmediato*").

3. El afectado

3.1 Antes de ahora hemos sostenido que puede haber una perspectiva más flexible para acceder al juicio de amparo. Mantener la exigencia de acreditar el derecho que se tiene, el perjuicio que se sufre, la actualidad del daño, la subistencia del mismo, y demás solemnidades propias de la legitimación para obrar, parecen haber cambiado después de la reforma constitucional del año 1994.

El derecho a tener una protección judicial efectiva, mediante la vía procesal más idónea, puede significar que el verdadero factor de atención constitucional sean los derechos antes que las personas.

3.2 En efecto, tradicionalmente al titular del derecho invocado en el juicio, que resulta directamente dañado por el acto lesivo, se lo protege por ser el "dueño" del *derecho subjetivo*. Si el daño no fuera directo, pero encontrase al pretendiente como "víctima" mediata de los hechos que denuncia, su participación en el proceso podría apoyarse en el concepto de *interés legítimo*.

La calidad del tercero que promueve un juicio de amparo con la única aspiración de obtener el restablecimiento de una situación *de iure*, o afirmando su interés en custodiar el orden público, no recibe por vía de principio, protección jurisdiccional directa.

> No existe un "caso" o "causa" que autorice la intervención jurisdiccional de la Corte si el vecino de la provincia de Buenos Aires que solicita que se ordene el inmediato desbloqueo de una ruta para permitirle el libre tránsito no ha justificado un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes[47].

[47] Fallos, 331:2287.

El *interés simple*, es decir, aquél que acredita un derecho propio que se ha vulnerado o que permita razonablemente constituir en víctima, no tiene ni recibe defensa judicial.

La última categoría asienta en los *"derechos de incidencia colectiva"*, tal como los denomina la Constitución. Estos no tienen un legitimado directo porqué el interés se difunde hacia un conjunto, donde cada uno tiene una parte del daño cierto o potencial.

Hay una variable de ellos en los llamados derechos de pertenencia difusa, intereses difusos, o derechos difusos, que se caracterizan por demandar la protección de los derechos que afectan a la sociedad, sin poder identificar a sujetos específicos.

> La regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular; ella no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trate de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural, en estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable[48].

3.3 Pero el carácter de "afectado" está dicho también en la Ley de Amparo nº 16.986, y se consolida a través de la actual redacción constitucional. Se puede interpretar que significa tener una relación directa e inmediata con los perjuicios que provoca el acto u omisión. No está vinculado al hecho por pertenencia a un grupo o sector, sino porqué el individuo sufre las consecuencias dañinas de la lesión, alteración, restricción o amenaza en sus derechos o garantías.

También, esta afectación puede ser directa o indirecta. La primera refiere a la mentada relación o identidad entre el derecho subjetivo lesionado y la persona que reclama; la restante, interesa a toda situación relevante que merece tutela jurisdiccional.

En nuestra legislación es muy importante prestar atención a la idea como se desenvuelve la calidad de afectado, que es distinta a la que se desarrolla en Europa.

> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el concepto de persona "directamente afectada" con más amplitud, reconociendo en esa posición, además del titular del derecho

48 Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, en Fallos, 329:4593.

fundamental vulnerado, a toda persona que tenga un interés legítimo en restablecer la legalidad, aun cuando no sea víctima.

El concepto de *persona directamente afectada*, de conformidad con el artículo 162.1.b de la Constitución española, hay que reconducirlo al de *interés legítimo*. Así pues, no solamente tienen legitimación activa, para ejercitar el recurso de amparo, los titulares de la relación jurídica material que en él ha de discutirse, sino también los portadores de intereses generales, sociales, colectivos y difusos. Esta es la razón por la que, cuando la acción es ejercida por los organismos públicos especialmente encargados de custodiarlos, esto es, por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal, el artículo 42.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establezca la obligación del Tribunal <<*laudatio actoris*>> de llamar a los agraviados e interesados para que puedan sostener la pretensión.

3.4 Entre nosotros "el afectado" se diferencia de otros intereses. Además de ser titular del derecho, tiene aptitudes suficientes para pretender algo más (v.gr.: una indemnización, el restablecimiento de una cosa o en un lugar, etc.).

Barra, que por su rol en la Convención Constituyente ofrece una explicación de primera fuente, dice que "la legitimación reside en el afectado, que es la persona que puede invocar el *daño diferenciado* que menciona Scalia, tal como ocurre con la situación prevista en el primer párrafo de la norma. Es el mismo afectado al que se refiere el art. 5 de la Ley 16.986, ya que es evidente que el constituyente, al utilizar idéntica terminología, no quiso apartarse en esta materia de lo que ya se encontraba consagrado en la ley y la jurisprudencia"[49].

El acto lesivo debe afectar al demandante, debiendo éste demostrar esa relación, pues el derecho a una sentencia favorable supone acreditar el vínculo entre quien pide y ante quien se pide, generando su omisión o la deficiencia, ineptitud para alcanzar el fin propuesto en el amparo.

El ser "afectado" no tiene que ver con la capacidad ni con la representación, son estos presupuestos procesales diferentes, propios de la legitimación para obrar. Tampoco hace a la condición de "parte", aunque resulte una consecuencia inmediata del derecho que, *prima facie*, se acredite.

En México no se habla de "afectados" sino de "agraviados", dejando al primero como adjetivo, pues "...*el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada*..."

[49] Barra, Rodolfo Carlos, *La acción de amparo en la Constitución reforma: la legitimación para accionar*, La Ley, 1994-E, 1087 y ss.

(artículo 103, Constitucional), siéndolo toda persona, individual o colectiva, que sufra una afectación personal, actual y directa por un acto de autoridad.

El "agravio" es un término genérico que comprende al gravamen (diferencia perjudicial entre lo pedido y lo acordado), y suele utilizarse reiteradamente en la jurisprudencia para advertir la afectación en los intereses jurídicos.

Estos conceptos acotan la noción de “afectado” al titular individualizado en el párrafo primero del artículo 43 de la Constitución; debiendo en consecuencia probar la arbitrariedad o ilegitimidad del acto cuestionado.

A su vez este daño se debe causar en la forma y ocasión que requiere la procedencia del amparo; es decir, a través de un acto positivo o negativo, ilegítimo, emanado de autoridad o de particulares, en detrimento de derechos o libertades con rango constitucional.

3.5 Sin embargo, también es posible ampliar la legitimación procesal a partir del segundo párrafo del citado artículo 43 constitucional, sosteniendo que la afectación no asienta en las personas sino en los derechos o garantías que toda persona tiene para defender una situación de tanta importancia, que dilata las fronteras tradicionales de las facultades para obrar en el proceso.

De este modo, el derecho o garantía que se defiende será la premisa mayor, y lo “afectado” podrá ser una ampliación de las coberturas asistenciales que parten del titular agraviado, sigue en el Defensor del Pueblo, continúa con las entidades representativas, y ocupa a quienes esfuercen la protección mediante la instauración de las acciones deducidas para la tutela de los derechos de incidencia colectiva o de pertenencia difusa.

La Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos (Asociación DE.FE.IN.DER.) y la Asociación Civil “Pequeña Obra de la Divina Providencia” iniciaron acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) con el objeto de que se reconociera en favor de las personas con discapacidad, beneficiarias de pensiones no contributivas, el derecho a la cobertura integral de prestaciones, según lo establecido en las leyes 22.431 y 24.901. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia que la había rechazado in límine por falta de legitimación de los actores. A raíz de ello, las citadas asociaciones dedujeron recurso extraordinario federal por entender que se encontraban comprometidos derechos de incidencia colectiva vinculados con la salud pública en la medida en que se pretendía una adecuada prestación de ciertos servicios

sanitarios. La Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia apelada. Doctrina: La Corte dejó sin efecto lo resuelto al entender que la acción de amparo interpuesta -destinada a reconocer el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad, beneficiarias de pensiones no contributivas, de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.091- persigue la protección de derechos individuales homogéneos de una pluralidad relevante de sujetos; existe una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo y la pretensión se encuentra enfocada a los efectos comunes de una problema que se vincula directamente con el derecho a la salud, presentándose una homogeneidad fáctica y normativa que hace razonable la promoción de la demanda en defensa de los intereses de todos los afectados y justifica el dictado de un pronunciamiento único con efectos expansivos a todo el colectivo involucrado[50].

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial reconoció legitimación de la Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur para comparecer en un juicio en representación de consumidores -sean personas físicas o jurídicas- cuyos derechos entendió conculcados por el obrar de varias empresas productoras de cemento en cuanto habrían cobrado un sobreprecio en el valor de venta de las mercancías producidas, circunstancia que redundaría en un menoscabo patrimonial para los consumidores. A raíz de ello, las empresas en cuestión dedujeron recurso extraordinario. La Corte dejó sin efecto la sentencia recurrida y desestimó la demanda. Para así resolver, la Corte consideró que si bien la acción fue iniciada con expresa invocación de las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor, la conducta por la que se reclama la reparación pecuniaria involucraba un bien -como el cemento portland- que por sus características y el destino para el que es empleado, en muchos casos, no es comercializado en forma directa por las demandadas con los consumidores, circunstancia que la distingue de otros supuestos examinados por el Tribunal en los que la relación entre el proveedor del servicio y el consumidor no aparece intermediada. Ello impide afirmar que el comportamiento imputado a las demandadas haya afectado, de igual forma, a todos los sujetos que integran el colectivo que se pretende representar y, por lo tanto, no permite tener por corroborada, con una certeza mínima, la existencia de efectos comunes que, según la doctrina sentada en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111), permitan tener por habilitada la vía intentada[51].

En el marco de la tramitación de lo atinente a la reparación del daño ambiental colectivo derivado de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo, la Corte desestimó la excepción de defecto legal que habían opuesto las demandadas -el Estado Nacional, las Municipalidades y varias empresas- con fundamento en el deficiente modo de proponer la demanda. El Tribunal consideró que en el contexto de las actuaciones, cada uno de los demandados -Estado, industrias o empresas de servicio- conoce perfectamente cuál es la

[50] Fallos, 338:29.

[51] Fallos, 338:40.

> actividad que lleva a cabo -que según la fórmula del art. 27 de la ley 25.675, comprende los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos, que por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva- y debe saber también necesariamente, en concreto, cuáles de esas conductas podrían resultar contaminantes por lo que resulta suficiente argumento para que no pueda atribuirse a la demanda una imprecisión de una gravedad tal como para justificar el progreso de la excepción, sobre todo si la pretensión no puede identificarse con una multiplicidad de demandas que sean divisibles entre ellas sino con una demanda con sustento en la protección del ambiente, en la cual se imputa a cada una de las demandadas una participación en el supuesto proceso de contaminación que sufriría la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo[52].

En resumen, la legitimación para actuar en casos concretos con cuestiones constitucionales en crisis, va a depender del temperamento que se aplique al concepto de afectado. O es la persona o son los derechos. Más adelante profundizaremos en el tema.

4. Presupuestos para la admisión formal

4.1 El acto lesivo es el objeto del amparo. Es la principal atención que exige al que demanda, demostrar efectivamente la amenaza en ciernes o el daño a reparar. La afectación recae sobre derechos individuales y/o colectivos que sufre una persona o grupo de ellas, respectivamente. La garantía asienta en derechos constitucionales reconocidos y en los provenientes de tratados y convenciones sobre derechos humanos.

En nuestro paìs, el sistema federal creó, con la ley de amparo, un modelo subsidiario que obliga a comparar la tutela que ofrecen diversas vías procesales, para encontrar en cuál de ellas reside la mejor protección (vía judicial más idonea)

> De acuerdo al sistema previsto para el control de constitucionalidad, y al modelo legislativo implementado, las posibilidades de acción varían. O son amplísimas como en México, donde el amparo es casi un proceso común de variadas opciones; o se enuncian los actos recurribles como en Costa Rica, donde la legislación determina la procedencia del amparo contra: a) los actos administrativos; b) las leyes denominadas autoaplicativas; c) los actos de gobierno; d) los actos legislativos y e) los actos de las Comisiones de Investigación legislativa. Como se dijo, en materia federal el amparo limita su procedencia dejando al proceso como una garantía residual y extraordinaria.

[52] Fallos, 338:80.

4.2 La reforma constitucional conservó la redacción de la ley 16.986 para caracterizar el acto lesivo, pero introdujo algunas variantes -mínimas- de importancia.

Los cambios son:

a) Se admite la acción contra actos de autoridad pública y de particulares (antes, art. 1º Ley 16.986 y art. 321 inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, respectivamente) que provoquen o amenacen, en forma positiva o por omisión, la alteración de algún derecho fundamental.

b) Se agrega en la órbita de los derechos protegidos, los provenientes de tratados y leyes, reconociendo congruencia con el artículo 75 inciso 22 que otorga supremacía constitucional a los convenios que allí se indican.

> Los actos mencionados deben colegirse de conformidad con los precedentes que le dieron origen y valorarse en el conjunto de derechos y garantías que la carta constitucional preserva. Esta regla supone confrontar todas y cada una de las disposiciones, de modo tal que, como ha dicho la Corte nacional, "la Constitución, en su condición de instrumento de gobierno, debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás"[53].

c) Al haberse omitido la referencia a los "*derechos explícita o implícitamente reconocidos...*" que indicaba la ley 16.986, la Constitución nacional sugiere encontrar el texto escrito del derecho afectado, situacion que puede ponerse en contradicción con el artículo 33, que dice:[…]

> "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

5. El acto lesivo

5.1 La defensa que el amparo dispensa se basa en actos que revisten una condición determinada (ilegalidad o arbitrariedad). Sin embargo, el término necesita alguna precisión adicional, porqué los antecedentes normativos indican que, en sus orígenes, se prefirió conceder la protección contra toda “conducta”, “hechos” u “omisiones”.

53 Fallos, 167:221; 190:571; 194:371; 240:319; 304:1186, entre otros.

Antes de sancionarse la ley 16.986, el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo Nacional de 1964 declaraba procedente el amparo contra *toda conducta de autoridad*, señalando el mensaje respectivo, que contemplaba con amplia extensión al amparo, comprendiendo tanto la acción como la omisión[54].

> En todo proceso de amparo se debe delimitar no solo el derecho fundamental violado, sino también determinar el acto lesivo materia de control constitucional, lo cual lleva a identificar quién y con qué se puede agraviar los derechos fundamentales del afectado. Al respecto, clásicamente, como los derechos son oponibles al poder, solo cabe que se demanden a la autoridad pública -eficacia vertical-; sin embargo, contemporáneamente también son oponibles a otro particular -eficacia horizontal-, solo que la eficacia puede ser inmediata, dada la fuerza normativa constitucional, o mediata, en la medida en que las normas intermedias hayan precisado su naturaleza jurídica y los actos lesivos materia de protección. Por ello, se pueden clasificar los tipos de control en: a) *Control amplio* En Argentina abarca todo acto u omisión de autoridad pública o particular. Se entienden como acto la vía de hecho, actos propiamente, acciones, decisiones, órdenes y actos jurídicos, por ejemplo. La omisión genera una orden judicial para que se restablezca el derecho en un plazo, o en la ejecución del hecho omitido[55].

5.2 En realidad, perseguir una definición precisa resulta bastante difícil porqué los sectores dogmáticos del derecho, tampoco están de acuerdo sobre una voz inequívoca que comprenda el significado de acto lesivo.

Acto es el género de una diversidad de manifestaciones posibles que van desde el hecho positivo que demuestra, sin problemas de evidencia, el daño potencial o efectivamente sufrido; hasta los hechos negativos que suponen una conducta deliberada, consciente y voluntaria, para no hacer lo que se debe.

> Ignacio Burgoa, el insigne estudioso del amparo mexicano, define el acto reclamado como "cualquier hecho voluntario, consciente, negativo o positivo, desarrollado por un órgano del Estado, consistente en una decisión o en una ejecución, o en ambas conjuntamente, que produzcan una afectación en situaciones jurídicas o fácticas dadas, y que se impongan

[54] Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional-Acción de amparo*. Astrea, Buenos Aires, 1995 (5ª edición), ps. 155 y ss.

[55] Landa, César, *El proceso de amparo en América Latina*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVII. Konrad Adenauer, Montevideo, 2011, p. 213.

> imperativamente" (recordemos que en México no rige el amparo contra actos de particulares)[56].

Con esta amplitud de criterio se eluden problemas innecesarios, como son la distinción entre "hecho y derecho", o el esclarecimiento acerca del alcance que tiene la calidad de una conducta determinada.

5.3 Denominar al acto como lesivo puede traer desconciertos cuando se lo enuncia genéricamente. En efecto, la acción de lesividad es un instrumento de la administración para revocar actos ilegítimos, mientras que en el amparo, es el nudo gordiano a desatar.

Pueder estar en una conducta como en la inejecución agraviante; de modo tal que, el acto lesivo se concibe con tres componentes: a) el sujeto que produce el acto o la omisión; b) el sujeto afectado por este obrar del agente activo; o el derecho lesionado a causa de ello, y c) la calidad concreta que define el agravio constitucional.

Para Eto Cruz […]

> Todos estos elementos se encuentran relacionados con aspectos esencialmente fácticos. La determinación del contenido jurídico del acto lesivo implica una valoración sobre la afectación producida, pues esta debe estar relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental. Implica, por lo tanto, determinar la existencia de un agravio personal y directo de los derechos fundamentales como presupuesto para la procedencia de una demanda de amparo.
>
> Los actos lesivos pueden ser clasificados en función a determinados requisitos o características, que determinan la procedibilidad de la demanda. En función al modo de afectación, los actos lesivos se dividen entre aquellos que implican un hacer o una amenaza de hacer (acción) de aquellos que implican un no hacer (omisión). En atención al momento de su realización se clasifican en actos pasados, presentes, futuros o de tracto sucesivo. En atención al criterio de reparabilidad, los actos lesivos pueden clasificarse en reparables o irreparables. En atención a su subsistencia al momento de presentar la demanda, en subsistentes o insubsistentes. En atención a su carácter manifiesto, vinculado con el tema de la prueba en el amparo, se clasifican en manifiestos y no manifiestos. Finalmente, en

56 Burgoa, Ignacio, *El juicio de Amparo.* Porrúa, México, 1983 (20ª edición), ps. 78 y ss.

función al consentimiento por la parte agraviada, se pueden dividir en consentidos (de forma expresa o tácita) y no consentidos[57].

5.4 Con la ley 16.986 existe una distancia -hoy derogada por la Constitución Nacional- entre el acto lesivo que produce la autoridad pública, que es la única fuente de recepción; y la que genera un particular, que fue remitido para su consideración, al régimen procesal común, asignándole un trámite preferencial como el sumarísimo.

Por eso, la prueba del acto lesivo podrá ser diferente, o al menos, condicionada al sujeto del que proviene. Es evidente que, el concepto de autoridad pública es muy amplio, como también son distintas y variadas las actuaciones que pueden cumplir en el ámbito de sus respectivas competencias.

> Por eso, dice Eto Cruz que […] no existe alguna materia que quede al margen de la esfera de defensa de los derechos fundamentales a través del proceso constitucional de amparo. Esto no implica reconocer la presencia de actos políticos no justiciables, pero son situaciones excepcionales. Respecto al Poder Legislativo, son diversos los actos que pueden dar lugar a la afectación de un derecho fundamental y, por lo tanto, permitir la interposición de una demanda de amparo. Entre ellos se encuentran los actos administrativos que dicta, las leyes que aprueba, las resoluciones de sanción de altos funcionarios, los supuestos de omisión legislativa que genera el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión y los actos de las comisiones parlamentarias[58].

5.5 La jurisprudencia consolida la orientación que se define, y de algunos fallos se puede colegir la conclusión efectuada.

> La procedencia de la acción de amparo -por omisión de autoridad pública- interpuesta por el actor con el objeto de que no se disponga de sus aportes voluntarios ingresados al régimen de capitalización individual, resulta de la falta de implementación ante la existencia de un mandato legislativo expreso, que constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual -y por los últimos seis años, desde que la ley 26.425 fue promulgada- los derechos constitucionales del actor, máxime si se considera el carácter netamente alimentario del objeto de este litigio, que afecta a uno de los grupos vulnerables

57 Eto Cruz, Gerardo, *El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo*. Pensamiento Constitucional N° 18, Lima, 2013, p. 150.

58 Eto Cruz, ob. cit., ps. 150-151.

definidos por nuestra Constitución como sujetos de preferente protección por los poderes constituidos (art. 75 inc. 23)[59].

Las resoluciones dictadas por la Corte con el objeto de definir la admisibilidad de una compensación salarial requerida por un funcionario judicial a raíz de haber cumplido servicios al amparo de un régimen legal de subrogaciones configuran actos típicamente administrativos que son revisables judicialmente en las mismas condiciones en que puede serlo cualquier acto de autoridad pública que decida sobre la materia, con prescindencia del departamento del gobierno, nacional o local, que hubiera emitido el acto cuestionado.[60]

La arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, ni de un amplio debate y prueba[61].

Si bien los jueces deben prevenir todo empleo inapropiado del amparo, para evitar su degradamiento como garantía de derechos constitucionales lesionados con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, por actos u omisiones de autoridad pública; la actividad judicial que lleve al exceso el rigor de las formas, corre el seguro riesgo de desnaturalizar tan potente garantía, tornándola de casi imposible actuación ante los estrados judiciales (Disidencias de los Dres. Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi)[62].

La acción de amparo contra actos de la autoridad pública es inadmisible cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos y ordenanzas[63].

El amparo procede únicamente cuando la autoridad pública, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos o garantías de la Constitución Nacional y su razón de ser no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, controlando el acierto o la razonabilidad de la actividad de la autoridad administrativa, en tanto no medie arbitrariedad[64].

[59] Fallos, 337:1564.

[60] Fallos, 331:536.

[61] Fallos, 325:2583.

[62] Fallos, 316:2997

[63] Fallos, 315:1485

[64] Fallos, 310:2085

CAPÍTULO VI

La omisión

1. La omisión como acto lesivo

1.1 El origen etimológico de la omisión proviene del verbo latino "omissĭo, ōnis", cuyo significado gramatical es dejar de hacer algo necesario para que se ejecute o ponga en marcha una situación jurídica[65]. Omitir por sí mismo, no produce efecto alguno, pero genera responsabilidad cuando por esa inactividad existen consecuecias gravosas. Ellas son las que admiten la procedencia del amparo.

En el derecho romano, se daba este sentido cuando de la inacción se producía un daño directo. Pero el derecho canónico se aproxima a la idea actual; por entonces, la omisión de obispos y sacerdotes aludía al incumplimiento de sus obligaciones a través de ciertas indolencias, otorgando a la iglesia un derecho sancionador. Aparece allí, con cierta nitidez, el correctivo a particulares o autoridades eclesiásticas que incumplen sus deberes por omisión[66].

Omitir es no hacer algo. En materia constitucional, la omisión puede impactar en derechos individuales y colectivos. Es diferente al silencio administrativo, cuyo remedio es el amparo por mora. Aquí la omision misma es inconstitucional, porque la inacción trae un perjuicio directo; o la inejecucion de un hacer, provoca una afectación individual, que puede tener mayores alcances.

65 Diccionario de la Lengua Española, http://bit.ly/16P6p3K, consultado en noviembre de 2019.

66 Silvela, Luis, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, vol. 1, UNED, Madrid, 2008, p. 179

Suele explicarse este tipo de apertura al amparo como una atención especial al "hecho negativo", es decir, las abstenciones o silencios que cercenan un derecho o una libertad determinada.

> Para Bidart Campos, no siempre la contravención emana de un acto positivo; también se puede causar daño por la inacción, retardando, suspendiendo u omitiendo la realización de un acto. Los mandamientos de ejecución son, precisamente, índice de esa necesidad de compeler en muchas ocasiones a la autoridad para que haga lo que está obligado a hacer[67].

1.2 Con el proceso, se logra poner de manifiesto esa ausencia de interés por el cumplimiento, y la sentencia probable que responda a la pretensión deducida se convierte en sí misma en un *mandamiento de ejecución* (que es *el writ of mandamus* del derecho anglosajón).

Ahora bien, la omisión puede resultar de una actitud voluntaria (por ejemplo, no dictar las normas reglamentarias de una ley declarativa de derechos), o ser producto de la negligencia, o deliberada pasividad, de quien debe obrar ante una petición conceta (v.gr.: no resolver las presentaciones hechas sobre un tema planteado oportunamente donde se afectan derechos o intereses particulares).

Cuando se trata de un deber jurídico de expedirse, la demora se convierte en ilegalidad manifiesta; mientras que la omisión es inconstitucional, si es el legislador el que no actúa oportunamente, provocando con la conducta, el acto lesivo.

Con esta base se entiende que no es la pasividad del sujeto obligado lo que da sustento al juicio de amparo, sino la falta de cumplimiento a una obligaciòn legal. Si la ley, por ejemplo, es programática y, para su vigencia efectiva, necesita pautas reglamentarias, la indolencia del Poder Ejectivo provoca la omisión inconstitucional.

1.3 La omisión que se recepta en el carril de la demora o negligencia por no legislar o reglamentar, tiene contratiempos. La dificultad se trata de resolver con el amparo por mora de la administración, o con la acción de cumplimiento en el derecho comparado; pero el control sobre las omisiones del legislador entraña una ruptura frontal, como dice Fernández Segado […]

[67] Bidart Campos, Germán J. *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Tomo I. Ediar, Buenos Aires, 2018, ps. 123 y ss.

> Es incluso brutal con los principios dogmáticos básicos sobre los que se construyó el Estado constitucional liberal, circunstancia que ya por sí sola haría conveniente una cierta prudencia por parte de los constituyentes a la hora de proceder a incorporar al acervo constitucional, un instituto procesal tan rupturista como sería el de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa[68].

1.4 De todos modos, no está de más aclarar, que estas acciones son procesos destinados a eludir la morosidad o renuencia de la autoridad que, sin importar las razones que invoque, posterga la operatividad de unaa norma. Sea el amparo, o la acción de cumplimiento, en ambos casos se espera una decisión jurisdiccional que exhorta. La diferencia aparece con el modelo que se adopta.

> Una de las funciones primordiales en que se desarrolla la actividad del Estado es la legislativa, generando normas que permitan la convivencia armónica de los gobernados, la realización y optimización de las políticas públicas del Estado, además de garantizar la vigencia y protección de los derechos fundamentales de las personas. En este contexto, la Norma Fundamental se concibe como un eje y marco de referencia sobre el cual debe desenvolverse el órgano estatal, constituyendo en sí misma un límite y un paradigma de actuación de la autoridad, cuando sea conminada para ello por el Constituyente. Estos mandatos de acciones positivas adquieren especial significado, sobre todo cuando el efecto es dotar de contenido y eficacia a un derecho fundamental, el cual contempla una serie de postulados que representan aspiraciones programáticas, pero también de posiciones y *status* de los titulares de esos derechos, deviniendo ineludible y necesario el desarrollo de tareas por el legislador ordinario con el propósito de hacer efectivos los derechos previstos en la Ley Fundamental como un sistema de posiciones jurídicas que incluye derechos, libertades y competencias.
>
> Por tanto, pueden darse deficiencias dentro del proceso legislativo que producen una falla en el mandato constitucional, ya sea derivado de descuido, olvido o insuficiencia en la creación de la norma o legislación sobre determinados rubros.
>
> En este sentido, la omisión legislativa puede definirse como la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivo, de aquéllas normas de obligatorio y concreto desarrollo, de forma que impide la eficaz aplicación y efectividad del texto constitucional, esto es, incumple con el desarrollo de determinadas cláusulas constitucionales, a fin de tornarlas operativas, y esto sucede cuando el silencio del

[68] Fernández Segado, Francisco, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas*. Revista de Estudios Constitucionales, nº 2, Año VII, 2000, Universidad de Talca, p. 16.

> legislador altera el contenido normativo, o provoca situaciones contrarias a la Constitución[69].

En nuestro país el amparo se utiliza para la acción y la omisión; mientras que otras legislaciones, como Perú y Colombia, tienen leyes especiales para este proceso constitucional.

> Se ha dicho que la acción de cumplimiento es una garantía constitucional, de forma tal que se convierte en uno de los más importantes mecanismos procesales de protección de los derechos humanos, porque garantiza la eficacia de un derecho implícito que todos los gobernados tienen: El derecho a que las leyes y los actos administrativos se cumplan y a que ese cumplimiento no sea exclusivamente exigido de los particulares, sino también de las autoridades y entidades públicas. Se trata de una acción popular de contenido eminentemente democrático, porque la Constitución habilita al pueblo para que por medio de cualquier persona cuestione ante los jueces competentes la omisión de las autoridades en el cumplimiento de los deberes que las leyes y los actos administrativos les imponen. El pueblo, como elector, tiene el derecho de exigir de las autoridades elegidas que cumplan con los actos que expiden. Esto resalta su carácter democrático y, por ello, esta acción se puede considerar como uno de los instrumentos más importantes de la democracia participativa; y, por consiguiente, su ejercicio tiene carácter jurídico-político[70].

Quizás, la mayor diferencia entre las herramientas procesales contra la omisión esté en que requiere del que demanda, un derecho vulnerado o amenazado por la acción u omisión de cualquier autoridad.

> La ley 99 de 1993 (Colombia) en su Título XI trae el procedimiento para instaurar la acción de cumplimiento en asuntos ambientales para demandar de las autoridades competentes, el efectivo cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección del ambiente. Esta acción podrá ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica mediante el procedimiento de ejecución singular que establece el Código de Procedimiento Civil y es competente para conocer el tribunal Contencioso Administrativo correspondiente a la jurisdicción de la autoridad demandada. La autoridad requerirá al jefe de la entidad demandada, para que explique en forma escrita como se está dando cumplimiento de las normas. Si dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes no se obtiene respuesta, se procede a decretar la ejecución.

69 4º Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, México. Amparo en revisión 76/2013. Administración Local de Auditoría Fiscal del Sur del Distrito Federal y otra. 6 de junio de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretarios: Mayra Susana Martínez López y Marco Antonio Pérez Meza.

70 Rodríguez Ruiz, María Carolina, *La acción de cumplimiento en Colombia y Perú*, ponencia presentada en el Curso Superior "Constitución y Derechos Humanos", organizado por la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, Perú, en noviembre de 1998.

1.5 La omisión tiene distintas manifestaciones:

a) El amparo funciona cuando una persona pública o privada debe ejecutar un acto concreto y no lo hace a su entera discreción. La vía, en este supuesto, pretende lograr que la sentencia judicial ordene la ejecución.

> La negativa de la obra social a hacerse cargo del costo de la prestación de fertilización asistida con diagnóstico genético preimplantacional (DGP) no puede ser considerada un acto u omisión teñido de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que permita tener por configurados los requisitos de procedencia del amparo según el art. 43 de la Constitución Nacional, en la medida en que no existe una norma específica que le imponga tal obligación (art. 19 ídem)[71].
>
> Cabe convocar a audiencia pública en el marco de la acción de amparo iniciada por una comunidad aborigen a fin de que se condene a arbitrar las medidas necesarias para hacer efectivos sus derechos de participación y consulta, y, en consecuencia, puedan expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios, pues la omisión de consulta previa, información y participación en que habrían incurrido las autoridades locales en los expedientes administrativos en trámite -en los que se habrían otorgado los permisos- , exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de éstos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional[72].

También procede, cuando existe omisión en dictar una decisión oportuna, y la tardanza en concretarlo provoca un gravamen irreparable. Se trata aquí, del llamado “amparo por mora de la administración”.

Sin embargo, la jurisprudencia en estos casos, es oscilante.

> El amparo por mora de la administración constituye una especial acción de amparo, cuyos presupuestos de fondo se encuentran contenidos en el art. 28 de la ley 19.549 y al que, por principio y como tal, corresponde conferírsele un trámite autónomo y separado del de otras actuaciones de índole judicial[73].

[71] Fallos, 338:779.

[72] Fallos, 334:1861.

[73] Fallos, 323:2602.

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar al amparo justificando la prescindencia del trámite administrativo por no resultar éste ¨auténticamente operativo¨ para enfrentar el acto lesivo, si no ha quedado demostrada la ineficiencia de los procedimientos ordinarios para obtener la tutuela de los derechos que se dicen vulnerados pues el amparo no tiene por finalidad obviar o urgir el trámite de los procedimientos administrativos legal o reglamentariamente previstos para el logro del resultado que con él se procura, ni es apto para autorizar a los jueces a irrumpir en asuntos ajenos a la jurisdicción que por ley tienen conferida; sin que resulte válido para justificar la omisión de la utilización de aquéllos, el argumento del peligro en la demora y menos aún, la sola presunción de que el trámite sería ineficaz pues ello vuelve por sí inexistente o inidónea aquella instancia[74].

b) Una opción a debatir es si el amparo procede contra la omisión legislativa, esto es, contra la inactividad del Poder legisferante en la producción de normas que la sociedad reclama para tutelar y defender sus derechos y libertades (vgr.: el clamor actual por una política de seguridad; o la reglamentación de los nuevos derechos y garantías consagrados en la reforma constitucional que aún esperan las sanciones legales respectivas).

> Conviene advertir, añade Sagüés, que la omisión legislativa inconstitucional puede no limitarse al incumplimiento de las cláusulas programáticas […] también emergen omisiones del legislador (que habrá que ver en cada caso si son realmente inconstitucionales) cuando una ley es derogada por un referéndum, o extinguida por inconstitucional por la Corte Constitucional, y el Poder Legislativo guarda silencio ante el vacío normativo que así se produce. Respecto al Poder Ejecutivo, su omisión inconstitucional en materia de normas generales es evidente cuando deja de reglamentar las normas sancionadas por el Parlamento, en el supuesto que la Constitución le encomiende tal tarea regulatoria. También, si el Poder Legislativo delega en él competencias legisferantes con determinado objeto (siempre, naturalmente, que la Constitución admita tal delegación), y después no dicta las normas del caso[75].

2. La omisión imprudente

[74] Fallos, 311:1313.

[75] Sagûés, Néstor Pedro, *Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial*, en Revista Ius et Veritas, n° 5, Lima, 1992, p. 40.

2.1 En el derecho penal la imprudencia constituye un aspecto de la conducta eventualmente punible. Suele vincularse con la culpabilidad, unida al discernimiento o comprensión de cuanto supone tener que actuar y no hacerlo; la actitud ha de ser voluntaria; y no estar a expensas de una autoridad superior que obliga la inejecución.

Por eso, la distancia entre el obrar doloso (saber que la omisión causa efectos perniciosos) y la culpa (negligente o imprudente), son factores de especial predicamento en materia de amparo.

2.2 Ante el acto lesivo por renuencia del particular, el no hacer se debe relacionar con la acción propiamente ocurrida, por la cual debe existir un nexo entre el autor y el resultado. Sin embargo, el llamado por el derecho civil, factor de atribución, no funciona en materia constitucional para habilitar la vía del amparo; inclusive, el derecho penal, en su campo, rechaza esta posibilidad de culpa por imprudencia inconsciente.

Obsérvese en un caso hipotético el funcionamiento de la omision referida. Si tenemos por cierto que el acto lesivo por omisión del particular se produce por el no hacer, o la pura abstención, el correlato debe conducir al daño inferido al afectado. Si fuera una empresa que no cumple con leyes especiales (v.gr.: escolaridad; empleo; respeto por la identidad de género, etc.) tomando decisiones basadas en interpretaciones propias (v.gr.: aceptar en el establecimento alumnos que tengan familiares; emplear solamente hombres pudiendo hacerlo también con mujeres; no asociar en un club a quien se reconoce con una identidad sexual, etc.), la imprudencia surge de no actuar con las normas vigentes, usando en su lugar, supuestos deberes morales.

> Si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamenten. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer -en el caso de las discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso[76].

[76] Tribunal Constitucional español. Sentencia del 22 de marzo de 1999, nº 41/99, en Jurisprudencia Constitucional, Boletín Oficial del Estado, Madrid, Tomo 53, enero-abril de 1999, p. 485.

2.3 Cuando el acto lesivo proviene de la autoridad pública, es menester focalizar el obligado al deber de legislar. La imprudencia aquí es relativa; se construye con la simple imprevisión; la torpeza reglamentaria; dilaciones innecesarias; tiempos de la política; y tantas más.

Este es el terreno más abonado por la tipicidad de las conductas estatales, y no suele haber diferencias entre las omisiones del Poder Ejecutivo o del Congreso. Uno por no reglamentar, el otro, por desidia o abandono.

La omisión se encuentra en el deber ineludible ante un derecho programático. No bastaría con la demora en legislar, o la postergación irrazonable de un reglamento que no llega (v.gr.: por ejemplo, la reglamentación de la ley 25.326 de hábeas data se hizo muchos años después de los ciento ochenta días que se establecieron para ello).

> El comerciante que según propia manifestación no ha tenido ningún inconveniente legal para el ejercicio del comercio y no señala ningún acto de autoridad que le causara entorpecimiento en sus actividades de tal, no puede alegar que las disposiciones de los arts. 6° y 9° de la ley de quiebras están en pugna con el art. 14 de la Constitución. La exigencia de los arts. 6° y 9° de la ley 4156, de la matrícula mercantil para conceder el beneficio de la convocatoria de acreedores, no es repugnante al principio de igualdad que consagra el art. 16 de la Constitución. Lo que la Constitución Nacional ha previsto y ordenado como indispensable es la legislación especial de la bancarrota, falencia o quiebra (art. 67, inc. 11). Ni aún al procedimiento del Título II del Libro IV del Código de Comercio, es procedente la tacha de desigualdad inconstitucional que opone el recurrente a la exigencia indispensable de la matrícula, porque ella se impone a todos los comerciantes en igualdad de circunstancias. No hay posible igualdad para el imperio de la ley, entre su infractor y quien lealmente la cumple, y es por eso que a la omisión confesada por el recurrente que importa conducta desigual respecto de los comerciantes regulares, la ley de quiebras le aplica una sanción simplemente privativa de un beneficio de excepción[77].

Para nosotros, es simple imprudencia la falta de actuación, y la sanción por esa conducta elusiva tendría que recaer dentro de los modelos de las sentencias constitucionales[78].

[77] Fallos, 155:251.

[78] Gozaíni, Osvaldo A., *Teoría de la sentencia constitucional.* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 114, Porrúa, México, 2015, ps. 134 y ss.

3. La omisión negligente

3.1 Para que el amparo pueda atender la omisión como acto lesivo, ha de ponderar la conducta del sujeto obligado. Igual que en la imprudencia, se tiene que valorar el deber jurídico que se encuentra remiso.

Negligente es quien por falta de cuidado, aplicación y diligencia en la obligación de cumplir, no lo hace, por ignorancia o error injustificado, trayendo para quien espera de esos actos, un perjuicio notable y evidente.

La omisión se puede referir a un acto o hecho concreto, cuyo cumplimiento se necesita para acceder al derecho consagrado constitucionalmente. La responsabilidad deviene por la conducta del agente obligado, de quien se espera esa actividad positiva[79].

El amparo persigue demostrar que la negligencia excede la prudencia razonable que se puede argumentar como causa de la espera; solamente que esa ligereza se torna culpable e ilegítima, por no hacer aquello que la ley o la Constitución ordena.

3.2 La omisión es inconstitucional cuando se trata de derechos programados por la Constitución, o por Tratados y Convenciones internacionales sobre Derechos Humanos, que persisten sin proyectos ni reglamentos que permitan tornarlos operativos.

La duda que se plantea estriba en descubrir si el amparo sirve al solo efecto exhortativo; o puede dictar sentencias normativas que suplan la omisión inconstitucional.

> Sostiene Víctor Bazán que […] dentro de las pautas para descubrir la presencia de una omisión inconstitucional fiscalizable, no cabría soslayar al factor temporal (…), si el precepto constitucional fija un plazo para su reglamentación, la hipótesis no presenta mayores inconvenientes para el intérprete, pues agotado aquel sin que el legislador haya

[79] Han llegado a la Corte Interamericana casos donde la omisión negligente se pone en el camino de la responsabilidad civil del médico, haciendo responsable al Estado. El tribunal fijó posicion diciendo […] "Para efectos de determinar la responsabilidad internacional del Estado en casos de muerte en el contexto médico, es preciso acreditar los siguientes elementos: a) cuando por actos u omisiones se niegue a un paciente el acceso a la salud en situaciones de urgencia médica o tratamientos médicos esenciales, a pesar de ser previsible el riesgo que implica dicha denegación para la vida del paciente; o bien, b) se acredite una negligencia médica grave; y c) la existencia de un nexo causal, entre el acto acreditado y el daño sufrido por el paciente. Cuando la atribución de responsabilidad proviene de una omisión, se requiere verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso. Dichas verificaciones deberá tomar en consideración la posible situación de especial vulnerabilidad del afectado, y frente a ello las medidas adoptadas para garantizar su situación. Corte IDH. Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C nº 349, párr. 148.

> cumplido, se consumará la omisión inconstitucional. Pero si la disposición constitucional no expresa lapso temporal alguno, la cuestión comienza a complicarse, ya que el juzgador se vería frente a la necesidad de meritar y determinar cuál sería el plazo *razonable* para que el legislador —siguiendo con el ejemplo— expidiera la reglamentación para desenvolver la normativa de la Ley fundamental y, excedido aquel, su pretermisión pudiera calificarse de inconstitucional. En estrecha vinculación con la problemática analizada se puede formular el siguiente interrogante que también contiene una de las posibles tachas contra la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión: si la Constitución no fija un plazo preciso para la emisión por el Legislativo de las normas en cuestión, ¿podría argumentarse que ello supone que aquella tolera tácitamente un arbitrio legislativo indeterminado? Por consiguiente, es el juez quien está llamado a trazar (o imaginar) tales vías si el órgano legisferante no lo efectiviza. No hacerlo implicaría que aquel se mantuviera navegando en el *statu quo*, excusándose inercialmente de analizar probables pretermisiones anticonstitucionales con el argumento de que no cuenta con las herramientas procesales para canalizar una pretensión en tal sentido[80].

3.3 El tema de la legitimación para obrar en este modelo, asume la necesidad de tener una causa, o cuestión de naturaleza fundamental, para que se pueda poner en marcha el amparo.

Si la ley fue sancionada y promulgada, encontrando vicios que se vuelven, por su propia naturaleza, inconstitucionales, el camino procesal es el amparo contra ella. En cambio, ante la inactividad infundada, el acto lesivo necesita integrarse con algo más que la omisión de legislar. Es en este espacio donde se ubican las diferencias entre los procesos de amparo bilaterales (individuales) y los colectivos (aquellos que reúnen la afectación de un bien común sobre sujetos identificables).

Desde otra perspectiva, dice Bazán […]

> Para definir qué se entiende por omisión inconstitucional y cuál debería ser el objeto de la fiscalización por el órgano de justicia constitucional, hay dos posiciones doctrinales, *obligacionistas y normativistas.* Para los *obligacionistas*, el control constitucional se posa en el incumplimiento por parte del legislador de una determinada obligación (o deber) de legislar que le impone la Constitución, lo que realza la importancia de analizar el lapso por el que se ha mantenido la indolencia legislativa.

80 Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales* (Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos), Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, p. 902.

> Los *normativistas*, a su hora, hacen énfasis no tanto en la omisión propiamente dicha, vista como el incumplimiento de una obligación de legislar, sino en las consecuencias de la misma, destacando que el control debe recaer en la norma implícita que surge de la inactividad del legislador[81].

3.4 Se visualizan en la práctica muchas omisiones inconstitucionales por negligente obrar del Estado administrador, en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). La legislación internacional los reconoce como derechos de segunda generación, según la histórica clasificación de Karel Vasak; solo que el tiempo y las circunstancias, fueron demorando notablemente su definición en el derecho interno.

Es famoso el caso *Airey* resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos[82], que marcó un punto de partida para análisis posteriores [….]

> El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente […] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio […]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio2

Precisamente, cuando se repiten amparos en esta dimensión, el Estado adopta posiciones incómodas para el desarrollo progresivo de los derechos humanos. Son defensas mas de políticas presupuestarias, que de adaptación maleable a la consagración de los DESCA.

La Corte Interamericana, varias veces preocupada por estos planteos, suele decir […]

> A diferencia de otros tratados de derechos humanos, la "posición económica" de la persona es una de las causales de discriminación prohibidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana. Asimismo, ha determinado que el efecto jurídico directo de que una condición

81 Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, cit., p. 102.

82 Case of *Airey vs. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Serie A, no. 32, parr. 26.

> o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías del artículo 1.1 de la Convención es que el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías. En consecuencia, la eventual restricción de un derecho, con base en cualquiera de las categorías del artículo 1.1 de la Convención, exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso con razones sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, cualquier diferenciación con base en dichas categorías invierte la carga de la prueba, por lo cual corresponderá a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio[83].

3.5 El amparo suele quedar emplazado en la exigibilidad de derechos que, encontrándose coronados en el derecho internacional, quedan inertes en las administraciones locales por carencia de reglamentación o leyes que las pongan en práctica. Por eso el amparo se funda en una omisión negligente.

En efecto, para el reclamo hay dos tipos de derechos que derivan de tratados y convenciones que obligan al desarrollo progresivo, el que si no existe, pone en evidencia la negligente conducta del legislador (y del Estado).

Por un lado están los derechos de inmediata exigibilidad, como gozar de una vida digna[84], con educación y salud[85]; otros, son de carácter progresivo, para los que se

[83] Corte IDH. Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C nº 351, párr. 278.

[84] La Corte IDH sostiene que es ella quien debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT. Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C nº 125, párr. 163.

[85] La Corte IDH observa que al ser, en abstracto, el "interés colectivo" y la "integridad y vida" de las niñas y niños un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la situación de salud de una niña que comparte el colegio con otros niños, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la condición médica. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su situación de salud (Corte IDH. Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C nº 298, párr. 265).

admite que la puesta en práctica requiere de más tiempo. Para estos, la propia Corte IDH […] "requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad"[86].

> El Tribunal también ha determinado que en el marco de dicha flexibilidad en cuanto al plazo y modalidades de realización, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos[87].

4. La omisión culpable

4.1 No se distingue demasiado de los supuestos anteriores, solo que en la omisión culpable hay una deliberada e intencionada inacción. En el amparo individual, como en los anteriores, se necesita demostrar el perjuicio sufrido por la desidia. Mientras que, en la omisión inconstitucional por no legislar o reglamentar, la apatía no basta por sí sola, pero no restringe la admisión la ausencia de daño al sujeto pasivo.

La diferencia aparece con la función jurisdiccional y el deber de fiscalizar la supremacía constitucional y convencional. El carácter integral y omnicomprensivo de la doctrina de los derechos humanos y, fundamentalmente, el modo como se ponen en práctica, posibilita afirmar -como lo hace la doctrina[88]- que la insuficiencia normativa frente a los clamores del caso concreto es más un problema hermenéutico que un problema legislativo, pues la autoaplicabilidad de los derechos fundamentales pone en manos del intérprete/aplicador del derecho el poder de crear, de realizar, de encontrar la mejor -no la única- respuesta correcta para el caso concreto.

[86] Corte IDH. Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C nº 359, párr. 144.

[87] Corte IDH. Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 145.

[88] Freitas, Juarez y Teixeira Vichenkeski, Anderson, *Omisión inconstitucional. Una ampliación conceptual en el ámbito de las políticas públicas*. Estudios constitucionales, volumen 11 nº 1, Santiago, 2013, ps. 143 y ss.

De algún modo, vuelve a la escena el rol pacificador de los jueces, ejerciendo el verdadero poder de la jurisdicción como equilibrio entre fuerzas. La razonabilidad unida a un activismo, demuestra que las omisiones inconstitucionales pueden ser declaradas de oficio, cuando el tiempo excede -objetivamente- la inercia e inoperancia.

5. La omisión de resolver. Plazo razonable

5.1 El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere al plazo razonable que deben tener los procesos judiciales. Este no es un concepto de sencilla definición, porqué los principios procesales, como el de economía y celeridad, responden a esta consigna, solo que no llegan a cumplirlo cabalmente.

Surgió así la imposición de resolver dentro de un plazo razonable, debiendo tomar en cuenta tres elementos para determinar la sensatez del tiempo insumido para desarrollar y dar soluciones definitivas al caso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales[89].

5.2 La idea emplazada como un estándar para el debido proceso, quedó posicionado entre los pilares de los deberes de todo procedimiento donde se encuentren alcanzados derechos humanos.

Este podría, en consecuencia, ser un motivo de análisis para que se verifique el tiempo de la omisión y los perjuicios que causa.

> Sostiene Cançado Trindade[90]que, toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. Esto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano, y, de cierto modo, también al tiempo existencial, de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo.

89 Cfr. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional – Debido proceso*, cit., p. 345 (edición 2004)

90 Voto concurrente en la Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999 de la Corte IDH.

La corriente positivista-voluntarista, con su obsesión con la autonomía de la voluntad de los Estados, al buscar cristalizar las normas de esta emanadas en un determinado momento histórico, llegó al extremo de concebir el derecho (positivo) independientemente del tiempo: de ahí su manifiesta incapacidad de acompañar los constantes cambios de las estructuras sociales (en los planos tanto interno como internacional), por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho, no pudiendo, por lo tanto, dar respuesta a ellos; de ahí su incapacidad de explicar la formación histórica de las reglas consuetudinarias del derecho internacional. La propia emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se debe a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección.

CAPÍTULO VII

El amparo por mora

1. La omisión administrativa para resolver

1.1 Es evidente la diferencia entre omitir y retardar la toma de decisiones. En el primero, pueden existir razones y motivos para no actuar; cuestiones que se podrán discutir en el juicio de amparo bajo el acto lesivo que supone dicha omisión.

Pero demorar en un expediemte administrativo el deber de respuesta al derecho de petición que emerge del artículo 14 de la Constitución Nacional, reglamentado por la Ley 19.549/72, significa no cumplir, en tiempo y forma, con un presupuesto legal innegable.

Esto es una omisión, pero no del tipo que vimos en el capìtulo anterior, sino el propio derecho de ampararse por la mora de la administración. El acto que se cuestiona es la dilación o tardanza injustificada en dictar el acto administrativo que se espera.

> El amparo por mora es una especial acción de amparo a la que, en principio corresponde conferir un tramite autónomo y separado del de otras actuaciones judiciales. Es un remedio frente a la inactividad, frente a la pasividad de la administración en el marco de un expediente administrativo, y el perjuicio se origina en la no respuesta a un pedido de un particular, es decir, es la demora en si, la que lesiona las garantías constitucionales de debida defensa y de peticionar a las autoridades[91].

1.2 En el orden nacional, la ley de procedimientos administrativos nº 19.549/72, dispone en el artículo 29 […]

> "El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución

[91] Gavalda, Juan Marcelo, *Amparo por mora*, en "Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo",(Marcelo A. Bruno Dos Santos, coordinador), Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2012, ps. 307 y ss.

de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes"

El marco procesal trae cierta complejidad para determinar si el amparo por mora es un proceso que funcione dentro de los litigios constitucionales, o es en realidad, una parte más de los derechos del administrado para forzar la revisión judicial de los actos.

2. Amparo, procedimiento o revisión judicial

2.1 La costumbre forense denomina amparo por mora a esta vía que se resuelve con una orden judicial de pronto despacho, que tiene el carácter de inapelable.

Como se plantea ante juez competente, abre una instancia o procedimiento, con principios y presupuestos que exceden el simple derecho a ser oído.

Además, si tenemos en cuenta que se llama amparo a un procedimiento de petición, probablemente resuelto sin más bilateralidad y derecho de contradicción, que el informa requerido con las constancias acompañadas al demandar, es probable que se pueda controvertir la naturaleza jurídica de "proceso", para dotarlo de una figuración *sui generis*, más cerca del trámite administrativo que del proceso judicial.

2.2 Lo cierto es que la vía permite revisar la actuación perezosa del Estado, que sin razones suficientes, demora resolver un expediente administrativo. Podría basarse en el respecto a la garantía constitucional de defensa, o en el debido proceso adjetivo[92]; o en la obligación del Estado de dar respuestas al derecho de obtener una decisión fundada, merced a la relación jurídica creada en el trámite entre peticionante y administración[93]; o quizás en el simple derecho de queja que tiene toda persona, en fin,

92 Cassagne, Ezequiel, *El amparo por mora de la administración.* La Ley, 8/9/2010, ps. 1 y ss.

93 Pearson, Marcelo, *La acción judicial contra la Administración Pública en el orden nacional, por su mora en el procedimiento administrativo*. La Ley, 1982-D, 91. En el mismo sentido, otros autores

los argumentos se multiplican y repetirlos, sin cuestionamientos, puede traer complejidades.

Una de ellas es denominar amparo a un trámite que no tiene relación alguna con el proceso constitucional. Aquí el amparo funciona como derecho de protección, es decir, la auténtica garantía a ser oido ante el desenfreno del Poder. Si fuese un amparo ¿cómo se explica la inapelabilidad?

De igual manera sostener que se ejerce el derecho de defensa es esquivo con el significado real del término: evitar la indefensión. Pues cuando se plantean reclamos administrativos, la actividad se despliega, y la mora es una contingencia que no gravita más que en el perjuicio que puede traer la pérdida de tiempo para resolver oportunamente.

Por eso, la actuación en análisis, se parece más al derecho de escrutar judicialmente los actos administrativos, con la diferencia que aquí no hay todavía decisión que revisar, sino un cuestionamiento sobre la mora administrativa.

Gordillo acierta cuando explica que […]

> El amparo por mora se desarrolla orgánicamente dentro del proceso, pues su tramitación y resolución es efectuada por órganos jurisdiccionales *stricto sensu*; sin embargo, los efectos que produce se refieren al procedimiento administrativo, ya que su finalidad es que se intime a la administración a dictar la resolución o realizar el trámite omitido, por lo tanto apunta a que continúe un procedimiento administrativo atrasado o paralizado. Por ello, funcional o teleológicamente, es posible también analizarlo dentro del procedimiento administrativo, sin perjuicio de que sus normas sean principalmente de carácter procesal. No obstante pues que opera en el ámbito judicial, su utilidad concreta es para el procedimiento administrativo y tiene incluso algunos principios que también pertenecen al procedimiento administrativo más que al derecho procesal administrativo *stricto sensu*[94]

Las asimetrías son importantes, y el rigor formal que se explica, tiene como objetivo verificar distintas calidades para actuar en esta vía. Si fuese un amparo ¿cuál es

sostienen que […] "uno de los principios básicos del estado moderno es el derecho a una decisión expresa de todas las peticiones realizadas por los administrados (arts. 14 y 18, CN, y art. 8 de la CADH; Reglamento de Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo, decreto 1172/2003, ley 19.549, ley 11.683, etc.), cualquiera sea el contenido que tal determinación adopte. El ejercicio de la competencia no es un derecho de la administración, sino una obligación, por ende no resulta facultativo para ella expedirse cuando es requerida (Thomas, Gustavo J., *Amparo por mora Federal: dos ventajas de la ley 19.549 frente a la 16.986. Apelación y honorarios*. (artículo publicado el 16 de julio de 2012) en Id SAIJ: DACF120112. www.infojus.gov.ar

94 Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo,* tomo 4 – El procedimiento administrativo. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006 (9ª edición), ps XIII-1 y ss.

el derecho constitucional directamente alterado, restringido o impactado? ¿Quiénes son los afectados que tienen legitimación procesal? ¿Es necesaria la prueba, o alguna etapa probatoria? ¿La sentencia que forma tiene? ¿Qué alcance posee? Y finalmente, si es un amparo o un proceso judicial, ¿al ser inapelable, no se viola el derecho de defensa en juicio de la contraparte?

3. Objeto y vías simultáneas

3.1 Dichos los planteos que se pueden suscitar, de confundir la vía asignada con otras que tienen un procedimiento diferente, concretemos el objeto del amparo por mora de la administración. En este aspecto, no surgen dudas: el que se queja de la demora en resolver, pretende que el obligado se expida de inmediato, o en el término que el juez ordena.

La sentencia no tiene que entrar en el trámite cuestionado, ni en los motivos que se analizan en el expediente formal, porque no es función jurisdiccional decidir sobre el fondo del asunto. Solo debe urgir al Estado para que resuelva en sus términos y por quien corresponde.

Lo estrictamente técnico se rige por la ley procesal administrativa. No es el amparo constitucional el que permite usarlo, aunque le facilite ciertos argumentos de fundamentación; tampoco será la ley 16.986 -que se utiliza como residual-, que es la ley marco del amparo individual contra actos del Estado. Aquí el artículo 29 antes reseñado, es la norma aplicable. Es más, si por error o ignorancia, se planteara el pedido como amparo federal, el juez debiera reconducir a la vía adecuada más idónea, que será el de mora administrativa, dejando las cuestiones de trámite formal para la ley de amparo.

> Aun en el marco del art. 21, inc. g. del Reglamento de Migraciones aprobado por decreto 1023/94 -modificado pro decreto 1117/98- carecía de sustento la reconducción de la causa bajo la forma de un amparo por mora y la afirmación de que el demandado no había dictado el acto administrativo denegatorio de la visa solicitada, ya que desde la contestación del informe la autoridad de aplicación había manifestado la decisión adversa al ingreso al país de la esposa del recurrente[95].
>
> El amparo por mora de la administración constituye una especial acción de amparo, cuyos presupuestos de fondo se encuentran contenidos en el art. 28 de la ley 19.549 y al que, por

[95] Fallos, 330:4554.

> principio y como tal, corresponde conferírsele un trámite autónomo y separado del de otras actuaciones de índole judicial[96].

3.2 Inclusive, esta autonomía, le permite al interesado ocurrir a la vía de la reclamación en queja y, aun sin esperar que la administración se pronuncie, deducir la demanda de amparo, aunque exista el riesgo de la duplicación de procedimientos o de la existencia de vías paralelas.

De este modo, se comprueba porqué no funciona la ley 16.986 como norma de trámite vertebral en el amparo por mora. De hacerlo, debiera superar las consignas -hoy derogadas por la Constitución- del reclamo administrativo previo, o de las acciones simultáneas que se deben satisfacer antes de ir a la vía excepcional y extraordinaria del amparo constitucional.

La impugnación en sede de la administración, es distinta a las posibilidades que se tienen en los estrados de la justicia común. Mientras en la primera se podrá verificar la legitimidad del pedido, la admisión formal y resolver con razones de oportunidad, mérito o conveniencia (discrecionalidad administrativa); en sede judicial, la sentencia ha de ser objetiva y precisa con el único objeto que se pide.

> Agrega Gordillo que […], el amparo por mora no tiene efecto suspensivo del deber de la administración de seguir impulsando de oficio y resolviendo las actuaciones. Mal podría la propia administración argumentar que no resuelve una queja interpuesta ante ella porque el particular ya ha buscado satisfacción a su derecho ante la justicia: el amparo por mora no implica pedir a la justicia una resolución sobre el fondo, sino requerirle a ésta que le exija a la administración la producción de una resolución definitiva o de mero trámite, un informe o dictamen. Y por lo demás, si estando el amparo por mora en curso la administración resolviera hacer lugar a la queja, con ello se tornará abstracto el amparo y no será necesario resolverlo; a la inversa, si estando el amparo pendiente de decisión la administración resuelve una queja por la misma cuestión, denegándola, ello no hace sino ratificar los hechos denunciados por el interesado al formular el amparo por mora y podrá alegarse como hecho nuevo en el proceso, a efectos de que el juez tenga también en cuenta dicho elemento de juicio al pronunciarse sobre la mora y su solución[97].

[96] Fallos, 323:2602.

[97] Gordillo, *Tratado de derecho administrativo.* Tomo 4 – El procedimiento administrativo, cit., ps. XIII-4.

4. Diferencias entre silencio administrativo e inacción ilegítima

4.1 Antes de proseguir, no olvide el lector que estamos tratando del juicio de amparo, y espejando soluciones dentro del amparo por mora de la administración. Es decir, cuando el Estado funge en la dimensión del proceso judicial, hay un deber de resolver en forma razonable y con fundamentos fácticos y normativos. No hacerlo, admite el recurso contra la sentencia dictada, la que con escala jerárquica de revisiones, podrá llegar al órgano más alto del sistema, que cerrará el debate con la última palabra, consagrando la sentencia definitiva y ejecutoriada.

En cambio, si decimos que el amparo por mora no es un juicio constitucional del tipo común garantizado por el artículo 43 de la Norma Básica del Estado y reglado por lo que queda de la ley 16.986, las conclusiones que preceden son inaplicables.

4.2 El silencio de la administración es un modelo de respuesta que la jurisdicción no tiene. El *non liquet* era una fórmula de los jueces medievales por la cual eludían resolver ante la falta de norma. Hoy, toda sentencia obliga al razonamiento aun sin ley expresa, debiendo acudir el tribunal a una diversidad de fuentes. Es el carril que adopta como ilegítima e inconstitucional, la omisión en resolver cuestiones esenciales.

Callar una respuesta; postergar la solución pedida; adoptar a discreción el tiempo para resolver, son expresiones de silencio que forman parte del elenco de omisiones inconstitucionales genéricas (por vulnerar el derecho a la jurisdicción; la garantía de defensa; el resolver con sentencia fundada en ley, etc.), que no son propias para llevarlas al tránsito que recorre el amparo individual.

El amparo por mora supera el obstáculo, y se complementa con los efectos del silencio administrativo porqué, cuando ellos quedan revelados de manera expresa e inconfundible, sirven de levantamiento de esclusas para entablar la queja ante los jueces.

Pero hay algo confuso en este procedimiento. Sucede que el incumplimiento de plazos dentro de los cuales el Estado debe expedirse, tiene una herramienta paralela que habilita al administrado a urgir la decisión dentro del mismo expediente. Si lo hace, debe esperar el término de treinta días, y conseguir de la inaccion, la denegación tácita, dejándo expedita la vía judicial.

> Ello sin perjuicio de la prescripción, cuyo plazo se computa inmediatamente después de vencido el plazo de treinta días posteriores al pronto despacho. Esto surge del juego armónico de lo dispuesto en los artículos 10, 23, inciso c, y 26 de la LNPA. Insistimos en que la posibilidad del particular de obtener de la administración un pronunciamiento concreto, constituye un derecho subjetivo suyo. La ley estableció un plazo general de silencio. El mismo es de sesenta (60) días hábiles administrativos sin que exista pronunciamiento. El particular deberá, vencido dicho plazo, solicitar el Pronto Despacho para constituir en Mora a la administración y si luego de treinta (30) días más no se expidiere, podrá considerar que operó el silencio de la administración. Pero siempre para el particular es facultativa la utilización de este instituto. Si no le resulta conveniente, puede seguir esperando ya que el procedimiento sigue su curso. La norma en estudio también prevé el caso de la ambigüedad. Esta es una situación que puede dar lugar a más de una interpretación incierta o dudosa. Por lo tanto, si bien están previstos en una misma norma, se trata de una situación distinta a la del silencio, ya que para que exista ambigüedad debe haber un acto expreso, aunque ambiguo[98].

No obstante, no hay impedimentos para utilizar ambas vías como paralelas. En definitiva, el silencio no resuelve, es cierto, pero por analogía, se utiliza para evitar que ese ejercicio se convierte en una valla insuperable, que distorsione el derecho a tener jueces que resuelvan la mora de la administración.

4.3 La simple inactividad en un expediente administrativo no pone en marcha el silencio. Más allá del impulso de oficio que constituye la regla en el trámite de cualquier expediente, la propia ley de procedimientos dice […]

> *Ley 19.549 - Artículo 1, apatado 9).* Transcurridos sesenta (60) días desde que un trámite se paralice por causa imputable al administrado, el órgano competente le notificará que, si transcurrieren otros treinta (30) días de inactividad, se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos, archivándose el expediente. Se exceptúan de la caducidad los trámites relativos a previsión social y los que la Administración considerare que deben continuar por sus particulares circunstancias o por estar comprometido el interés público. Operada la caducidad, el interesado podrá, no obstante, ejercer sus pretensiones en un nuevo expediente, en el que podrá hacer valer las pruebas ya producidas. Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad.

98 Vocos Conesa, Juan Martín, *La acción judicial de amparo por mora de la Administracioón Pública*, en "Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz", López Olivera, Miguel Alejandro – Cienfuegos Salgado, David (Coordinadores). Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, ps. 353 y ss.

Quiere decir que no son demoras formales las que se consideran, sino aquellas que demuestran la desidia en disipar situaciones jurídicas planteadas en el expediente. El pronto despacho sirve al primero de los efectos, el amparo por mora es la respuesta procesal a la inactividad.

En suma, la jurisprudencia es constante al repetir que, cualquiera sea el órgano de la administración ante el cual se interpone una petición, está obligado a expedirse, porque de lo contrario carecería de sentido el derecho constitucional de peticionar a las autoridades, el que no se agota con el hecho de que el ciudadano pueda pedir sino que exige una respuesta. Frente al derecho de petición se encuentra la obligación de resolver.

5. Legitimación

5,1 Una diferencia esencial que se suma en las particularidades del amparo por mora, asienta en los sujetos que pueden solicitar el pronto despacho. La norma pide que sea parte en un expediente administrativo, lo que reduce sensiblemente la apertura que tiene el amparo constitucional.

El artículo 28 de la ley de procedimientos administrativos es de tiempos cuando la titularidad de la relación jurídica, debía estar asentada en la pertenencia exclusiva del interés. La ideología está impresa en el reglamento de la norma (art. 3) que exige al administrado la acreditación del derecho subjetivo o un interés legítimo.

5.2 Esta extensión al “interés” que no representa la propiedad del derecho, permitió sostener a la doctrina, que era un permiso para la participación de terceros. En efecto […]

> También podrá ser tenido por parte, según esa misma norma, el tercero interesado a quien el acto a dictarse pudiere afectar su derecho subjetivo o interés legítimo, pero con la condición de que se haya presentado en el expediente administrativo. Como señala Aberastury, <<incorporado al procedimiento administrativo el tercero se transforma en parte interesada. Resulta imprescindible destacar que la posibilidad de afectar derechos de terceros torna obligatoria para la administración la participación de éste dentro del

> procedimiento>>[99]. Halperín sostiene que, incluso aquel que tiene sólo un interés simple y haya iniciado una denuncia, o presentación, puede iniciar una acción de amparo por mora para obtener una decisión fundada a su presentación. Su postura se fundamenta en el principio constitucional de peticionar ante las autoridades, y el principio del debido proceso adjetivo[100].

Actualmente, podría tener otro alcance, si consideramos que el paradigma de tener al derecho de acción como una garantía sentada en el derecho de propiedad individual se transforma y pone atención en el menoscabo que afecta al derecho en sí mismo. Surge con la evolución de las categorías constitucionales sobre los derechos, y en particular a partir de los que se llaman de "tercera generación" (v.gr.: ambiente, consumidor, salud, patrimonio cultural, etc.). Inclusive, se trata de promover un doble espacio de protección, que, por un lado se dirige a resarcir los daños que se producen a un colectivo con derechos individuales homogéneos; y por otro a defender los bienes de pertenencia general como la ecología, la vivienda, o los ya mencionados como de una nueva generación.

No afirmamos que esta difusión del interés sustituya la condición de parte, pero sí que el interés en conseguir que la administración esclarezca por definición del caso, un tema que trascienda al derecho subjetivo, podría ser la base que trajo el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

> El Código Civil y Comercial trae un nuevo concepto que se despoja del patrimonio como concepto esencial de la propiedad, para acentuar la titularidad de los bienes que posee una persona más allá de lo económico y moral que ellos reflejen. Son derechos que tienen la misma exigencia de respuesta que los de propiedad, solo que los trasciende y justifica una titularidad suficiente para apoyar una ampliación en la legitimación para obrar. Por ello, en la lógica de la función jurisdiccional que abre el proceso cuando se cumplen los presupuestos procesales, cuanto ahora se interroga muda de preguntar ¿Ud. quién es? para verificar ¿qué quiere?[101]

99 Aberastury, Pedro, *La Legitimación del tercero en el procedimiento administrativo*, en AA.VV., "Cuestiones de procedimiento administrativo", RAP, Buenos Aires, 2006, p. 165.

100 Halperín, David, *La acción de amparo por mora de la Administración*, en AA.VV., Cassagne, Juan Carlos (Director), " Derecho Procesal Administrativo", tomo II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 1656.

101 Gozaíni, *Legitimación, capacidad y representación*, cit., ps. 287/288.

También podrá ser tenido por parte, el tercero interesado a quien el acto a dictarse pudiere afectar su derecho subjetivo o interés legítimo, pero con la condición de que se haya presentado en el expediente administrativo[102].

6. Sujeto requerido

6.1 En el amparo constitucional el sujeto pasivo a quien se requiere que produzca el informe, es el Estado; éste comparece representado por los abogados del cuerpo publico que despersonaliza la presentación del agente productor del acto lesivo. En el amparo por mora, en cambio, la intervención le corresponde a la autoridad que se encuentra obligada a dictar el acto administrativo retardado.

La demora puede ser de un dictamen pendiente o de un acto resolutorio, propiamente dicho, y quien esté alcanzado por el deber de pronunciarse, será el que deba producir el informe desués del requerimiento.

6.2 Ser requerido es diferente a tomar parte en un proceso. La calidad procesal supone asumir cargas, deberes y obligaciones, que no tienen los procediioentos voluntarios, o las actuaciones especiales como las del amparo por mora.

La actividad que se intima, es para producir un acto determinado, o justificar la exagerada parsimonia. Pero no hay contienda, propiamente dicha, aunque parte de la doctrina sostiene que la evacuación del informe requerido por el juez es un verdadero responde de demanda, dentro del límite propio de este instituto[103].

7. La prueba

7.1 Se discute la necesidad probatoria de un simple requerimiento. Si fuera un proceso común, la etapa de verificación de afirmaciones sería otra cosa. Los instrumentos que acrediten la demora incurrida en un expediente administrativo se podrían llevar a juicio con copias del instrumento, o mediante el reconocimiento expreso del requerido.

[102] Cassagne, Ezequiel, ob. cit., p. 4.

[103] Cassagne, Ezequiel, ob. cit., p. 6.

La mecánica principal que tiene el funcionamiento probatorio no es típico en el amparo por mora. La eventual contradicción puede estar apenas centrado en dos cuestiones: *a)* que se niegue la existencia del expediente; o *b)* que se manifieste que no hay demoras en el mismo.

En uno y otro supuesto, la prueba es documental; de allí que no sea menester ofrecer otros medios de prueba.

7.2 En todo caso, la negación sobre la formación de un trámite se puede formalizar con el pedido de informes, o solicitando que se envíen los folios a los que la administración entiende no son un expediente. Mientras que la justificación de las demoras son simples cuestiones de interpretación.

Dice Ezequiel Cassagne […]

> La prueba informativa no siempre se suple con el informe que deberá efectuar la autoridad demandada, dado que el particular puede pretender informes de otros organismos, o de terceras personas. También el administrado podrá requerir al juez un informe previo a la entidad administrativa. Sin perjuicio de ello, será prueba suficiente acompañar constancias de las presentaciones realizadas por el particular, o del expediente administrativo en cuestión, e indicar los plazos que no han sido observados[104].

Con otra perspectiva, algunos más piensan que, la ausencia de reglamentación expresa, así como el uso de las fuentes complementarias señaladas (ley de amparo y código procesal civil), toleran la amplitud probatoria o la libertad para ofrecer y producir la confirmación de afirmaciones, a través de cualquier medio de prueba.

873 Pero también es factible considerar que la etapa probatoria es contingente, al depender del informe que haga el organismo requerido. Una cosa es negar el trámite, y otra diferente, justificar la demora incurrida.

Barra, por ejemplo, dice […]

> "El contenido del informe de la Administración podrá imponer la necesidad de abrir a prueba la causa. Si bien esto es inobjetable, entendemos que la naturaleza de la acción

104 Cassagne, Exequiel, ob. cit., p. 5.

> impone aplicar un criterio restrictivo al respecto, ya que de lo contrario podría producirse para el administrado una demora aún mayor de la que busca subsanar”[105]

Este es el sentido que trae la ley federal de amparo, y no desatiende la potestad judicial de requerir a la administración para que traiga al expediente judicial los trámites adminstrativos que se hubiesen formado sobre el tema en conflicto.

Nosotros creemos que debieran admitirse aquellas medidas de prueba que sean pertinentes y que resulten compatibles con el carácter informativo que tiene el trámite. Por ello, medios de prueba como la absolución de posiciones o testigos serían inoficiosos.

En consecuencia, la más importante es la prueba instrumental, y la necesidad de prueba, va a depender del informe producido después del requerimiento; y, en su caso, de la disponibilidad que tenga el administrado para conseguir el expediente o copias de él.

8. La sentencia

8.1 La decisión judicial que se adopta en el trámite del amparo por mora, de seguir la congruencia con la pretensión, es que se ordene un “pronto despacho”, en el expediente administrativo donde se ha puesto en conocimiento de la jurisdicción la demora inusitada.

La naturaleza jurídica del trámite se ha visto ya que es incierta, porque antes que pretensiones son peticiones; y en lugar de condena se pide una declaración de tipo exhortativa, al punto que la inejecución del requerimiento judicial carece de ejecutividad propia, sin poder el tribunal hacer más que establecer medidas conminatorias.

> Corresponde confirmar la sentencia que mandó llevar adelante la ejecución de las astreintes aplicadas al organismo previsional en un juicio de amparo por mora, si los agravios fundados en que acató el mandato judicial de resolver el pedido de reajuste de haberes del interesado antes de que la actora iniciara la ejecución de la multa, no se compadecen con las constancias de la causa[106].

[105] Barra, Rodolfo, *El amparo por mora de la Administración*, en “Estudios de Derecho Administrativo”. Cooperadora, Buenos Aires, 1975, p. 802.

[106] Fallos, 327:3719.

8.2 El carácter declarativo es discutible, si tenemos por cierto que exhortar es un modelo de sentencia constitucional que lleva implícita la ejecución directa. Un juez puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, acordar cierto tiempo para que se dicte por quien corresponda un nuevo precepto, y cumplido ese término resolutorio, ante el incumplimiento, dictar una sentencia abrogativa, complementada como decisión normativa[107].

Si aceptamos esta interpretación, se colige que la sentencia en el amparo por mora es de condena, establece un criterio, e impone un mandato que supone el deber de cumplirlo dentro de los plazos que se fijen.

Este sería el cuerpo principal de la sentencia. Las accesorias pueden imponer astreintes, que tienen una indiscutible raigambre procesal, que integran el poder de imperio en cada una de las decisiones judiciales.

8.3 Suponer que la sentencia es declarativa, porque no tiene más que una intimación a cumplir dentro de un plazo, pone en contradicción el sentido garantista del debido proceso, en la medida qye no se puede reconocer un derecho sin darle una vía efectiva para que se cumpla.

No hay dudas pues, del error conceptual en afirmar que hay un derecho a tramitar por la vía del amparo una pretensión hasta el momento de la sentencia, pero de allí en más, el litigante a quien la Constitución Nacional dio una vía rápida, debe colocarse en la misma cola que el resto de los administrados que quedan a expensas del voluntarismo estatal.

9. Costas en el amparo por mora

9.1 Según explicamos en este capítulo, el régimen preferente del amparo por mora está en el art. 28 de la ley 19. 549. El régimen procesal se orienta con principios y presupuestos del código adjetivo, en todo aquello que sea compatible, y cuando las

[107] Cfr. Gozaíni, *Teoría de la sentencia constitucional*, cit., p. 213.

normas supletorias prevén soluciones incongruentes con esta clase de procesos, es viable, por analogía, la aplicación de ciertas normas de la ley 16.986.

Las costas no están previstas expresanente en el régimen administrativo, de manera que seguiría ponderar cuanto dice el sistema procesal y, complementariamente, la ley de amparo. En este, el artículo 14 dispone el sistema objetivo de la derrota para imponer los gastos causídicos, al igual que el artículo 68 del ritual técnico.

El problema de usar estos regímenes surge de las finalidades disímiles de ambos procedimientos, porque aunque los dos amparos producen un informe, el constitucional promueve la excpción de costas, estimulando la voluntaria satisfacción de la pretensión sustantiva deducida por el amparista.

Distinta es la situación del particular que, por causa de la renuencia de la administración, debe recurrir a los estrados de la justicia para obtener una orden de pronto despacho –de índole netamente procedimental– a fin de que la autoridad correspondiente se expida.

9.2 En estos casos se advierte que el principio de la responsabilidad del vencido que establece el art. 68 del Código Procesal, sería compatible con el régimen del amparo por mora; concurriendo situaciones de especial predicamento como, la necesidad de recurrir al proceso para encontrar la respuesta jurisdiccional que no se obtiene en el trámite administrativo; o bien, la conducta desenvuelta por la autoridad que deja transcurrir plazos sin atender las peticiones realizadas por el interesado; etc[108].

Sin embargo, este pensamiento tiene fundadas reservas, que argumentan la imposibilidad de establecer costas por las siguientes razones: *a)* no hay partes; *b)* como obvia consecuencia, no hay vencidos; *c)* la índole de la intervención del juez; *d)* el carácter opcional del amparo por mora[109].

Es cierto, además, que en este procedimiento, la intervencion jurisdiccional no se expide bajo el formato de una sentencia, propiamente dicha, sino de una providencia

[108] Cfr. Tawil, Guido, *La imposición de costas en el proceso de amparo por mora: una perspectiva distinta*, La Ley, 1989- E, 288.

[109] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Costas procesales. Doctrina y jurisprudencia.* Tomo 2, Ediar, Buenos Aires, 2007 (3ª edición), ps. 893 y ss

que ordena el pronto despacho en el procedimiento administrativo. Este es un trámte esencialmente gratuito, que no suele requerir la actuación de letrados.

Finalmente, es el modelo que se estudia, uno de los tres remedios que la normativa acuerda a la inactividad de la administración, esto es el silencio, la queja y el amparo por mora; de allí que, no se vea con claridad porque deban imponerse costas en tal tipo de proceso.

9.3. No obstante, otros advierten lo objetivamente comprobable. Y cuando la demora se pone en el carril de lo imprudente, o de notoria negligencia, o culpable por sí misma, no importa que no haya un verdadero proceso contencioso, para determinar quien pagará los gastos del juicio.

> Las costas en los amparos por mora de la administración previsional están comprendidas en el régimen específico del art. 21 de la ley 24.463[110].
>
> La amplitud de los términos del art. 21 de la ley 24.463 al establecer que en todos los casos las costas serán por su orden permite afirmar que no ha sido voluntad del legislador exceptuar los amparos por mora del organismo previsional del régimen específico dispuesto por dicha norma […] y esto se ratifica con la supresión de la facultad que tenía la cámara para imponer las costas al organismo responsable de la mora administrativa[111].

Maiorano formula opciones a esta polémica:

a) Si la Administración, al responder el informe, se limita a exponer las razones de la demora producida, sin peticionar se la considere como parte, no cabe imposición de costas pues falta el presupuesto fundamental de las costas, la calidad de parte procesal;

b) si la Administración, al contestar el requerimiento judicial, controvierte los argumentos del actor, solicitando ser tenida como parte, corresponde la aplicación de las normas generales en materia de costas;

c) puede darse otro supuesto citado por Gordillo: que la Administración informa al juez que la resolución o trámite requerido por el accionante ya ha sido cumplido al

[110] Fallos, 324:2379.

[111] Fallos, 320:2783.

tiempo de evacuar el informe; en este caso, resulta prudente, así, eximirla de costas ya que, aunque tardío, su accionar ha resultado diligente[112].

9.4 Finalmente, el tema más debatido es la "cuestión abstracta", porque mientras algunos sostienen que eso no impide la condena en costas; otros argumentan la exención o la distribución en el orden causado.

> El fallecimiento del actor ha tornado inoficioso que la Corte resuelva el recurso extraordinario interpuesto por el Estado demandado contra la sentencia que hizo lugar al amparo por mora de la administración, pues la reposición de aquel en su cargo, perseguida por medio de los recursos incoados contra el acto administrativo que dispuso su cese, ha devenido jurídicamente imposible[113].
>
> Resulta inoficioso el recurso extraordinario interpuesto por la Secretaría de Comercio Interior contra la sentencia que, haciendo lugar a la acción de amparo por mora de la administración (art. 28 de la ley 19.549) la conminó a resolver en diez días los pedidos de autorización de aumentos de precio, si lo dispuesto en una resolución de dicha secretaría importó el cumplimiento de la sentencia impugnada[114].

[112] Maiorano, ob cit., p. 3; Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 4.2., p. XIV-37. En contra Barra, Rodolfo, *El amparo por mora de la administración*, ED, 59-803, punto c.2.

[113] Fallos, 311:2507.

[114] Fallos, 310:278.

CAPÍTULO VIII

Actualidad del acto lesivo

1. Premisa general

1.1 La actualidad en el perjuicio supone la permanencia del acto lesivo al tiempo de resolver el amparo. De otro modo, la cuestión carece de interés por haber devenido abstracto el motivo que dio origen al proceso. Cuando se produce durante el trámite, la declaración judicial se realiza ante la sola comprobación de los hechos.

La vigencia del agravio se debe a que el amparo no es un proceso de revisión, es decir, *no juzga hechos pasados*, sino que restablece la legalidad de las conductas y el ejercicio de los derechos.

1.2 El parámetro sobre la actualidad se mide en cualquier tiempo del procedimiento. Si se realiza al momento de recibir la demanda de amparo, que es cuando se verifica si el daño se ha producido, y el amparo ya no puede evitarlo, el juez podrá declarar la inoficiosidad del trámite.

Sobre la misma línea, cuando se encuentre que el acto lesivo denunciado es irreparable y de imposible regreso a la situación anterior, el tribunal podría considerar que no es la vía judicial más idónea para tutelar la protección que se plantea.

Este remedio de corte inmediato se debe aplicar con mesura y prudencia, porqué la vía del amparo no se puede tomar como carril exclusivo de los conflictos constitucionales; como tampoco el juez interviniente, pueda fundarse exclusivamente en la opinión desfavorable que tenga sobre la idoneidad del objeto a resolver. Todo se concilia con una ponderación objetiva, equilibrada y prudencial acerca de la aptitud de las vías seleccionadas por el actor o asignadas por el tribunal (teoría de la reconducción).

1.3 De llevarse la decisión a la sentencia definitiva, el proceso será declarativo en cuanto respecta a destacar que no es la vía más efectiva para reclamar la restauración constitucional, pero lo sustanciado y actuado se aplicará en la reconducción que se ordene al proceso que se entienda pertinente.

A *contrario sensu*, el amparo preventivo se anticipa a los hechos y procede en esa dimensión; pero es un caso distinto al que analizamos ahora. La pauta de actualidad suele aplicarse al amparo y a otros procesos constitucionales que tienen ese carácter remedial.

La Corte nacional afirma que los jueces se hallan habilitados para examinar de oficio la subsistencia o la desaparición de la finalidad del litigio, pues ello constituye un requisito jurisdiccional[115]; considerando que los decisorios de la judicatura deben ajustarse a las condiciones existentes al momento en que se dictan, aunque sean sobrevinientes y producidos durante la sustanciación del proceso[116].

> También el Alto Tribunal sostiene que, para instar el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales, es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento, no se reduzca a una cuestión abstracta, como sería la que pudiera plantear quien ya carece de interés económico o jurídico susceptible de ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse[117].

2. Interés en resolver

2.1 La actualidad, y su contracara la pérdida de ella -que supone devenir en abstracto lo peticionado-, tiene una importante casuística. Una de ellas, es atender si las razones que llevaron a deducir el amparo, mantienen plenitud de interés en las partes, y principalmente, del amparista, para que el proceso sea resuelto.

Cuando el interés jurídico se pierde durante el trámite del juicio de amparo (v.gr.: planteo de inconstitucionalidad normativo que se resuelve con la derogación de la ley); o si el interés económico deviene inoficioso por haberse satisfecho la obligación; y, en general, cualquiera sea la situación, no corresponde emitir pronunciamiento

[115] Fallos, 262:226; 281:401, 293:518 entre otros.

[116] Fallos, 259:76; 267:499; 311:787; 329-4717, entre otros

[117] Fallos, 189:245, 293:708, 312:995, 328:2440, y muchos más.

cuando a la luz de esas circunstancias, se ha tornado inncesario decidir la cuestión constitucional.

> Cuando una cuestión deviene abstracta, debe ser tratada por el tribunaL, porque es una regla general muy definida, que no corresponde pronunciamiento alguno cuando las circunstancias sobrevinientes han vuelto inútil la resolución pendiente[118].

2.2 El interés se relaciona con el mantenimiento de la situación de hecho, pero aun habiendo cambiado, los efectos que se produjeron pueden seguir vigentes y mantener la lozanía del objeto del amparo.

> En palabras de la Suprema Corte de los Estados Unidos -explica Laplacette-, para considerar que un caso es apto para ser resuelto por un tribunal federal, una verdadera controversia debe existir en todas las etapas del pleito, y no solo al momento de promover la demanda[119]. De lo contrario, donde por un acto de las partes o por una nueva ley, la controversia otrora existente ha llegado a su fin, el caso se convierte en abstracto[120]. El mismo tribunal ha dicho que […] "para mantener jurisdicción no basta con que una disputa haya estado muy viva cuando la demanda fue iniciada o cuando se obtuvo la revisión de la Corte de Apelaciones […][121]. Las partes deben seguir teniendo un interés personal en el resultado del pleito"[122].

Por ejemplo, en tiempos del corralito bancario que significó en Argentina multiplicar los amparos contra el Estado Nacional y el sistema financiero (que a causa de una ley, congeló la disponibilidad de fondos depositados en plazo fijo o en cuentas bancarias), los hechos fueron licuándose a consecuencia de que, los cientos de miles de procesos iniciados, habían encontrado una respuesta jurisdiccional que diluyó el interés económico. La Corte nacional, resolvió con una sentencia salomónica, dió razón al

118 Fallos, 267:499; 285:353; 328:339

119 "Arizonans for Official English v. Arizona", 520 U.S. 43 (1997).

120 "United States v. Alaska Steamship Co.", 253 U.S. 113 (1920). A modo de regla, se ha expresado que la jurisdicción, debidamente adquirida, puede suprimirse si el caso deviene abstracto porque (1) no hay una razonable expectativa de que la violación alegada se repita, y (2) durante el proceso se producen acontecimientos o se dictan medidas que completa e irrevocablemente erradican los efectos de la presunta violación. Cuando ambas condiciones son satisfechas, el caso se convierte en abstracto, ya que ninguna de las partes tiene un interés jurídicamente reconocido en la determinación final de las cuestiones de hecho y de derecho debatidas ("County of Los Angeles v. Davis", 440 U.S. 625 -1979-).

121 "Lewis v. Continental Bank Corp.", 494 U.S. 472,477–478 (1990)

122 Laplacette, Carlos José, *Exigencias temporales del caso judicial Los casos devenidos abstractos, situaciones limítrofes y discusión sobre su constitucionalidad* Disertación del Dr. Carlos José Laplacette en sesión privada del Instituto de Política Constitucional, del 18 de mayo de 2011 (versión desgrabada)

Estado pero compensó a los ahorristas con una fórmula matemática que permitía recobrar los bienes confiados al sistema mercantil. Sin embargo, quedaron cuestiones pendientes de resolver (principalmente, costas y honorarios, o la ejecución de la sentencia) que ya no tuvieron la urgencia del amparo.

Aquí, la pérdida del interés (en realidad es sobre la pretensión de obtener una sentencia favorable) no significó que la causa entrara en el camino de lo abstracto de innecesaria definición, porque al mantener en vigencia el juicio, si bien eliminó la contienda, cambió el sentido de rapidez y expeditividad que caracteriza al amparo, que bien podía seguir en otra senda procesal.

3. Pérdida del interés

3.1 Otras veces el interés en obrar se abandona; el impulso constante que tiene el avance diario del proceso de amparo, se manifiesta paralizado ante la inactividad del amparista. Aunque el juez tenga el deber de llevar adelante el litigio, no se puede perder de vista que son actuaciones destinadas a un fin preciso que resguarda, principalmente, intereses individuales o colectivos representados.

El interés se debe demostrar, y si ello no es manifiesto, o al menos, no se ejercen un mínimo de actos de impulso, la causa puede devenir abstracta por abandono del objeto, cual si fuese un remedio excepcional de la jurisdicción, para evitar la eternización del proceso. La vía común para declararlo es la perención de la instancia.

3.2 La conclusión requiere más fundamentos. La culminación del juicio con una sentencia declarativa de caducidad es resistida por la doctrina. Parece cierto -compartimos- que no es el actor el que tiene la carga de instar el procedimiento, más allá del papel relevante del magistrado en este tipo de procesos.

La remisión de la ley de amparo a los institutos del código procesal cuando no existen normas que regulen una situación jurídica determinada, no signfica que se puedan transportar al proceso constitucional recursos incompatibles con la naturaleza de la acción, como lo es sin duda el de la caducidad de instancia, cuya aplicación literal violaría, en principio, normas de orden superior que imponen el impulso procesal de oficio.

Pero el caso que queremos mostrar no es la simple inactividad en el proceso, sino sumar a la inercia manifiesta, la verificación de la pérdida del interés en proseguir la demanda interpuesta, a cuyo fin se debiera intimar previamente al accionante.

En el amparo no es necesario verificar objetivamente que los plazos procesales se cumplan; eso va en desmedro de la propia función jurisdiccional que debe, con sus propios actos, impulsar el proceso dándole la rapidez y pronta solución que se espera.

Lo que sucede es que, más allá de las razones que se esgriman para justificar la indolencia, esta no se debe referir al cumplimiento de plazos, sino al interés de persistir en un tema donde la propia conducta del demandante demuestra que se ha perdido.

> Un meduloso voto del juez Alejandro Augusto Castellanos dice: Así como el origen y utilidad instrumental del amparo, reconoce una concepción ordenada a suplir la existencia de un trámite urgente y expedito, se encuentra ínsito en su esencia, una vida apremiante y fugaz, incompatible con toda idea de dilación susceptible tan siquiera de dar lugar a que se verifique un supuesto de caducidad de la instancia. De allí que el ordenamiento normativo específico no contemple una previsión semejante y que, incluso, toda incorporación de disposiciones sobre la materia no sólo se presente como disonante, incongruente y hasta repugnante con el fin que persigue el instituto, sino que, al propio tiempo, revele un claro contrasentido susceptible de perjudicar la real comprensión y finalidad del instituto. Además, la relevancia de los valores sustantivos comprometidos en todo proceso de amparo –tutela de derechos con reconocida baseconstitucional-, y la consecuente impronta inquisitiva que impregna buena parte de sus disposiciones –cfr.arts. 8 y 11, de la ley-, potencia la discordancia de admitir la articulación de institutos procesales que, claramente, presentan rasgos de incompatibilidad ontológica y teleológica con la matriz del proceso en que se pretenden insertar. Dicho en otros términos, plantear la posibilidad de declarar la caducidad de instancia en el marco de un proceso de amparo supone, en definitiva, enervar y avasallar la propia esencia de su institucionalización, cuando no, reconocer su errónea admisión en un caso que claramente no merecía ser encausado procesalmente bajo ese trámite expedito y urgente.
>
> Esta última visión, sumada a la indiscutida e indiscutible finalidad saneatoria que el instituto de la perención de instancia persigue –con fundamento en el interés público de que los procesos no permanezcan paralizados por tiempo indeterminado creando un sentimiento de inseguridad jurídica-, es la que guía mi convicción en el sentido de recuperar en esta instancia la potestad conferida por el art. 3 de la ley de amparo, y postular la inadmisibilidad de la vía intentada, ordenando el reencause del trámite bajo las disposiciones del proceso contemplado en los arts. 498 del ritual –con recurso a las facultades ordenatorias del proceso (arts. 34, inc. 5, 36, 319 y 312 del CPCCN), para luego sí decretar la caducidad del trámite. Tal temperamento, no sólo permite conjugar

adecuadamente los intereses procesales que aquí se encuentran en pugna, sino que, al propio tiempo, también permite evitar toda distorsión o desnaturalización del instituto del amparo, preservando su esencia y vigencia procesal y sustantiva, y resolviendo adecuadamente la "tensión" verificada desde hace tiempo entre la necesidad de consolidad su revalorización normativa y el peligro de una eventual devaluación sociológica, acorde con el criterio públicamente asumido por el suscripto en oportunidades anteriores[123].

4. Actualidad del interés renunciado o desistido

4.1 En el juicio de amparo no hay una etapa de negociación previa, ni durante el trámite se llama a audiencias de conciliación, más allá de saber que algunos actos de pacificación se intentan, fuera del rigor formal del texto de la ley. No es este el problema a considerar, sino responder a un interrogante que se formuló al comenzar esta obra: Si el proceso se abandona por declinación o desistimiento ¿puede considerarse satisfecho el interés que atiende el amparo?

La pregunta depende de la perspectiva como se mire al proceso. Un sector de la doctrina procesal sostiene que el único interés a resolver en cualquier tipo de litigios, es el que corresponde a las partes. La sentencia dirime el conflicto y, si hay abandono voluntario, o transacción, o en su caso, desistimiento, el tribunal dictará una sentencia homologatoria, verificando, al mismo tiempo, que no se altera el orden público.

Las posibilidades de atender esta tesis depende de cada supuesto, pero la solución tiene iguales consecuencias. Si el actor abandona el proceso, se da el caso recièn visto de pérdida del interés y sentencia que declara abstracta la cuestión. Si hay negociación y acuerdo, la providencia del amparo convalidará el pacto entre partes.

Sin embargo, hay otra respuesta posible.

4.2 En los primeros capítulos sostuvimos que la misión del juez en los procesos constitucionales, no está contenida en los límites que las partes disponen con sus actos, ni se comprime con la congruencia que surge de los principios de bilateralidad y contradicción.

[123] Cfr. Castellanos, Alejandro A., *El amparo y su ámbito de acción*. ED, 210, 1078, publicado el 24/12/04. Ver fallo en Cámara Federal de Salta, Sala II, 16 de agosto de 2016, "Codesuc c/ Gasnor y Enargas y otrto s/ amparo ley 16.986"

Reiteramos, en un proceso constitucional el juez lleva a cabo el control de constitucionalidad y de convencionalidad. Su tarea es interpretar y compatibilizar la vigencia del principio "*pro homine*", y esencialmente, hacer interpretación constitucional y convencional.

No está obligado a elegir entre la demanda y la contestación, para establecer cuál de ellas tiene el mejor argumento. Hasta puede resolver diferente, y ello es así, porque el juez tiene una misión constitucional que excede el marco privado y enaltece la función pública como defensor de las normas fundamentales.

Siguiendo esta idea, las decisiones unilaterales como el abandono del proceso, la declaración de cuestión abstracta, o el desistimiento; o las bilaterales, como el acuerdo negociado, no significan que el juicio de amparo deba terminar por decisión de las partes. Falta aún completar el principal encargo de la Constitucion: fiscalizar que se cumpla el principio de la supremacía.

4.3 Un buen ejemplo de cuanto decimos, se verifica en un caso sustanciado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pero que puede espejar la misma situación en innumerables casos más.

Se trata de un juicio de amparo donde la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) interpone una acción de amparo persiguiendo que el gobierno de la ciudad instrumente adecuadamente los procedimientos participativos de consulta sobre las prioridades de asignación de recursos que prevé el artículo 52 de la Constitución de la Ciudad.

Obtiene sentencia favorable en primera instancia, que la Cámara de apelaciones confirma; y después del planteo de un recurso de inconstitucionalidad deducido por los abogados del Estado, se presenta la entidad desistiendo de la acción y del derecho. Corrido traslado, la representación estatal convalida, y pide que se declaren las costas por su orden.

El colapso ideológico surge claro y concreto. Si al amparo se lo entiende como individual o colectivo, para tutelar derechos de las partes, el abandono o la transacción, obligarían al juez a seguir lo "pedido por las partes".

Si aceptamos que hay derechos indisponibles, como son los que corresponden a otros que pueden quedar alcanzados por el acuerdo, o aunque no lo fuesen, si el juez tiene dudas sobre la conveniencia general de la negociación, será evidente que el camino podrá tener salidas diferentes.

Para los sujetos que acuerden, lo estipulado entre ellos podrá ser homologado si no hay alteraciones al orden público; pero el control de constitucionalidad no se negocia, y podrìa el juez continuar la causa para declarar lo que entienda correspondee.

De allí que lo central sea el objeto de la controversia y no el interés de los sujetos del proceso.

En el caso en comentario se dijo […]:

> "Frente, pues, a la omisión del legislador local en reglamentar este tipo de acciones, en los que se debaten intereses que exceden el singular de quien promueve la acción, el juez debería extremar los recaudos para salvaguardar las reglas del debido proceso y, de esta forma, asegurar, mediante una adecuada publicidad, la intervención en el pleito de quienes postulen la existencia de un interés en la defensa del bien colectivo, siendo, asimismo, deseable un activo rol del Ministerio Público Fiscal (cf. arts. 124 a 126 CCABA) cuya participación podría aventar los potenciales perjuicios derivados de un proceder que, bien sea por negligencia o por intereses de dudosa tutela del bien colectivo, podrían llevar precisamente a su irremediable lesión […]. Así, más allá de las curiosas circunstancias y oportunidad en las que se efectuó el planteo de desistimiento del actor (tras haber obtenido sentencia favorable en las dos instancias ordinarias), lo relevante a fin de resolver sobre su procedencia finca en determinar la naturaleza del o los derechos respecto de los cuales se pretende ejercer esa renuncia. El propio legislador ha determinado de este modo la existencia de ciertos derechos que no pueden ser objeto de desistimiento […]. De este modo, en la medida en que el actor ha accionado en defensa de un derecho que no es sólo suyo, sino que también compete al resto de los ciudadanos y ciudadanas de Buenos Aires, en modo alguno puede desistir de un derecho que comparte con un colectivo, beneficiario de los efectos de las sentencias de fondo que se han dictado en autos. Por otra parte, resulta evidente que la puesta en marcha de un procedimiento como el denominado "presupuesto participativo" resulta una cuestión de "interés general", en virtud no sólo de su obligatoriedad constitucional sino, sobre todo, en cuanto constituye un instrumento para la materialización o ejercicio de otros derechos fundamentales (ver sentencia de primera instancia y diversos votos de la sentencia de cámara). Más allá de las posiciones

jurisprudenciales y doctrinarias, se trata de un elemental postulado jurídico que impide disponer de lo ajeno y que encuentra incluso correlato en la normativa penal”[124].

4.4 Cabe agregar que un acuerdo entre partes, o un desistimiento de la acción, no inhibe al juez de proseguir con el examen del caso, toda vez que debe verificar que la suerte del proceso no puede impactar en la defensa efectiva de los derechos y valores constitucionales.

En efecto, si desistir es dimitir con algo iniciado, lograda una conciliación, u obtenido el acuerdo transaccional; o en su caso, perdido el interés por proseguir en la litis, cada una de las situaciones manifiestan supuestos de deserción. Abandonar el proceso en cualquier estado de la causa no es solución por caducidad o perención, porqué en el control constitucional, y en la aplicación del principio de convencionalidad, es necesario tener interprtetación conforme.

Pero el desistimiento se relaciona con el abandono del estado de confrontación, el que tiene dos características y dos posibilidades en la teoría general del proceso. *Se puede desistir: del proceso y del derecho.*

Los efectos son distintos porque dependen del momento cuando la decisión se adopta. En un proceso en trámite se debe oír a todas las partes, mientras que, en etapa de preparación, basta con la renuncia. De ello se colige que el abandono o la dimisión es respecto al debate que el proceso motiva, circunstancia que ocupa también al derecho del demandado para desistir de sus oposiciones.

4.5 En un juicio de amparo la cuestión es diferente. Teniendo en cuenta la libertad de las partes para disponer sobre sus derechos, el desistimiento puede referir tanto al derecho como al proceso, es decir que se puede renunciar para indicar, por ejemplo, un tipo de derechos de fondo o sustanciales; y también declinar la instancia judicial al mismo tiempo.

En suma, el desistimiento implica renunciar el derecho a la jurisdicción. El acto se iguala con la renuncia de derechos, de modo que mientras el desistimiento es una

[124] Sentencia del Juez Guillermo Scheibler, del 18 de junio de 2015 en “García Elorrio, Javier María c/ GCBA y otros s/ amparo”

figura procesal, la renuncia lo es de derecho material, y como ninguna puede ser imaginada, es necesario que se ponga en conocimiento del juez o tribunal para que resuelva la admisión y pertinencia.

Lo que no significa tener que ir directamente al tránsito de la sentencia homologatoria. Evidentemente, entre la renuncia que posibilitan las leyes o códigos de fondo y el desistimiento en el proceso, hay diferencias cuando se trata de ver la participación de las partes involucradas. Esto es así porqué mientas la ley civil pide que la renuncia de un derecho sea aceptada, no sucede lo mismo cuando se abandona el proceso.

Observemos que cuando es el Estado el que desiste, las partes deben acordar el acto. Que lo haga el Estado es previsible, pero que lo consienta la actora o los representantes de un colectivo, parece más improbable.

Las razones parecen obvias: un desistimiento procesal supone renunciar a seguir un trámite; mientras que la renuncia de derechos tiene efectos distintos. Cuando se trata de derechos fundamentales llevados al amparo por considerar que su eficacia está afectada, alterada, o impactada a consecuencia de un acto lesivo, no surge que sea factible el abandono del proceso por haber conseguido un objetivo personal; de aceptarlo, el tribunal competente admitiría su apatía con los derechos fundamentales que tiene que promover y tutelar.

> En algunos casos resueltos por la Corte IDH se puede ver la relación que se establece entre el desistimiento de la Comisión y el interés de las víctimas. Por ejemplo. En *Maqueda vs. Argentina*[125], la Corte resuelve que […]
>
> Esta Corte, en los términos del inciso 1 del artículo 43 de su Reglamento, transcripto con anterioridad, ha oído la opinión de las partes en este asunto, inclusive la de los representantes de los familiares del afectado, y todos ellos reiteraron su conformidad con el acuerdo del 20 de septiembre de 1994, así como con el cumplimiento del mismo por parte del Gobierno. Teniendo en cuenta lo anterior y considerando que la cuestión central en el caso es la violación del derecho a la libertad del señor Maqueda y que ese derecho ha sido restituido mediante el acuerdo a que han llegado las partes, la Corte estima que este no viola la letra y el espíritu de la Convención Americana. Aunque en la demanda de la Comisión presentada ante la Corte se citan otros derechos consagrados en la Convención, así como mecanismos y disposiciones de derecho interno, estos han sido planteados en relación con el derecho a la libertad. No obstante ello, la Corte, teniendo presente la

[125] Corte IDH. Caso *Maqueda*. Resolución de 17 de enero de 1995.

> responsabilidad que le incumbe de proteger los derechos humanos, se reserva la facultad de reabrir y continuar la tramitación del caso si hubiere en el futuro un cambio de las circunstancias que dieron lugar al acuerdo[126].

4.6 En conclusión, no es estéril repetir que los derechos humanos provenientes de la Constitución o del bloque de constitucionalidad, no son renunciables, y que la solución por retirada solo es de justificación probable cuando concurren razones plenamente fundadas. Por ejemplo, cuando el Estado cumplió con las reformas legislativas, la reparación de derechos afectados, cesó con los efectos perniciosos, rehabilitó las garantías alteradas, etc., o mucho más estuviera satisfecho. Pero pese a todo, volvemos a plantear un interrogante ya hecho: *cuando el Estado reconoce el acto lesivo ¿se libera del compromiso? ¿inhibe que se dicte sentencia?*

Dado que los procesos constitucionales se refieren a la tutela de los derechos humanos, cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes, el tribunal debe velar porque los actos de allanamiento resulten aceptables para los fines que busca cumplir el principio pro homine.

En esta tarea no se limita únicamente a verificar las condiciones formales de los mencionados actos, sino que los debe confrontar con la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, las circunstancias particulares del caso concreto y la actitud y posición de las partes[127].

[126] Gozaíni, Osvaldo A., *Sistema procesal Interamericano.* Ediar, Buenos Aires, 2016, p. 978.

[127] Cfr. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala,* supra nota 40, párr. 106 a 108; Caso *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia,* supra nota 23, párr. 21, y Caso *Kawas Fernández vs. Honduras,* supra nota 40, párr. 24.

CAPÍTULO IX

Amenaza o peligro inminente

1. Inminencia o peligro cercano

1.1 La inminencia supone proximidad, cercanía o inmediatez con la producción posible de un acto lesivo, que se funda en algo más que la mera conjetura.

La presencia de un caso que admita la intervención reparadora de la jurisdicción, propia de la actividad *ex post facto*, se sustituye ahora con la necesidad del auxilio preventivo que facilita la procedencia del amparo.

El estudio de admisibilidad versa sobre las circunstancias que efectivamente se puedan comprobar sin esfuerzo probatorio; y se integran con la actualidad del acto lesivo que, potencialmente, causa el peligro cercano. El amparista debe ofrecer ese testimonio documental o fáctico que le permita al juez visualizar la amenaza sin tener que recurrir a otras fuentes de consulta.

1.2 Dado que en este aspecto no existen variaciones significativas, lo trabajado hasta el presente por la doctrina y jurisprudencia es por demás suficiente. Por ejemplo, si fue dictada una medida por la cual se ordena la clausura de un establecimiento comercial a través de un órgano que no tiene facultades para hacerlo, y el acto aún no se ejecuta, queda de manifiesto la proximidad de ocurrir y, en tal caso, el amparo obra las veces de proceso destinado a controlar la legalidad de dicha medida.

> La Corte Suprema ha señalado que la acción de amparo constituye una vía excepcional que, cuando se alega la inminencia de un daño, sólo procede si dicha inminencia es tal que autorice a considerar ilusoria una reparación ulterior, circunstancia que, como es obvio, debe acreditar fehacientemente quien demanda. Por ello, es rechazable al amparo donde el actor no probó la inmediatez del daño a configurarse por el acto lesivo[128].

[128] Fallos, 306:506.

1.3 La presunción no basta para fundamentar la inminencia, pues los hechos inciertos o eventuales no tienen la seguridad necesaria que acredita la producción del acto que se pretende evitar. Por eso, cuando existen opiniones divergentes sobre la dimensión del peligro cercano, o sobre la certidumbre del riesgo inminente, el planteo no puede sortear el juego de la hipótesis más fuerte, pues el presupuesto de admisión del amparo se funda en la fehaciencia.

Finalmente, cabe apreciar este recaudo con la misma amplitud que han de tener todos los presupuestos de admisibilidad del amparo, actuando más con sentido común que con rigorismo técnico.

> Cuando un derecho constitucional es transgredido o, aun, en ocasiones excepcionales, se alzare contra él una amenaza ilegal de tal magnitud que le pusiera en peligro efectivo e inminente, deben actuar en principio las normas procesales sancionadas al efecto. Lo contrario podría llevar al desconocimiento de las autonomías provinciales y aun al imperio de la inseguridad jurídica[129].

2. Amenaza cierta

2.1 En la amenaza no hay aún acto lesivo. Así como de una parte se exige en quien reclama que acredite el daño sufrido a través de la ejecución del hecho ilegítimo o inconstitucional, en la especie se trata de ver, en forma clara e inequívoca, la misma crisis pero aun no concretada. Esto quiere decir que la amenaza ilegal, a los fines de habilitar la acción de amparo, debe ser de tal magnitud que pusiera a los derechos en riesgo efectivo e inminente.

> Se configura una situación que revela la imprescindible necesidad de ejercer la vía excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental a la vida si, al modificar el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantanción, el fármaco cuestionado constituye una amenaza efectiva e inminente a dicho bien que no es susceptible de reparación ulterior[130].
>
> La incorporación por el art. 43 de intereses de incidencia colectiva a la protección constitucional no enerva la exigencia -art. 116 de la Ley Fundamental- de que el afectado demuestre en qué medida su interés concreto, inmediato y sustancial se ve lesionado por un

[129] Fallos, 244:68.

[130] Fallos, 325:292.

> acto ilegítimo o por qué existe seria amenaza de que ello suceda, a fin de viabilizar la acción de amparo[131].

La amenaza se puede manifestar con vías de hecho, como resulta la intimación efectuada por un organismo público donde anuncia la clausura del local, si en el plazo que se le fija en la comunicación, no cumple con las obligaciones fiscales pendientes. Lo mismo ocurre cuando existen documentos que conminan a hacer algo que se considera constitucionalmente imapropiado, o, en general, situaciones semejantes.

> Criterio que no es pacífico en la doctrina de la Corte Nacional, que manteniendo algunas disidencias, sostiene que […]: "Si se admitiera que el amparo procede cada vez que se revoca una autorización, se retira un permiso, o se priva al titular de una habilitación mal concedida, con el desmedro patrimonial consiguiente, dicho remedio constitucional quedaría desnaturalizado para cumplir el fin para el que fue específicamente concebido, que es el de tutelar de manera inmediata y efectiva la violación palmaria de los derechos humanos y las garantías constitucionales básicas e impedir así toda amenaza contra los fundamentos esenciales del Estado de Derecho (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi)[132].

Es el caso que tolera plantear el amparo como amenaza basada en una fuerte probabilidad de concreción, aun sin mediar acto lesivo, cuando el pago impuntual, o el incumplimiento directo de abonar un servicio público prestado lleva el riesgo implícito del corte de suministro, y la omisión de cumplimiento se debe a un error probable de facturación. En estos supuestos, el principio *solve et repete* se puede considerar como improcedente frente a la clara redacción del artículo 43, constitucional que evita el tránsito por vías previas inútiles a los fines que se pretenden evitar.

> Procede el amparo promovido por el usuario contra el concesionario del servicio público de aguas para que, ante la amenaza de cortar el suministro en su domicilio -con fundamento en la falta de pago de una deuda que se encuentra en discusión-, se le ordene que se abstenga de hacerlo o, en su caso, restablezca el servicio, ya que la pretensión, regida por el decreto 999/92, exige precisar el sentido y los alcances de normas de evidente carácter interjurisdiccional[133].

131 Fallos, 324:2381.

132 Fallos, 326:1614.

133 Fallos, 320:46.

2.2 En los derechos de incidencia colectiva el concepto de amenaza encuentra mayores restricciones, porque se desplaza la noción de afectación directa por la de derechos colectivos amenazados, cuya tutela constitucional aparece conflictuada.

La Corte Nacional, desde la reforma constitucional de 1994, viene sosteniendo que la ampliación del universo de los sujetos legitimados para accionar por la vía del amparo, no se ha dado para la defensa de cualquier derecho sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos mencionados en el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, es decir los que "protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general[134].

> La incorporación de intereses generales o difusos a la protección constitucional, en nada enerva la exigencia de exponer cómo tales derechos se ven lesionados por un acto ilegítimo o por qué existe seria amenaza de que ello suceda, a los efectos de viabilizar la acción de amparo[135].
>
> Debe rechazarse el amparo si no fue definida la relación existente entre el acto atacado -decreto 1609/96- y el riesgo de que se ocasione una lesión a los derechos de incidencia colectiva invocados, ya que esta amenaza, para que habilite la acción, debe ser de tal magnitud que ponga en peligro efectivo e inminente el derecho constitucional invocado[136]

En realidad, no se trata de quitar legitimación procesal, sino de entender que la Constitución Nacional otorga el derecho de amparo sobre los bienes comunes, a todos quienes puedan acreditar la representación adecuada, siempre que, a los fines de la procedencia del amparo, puedan acreditar si los intereses generales han sido lesionados por un acto ilegítimo, o existe amenza cierta de que lo sean.

> La protección de los derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, se encuentra al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 de la Constitución Nacional[137].
>
> La invocación de los derechos de los ahorristas no autoriza la intervención de las autoridades provinciales en los términos del art. 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional, pues no se trata de derechos de incidencia colectiva, ni las autoridades

[134] Fallos, 326:3007.

[135] Fallos, 329:3651, 324:2381, entre otros.

[136] Fallos, 323:1261.

[137] Fallos, 326:3007.

provinciales resultan legitimadas activas de acuerdo al texto constitucional que sólo menciona al afectado, el Defensor del Pueblo, y las asociaciones que propenden a los fines indicados en la norma, sin que se haya alegado que las provincias o sus gobiernos constituyeran una de esas asociaciones[138].

2.3 En consecuencia, entre legitimados procesales que arguyen amenaza o riesgo inminente sobre sus derechos fundamentales, y entidades que representan el interés de los bienes comunes afectados, hay una distancia que comenzó a verse desde los amparos del corralito financiero (año 2002) y que continúa hasta el presente.

Observemos, en materia de legitimación clásicamente se dice que […]:

> El art. 43 de la Constitución Nacional reconoce expresamente legitimación para interponer la acción expedita y rápida de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa, entre ellos, las asociaciones, por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, entre otros, los de incidencia colectiva[139].
>
> La reforma de 1994 introdujo en la Constitución Nacional nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores. y, para ello, amplió el espectro de los sujetos legitimados para interponer la acción de amparo, que tradicionalmente se limitó a aquéllos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual[140].
>
> El constituyente en el art. 43 de la Constitución Nacional entre distintas situaciones, contempló aquella en que la afectación de los derechos comprometidos -por su naturaleza- trae aparejadas consecuencias que repercuten en todos los que se encuentran en una misma categoría, estos agravios tienen un efecto expansivo, de ahí que baste con que se conculquen o desconozcan ciertos derechos a uno solo de los del grupo para que ello incida en el resto, por lo que, sin que esto implique negar capacidad procesal a cada uno de los afectados -enfermos de SIDA- posibilita a una o varias asociaciones el ejercicio monopólico de la acción[141].

La idea inicial fue que, el afectado como persona física o jurídica, individualizada como titular del derecho invocado, era quien podía alegar la amenaza;

138 Fallos, 325:2143.

139 Fallos, 323: 1339.

140 Fallos, 323:1339.

141 Fallos, 323:1339.

pero cuando se tratase de derechos de incidencia colectiva, como los intereses relativos a la protección del ambiente o del consumidor, se debía demostrar la afectación cierta e inminente del derecho, y el impacto actual sobre los bienes que se manifestara como representados.

> Como regla, un daño es abstracto cuando el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes[142].

3. La amenaza en los derechos de incidencia colectiva

3.1 El problema referido en el punto anterior, obligó a la Corte Nacional a tomar postura sostenible, ante el marasmo de juicios de amparo que se fueron suscitando en áreas y derechos distintos, donde la representación de asociaciones y grupos, fueron demostrando la imperiosa necesidad de tener regulado el proceso colectivo.

Como este procedimiento es diferente al amparo, el Alto Tribunal diseño algunas variables de especial atención en el caso "Halabi"[143], que podían servir a los fines de la admisión formal, pero que debían forzarse cuando se analizaban los presupuestos.

En el caso de la amenaza, la Corte dijo […]

> La trascendencia institucional que exhibe el conflicto a que han dado lugar las resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación (*aumentos tarifarios desmedidos*), generando una litigación de características excepcionales, exige de la Corte una rápida decisión que deje en claro -ante la sociedad, ante las diversas autoridades de la Nación y ante el resto de los tribunales- las reglas constitucionales que constituyen las vigas maestras para la resolución de esta clase de procesos, poniendo en ejercicio la jurisdicción que ha calificado como la más alta y eminente, connatural con la responsabilidad institucional que le corresponde como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (art. 108 CN).
>
> La importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia cobra especial importancia en el reclamo relacionado a las tarifas de gas y a los usuarios residenciales ya que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa

142 Fallos, 321:1352.

143 Fallos, 332:111.

> respectiva, y una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo.
>
> Solo respecto de los "usuarios residenciales" es posible sostener que el caso en que se cuestionan las resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación que fijan nuevos precios y tarifas para el servicio de gas involucre un supuesto en el que se encuentre comprometido el acceso a la justicia, en tanto solo en relación a dicho colectivo cabe presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional.
>
> Respecto de los usuarios no residenciales no se ha demostrado, ni resulta de manera evidente de las constancias de autos, que el ejercicio individual de la acción -en la que se reclama a partir de las nuevas tarifas del gas- no aparezca plenamente posible en atención a la entidad de las cuestiones planteadas, lo que impide tener por corroborada, con una certeza mínima, que se encuentre comprometida la garantía de acceso a la justicia que resulta necesaria para habilitar la vía intentada, por lo que los efectos de la sentencia que dicte el Tribunal no pueden alcanzarlos.
>
> Las audiencias públicas con las que se estructuró el derecho de participación reconocido a los usuarios en el caso del servicio de gas constituyen una de las varias maneras de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas pero no son la única alternativa constitucional, en tanto el art. 42 no las prevé ni explícita ni implícitamente, sino que deja en manos del legislador la previsión del mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso[144].

3.2 Quedaron así impuestas las audiencias públicas, como paso previo y necesario a cambios importantes que pudieran afectar servicios públicos, y el costo de los suministros.

Ellas estructuran el derecho de participación reconocido constitucionalmente para intervenir en la toma de decisiones; pero no son la única alternativa dispuesta, pues la garantía que afianza la adecuada protección es, sin lugar a dudas, el juicio de amparo.

No desconocemos el rol esencial del derecho a oír a todos quienes pueden ser protagonistas y alcanzados por una decisión de gobierno, pero la afectación necesita prevenir y anticiparse, y cuando ello se reduce al individuo afectado, sin ver al derecho globalmente sacudido, o potencialmente alterado ante la inminencia, no vemos porqué

144 Fallos, 339:1077.

no se pueda ampliar al derecho de incidencia colectiva, homogéneo y difuso, para que pueda invocar la amenaza cierta como presupuesto particular del amparo colectivo.

> La Corte Suprema de Justicia sostiene […]: "Cuando una asociación promueve una acción de amparo en defensa de un bien colectivo e invoca para ella la legitimación procesal especial reconocida en el art. 43 de la Constitución, debe identificar y describir de manera clara y precisa cuál es el bien de carácter colectivo que se encuentra lesionado o amenazado por aquellos sujetos contra los cuales se dirige la demanda[145].
>
> Cabe hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesto por la provincia demandada, respecto de la Universidad actora que promovió una acción de amparo a fin de que cese la supuesta quema de pastizales, pues ello excede las facultades propias de dicha entidad autónoma, dado que las personas públicas tienen un campo de actuación limitado por su especialidad, sin que pueda fundar su legitimación en la previsión contenida en la parte final del citado artículo 30 de la ley 25.675- que dispone que "toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras del daño ambiental colectivo"-, ya que no puede asumir la gestión de los asuntos ambientales sin invadir las esferas de competencia institucional propias del órgano integrante del Estado Nacional con competencia específica en la materia, cual es, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable[146].

3.3 De todos modos, claudica el cierre absoluto del presupuesto en estudio, cuando se constata que el tribunal cimero encarrila por sendas paralelas, una respuesta que se puede comparar con nuestra propuesta.

En efecto, el Alto Tribunal dice […]:

> Si de los términos de la demanda surge que la actora pretende mediante una amparo colectivo que se adopten las medidas necesarias para hacer frente a la emergencia hídrica en la que se encontraría su ciudad como consecuencia de la falta de un adecuado servicio de distribución de agua potable en cuanto a su cantidad y calidad, los hechos denunciados exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional[147].

[145] Fallos, 340:1614.

[146] Fallos, 337:1447.

[147] Fallos, 342:126.

> Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó in limine la acción de amparo interpuesta por una asociación civil contra el INSSJP con el objeto de que se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.091, pues se persigue la protección de derechos individuales de una pluralidad relevante de sujetos; existe una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo y la pretensión se encuentra enfocada a los efectos comunes del problema que se vincula directamente con el derecho a la salud, presentándose una homogeneidad fáctica y normativa que hace razonable la promoción de la demanda en defensa de los intereses de todos los afectados y justifica el dictado de un pronunciamiento único con efectos expansivos a todo el colectivo involucrado (causa "Halabi", Fallos: 332:111)[148].

4. Urgencia y actualidad

4.1 La actualidad del perjuicio trabaja sobre el molde de lo sucedido que se mantiene constante; pero es cuestionable cuando rechaza la vía por no tener acto lesivo, o considerar que la amenaza es pura especulación. Lo mismo ocurre con la inminencia presentada como hipotética y poco probable. En ambos casos hay otro elemento a verificar: la urgencia del caso.

En el derecho procesal civil la urgencia es un modelo destinado a tutelas especiales, que se pueden configurar dentro de los sistemas cautelares, o como resoluciones sencillas y rápidas de inmediato cumplimiento, salvada una mínima etapa de conocimiento y sustanciación de la pretensión.

4.2 Por su lado el juicio de amparo adaptó la vía tradicional del proceso informativo para encausarlo entre los objetivos de buscar soluciones que se avengan con la rapidez que requiere el nuevo modelo que trae el recurso sencillo y eficaz (art. 25, CADH), es decir, en la naturaleza que tiene el amparo como tutela urgente y necesaria.

La línea argumental tiene antecedentes importantes en fallos de la Corte nacional, que repetidamente venían fortaleciendo el rol judicial de encontrar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben

[148] Fallos, 338:29.

encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional[149].

Precisamente en la casuística de derechos esenciales como la salud, vida y vivienda, entre los alineados al frente, se verifican adecuaciones al amparo de urgencia.

4.3 Obviamente no se trata de sustituir los presupuestos procesales comunes con razones de urgente necesidad en resolver, para no llegar tarde con la sentencia. Pero es un elemento más que se acopla entre los requisitos generales de todos los procesos constitucionales, como son la interpretación constitucional del tribunal y el plazo razonable para concluir el litigio.

> Menciona Berizonce que el Alto Tribunal argentino ha dicho que, el objeto de la demanda de amparo, es la tutela inmediata de los derechos acogidos en la Constitución, que no deben resultar ilusorios o inefectivos. El amparo procura una protección expedita y rápida que emana directamente de la Constitución y obliga a los jueces a examinar las alegaciones de transgresiones manifiestas de los derechos y, en tal caso, expedir las órdenes conducentes a la cesación del perjuicio denunciado, idea central que subyace en el art. 43 CN. Se trata, entonces, de una verdadera y típica tutela procesal diferenciada, bien que desdibujada en la práctica como sistema protectorio. Ese modo singular de actuar de la jurisdicción, más que declarar el derecho hace fehaciente una realidad utilizando para ello vías procesales rápidas y expeditas[150].

Lo importante es trascender el esquema rígido y esquemático que trae el estudio caso por caso de la persona de que se trate, porque de ese modelo solo se consiguen satisfacciones personales. Y cuando lo que está en juego es la Constitución y los derechos humanos, *lato sensu*, es probable que algunos queden sin resguardo.

Este es el marco que impone la justicia de protección.

5. Justicia de protección

149 Fallos, 327:2177, 2413, 2510, entre otros.

150 Berizonce, Roberto Omar, *Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo*, en “Derecho procesal civil actual.” Abeledo-Perrot, Platense. Buenos Aires, 1999, ps…

5.1 La función judicial en los juicios de amparo, además de la propia asignacióin constitucional, agrega un deber social que, sin cambiar el sentido de la decisión, adapta las figuras de la sentencia a modalidades que no suponen, únicamente, aceptar o rechazar la demanda como es el efecto común de los juicios ordinarios.

> Bien dice Acuña Roldán que […]: "Amén de la conciencia de los efectos de sus fallos, los jueces, especialmente los constitucionales, deben cuidarse de entrar en un cálculo de eficiencia entre los derechos y las consecuencias de sus decisiones, pues ello podría implicar el sometimiento de los derechos a un cálculo utilitario que es ajeno a su esencia. En todo caso, si se teme los resultados de las sentencias de los jueces en ciertas materias, concretamente aquellas que tienen que ver con el desarrollo social de los ciudadanos, ello debería ser un llamado de atención a las instancias que en primer lugar deben hacer cumplir los postulados constitucionales" [151].

Es justamente el riesgo del activismo extremado o imprudente el que siembra dudas sobre el rol judicial en la justicia de exagerada protección. En esta medida, la óptica tiene laterales difusos, porque si el desarrollo y progreso del juicio de amparo depende de la tutela judicoal efectiva, se está dejando en manos del Estado, como gestor del gasto público, cualquier resolución judicial que suponga considerar una inversión de solvencia para un acto puntual (v,.gr.: provisión de insumos hospitalarios para la atención de ciudadanos).

5.2 En cambio, si la mirada se pondera con la vara del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad (esto es, la supremacía de Tratados y Convenciones sobre derechos humanos), la actividad judicial tiene amplias y suficientes potestades para desenvolver una tutela diferenciada[152].

[151]. Acuña Roldán, Juan Manuel, *Jurisdicción y derechos sociales en México*, en "Proceso y Constitución", AA.VV. (Osvaldo A. Gozaíni, Director). Ediar, Buenos Aires, 2009, capítulo VII, ps. 455 y ss..

[152]. Muchas de las críticas en torno a la labor de la justicia constitucional en democracia que apuntan a su carácter contramayoritario –dice Acuña Roldán– aguardan aun respuesta, sin embargo, es de remarcar que no todo activismo en materia de derechos resulta tan objetado como el que se da en materia de derechos sociales y por otro lado, cabría realizar el siguiente comentario: el activismo de la jurisdicción constitucional en torno a los derechos sociales y, como consecuencia de ello, en aras de mantener un nivel adecuado de las personas en relación a ciertas condiciones materiales de vida, puede ser interpretado también como un trabajo denodado de esta instancia por preservar las condiciones de la democracia, con lo cual, el activismo judicial, lejos de poder ser considerado antidemocrático, estaría encaminado al mejoramiento de la calidad democrática (ob. cit., p. 458).

Quizá la vara sea la prudencia; objetivar el caso concreto para evitar que se legisle con la sentencia; exhortar a los demás poderes a que actúen con la urgencia y necesidad que se requiere; poner plazos y consecuencias directas si hay omisión, en definitiva, son sentencias constitucionales con sus respectivas modalidades y características, las que exponen el contenido de las decisiones en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

5.3 El devenir jurisprudencial confirma la tendencia. Se ha dicho, por ejemplo, que se debe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo deducida, que ordenó al Estado Nacional -Ministerio de Desarrollo Social- a brindar la información íntegra requerida por la actora referida a determinados datos de las transferencias en gastos corrientes realizadas por la demandada al sector privado en los conceptos de "Ayuda social a las personas" y "Transferencias a Otras Instituciones Culturales y Sociales sin Fines de Lucro" otorgadas durante los años 2006 y 2007, ya que debe prevalecer el principio de máxima divulgación de la información pública, sin perjuicio de que si ulteriormente con base en esta información no sensible, se verificase por parte de un tercero un comportamiento discriminatorio respecto de un beneficiario de un plan social, se le deberá garantizar a éste el recurso a las vías legales adecuadas para -en su caso- impedirlo, hacerlo cesar y obligar a brindar la correspondiente reparación[153].

Si bien no puede afirmarse que exista un deber del Estado de evitar todo daño, esto no implica negar su obligación primaria de brindar protección, siempre que ella sea compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables[154].

> La adecuada protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que este amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen "alterar" los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28)[155].
>
> De acuerdo a la amplitud con que debe entenderse el concepto de familia y a las circunstancias comprobadas de la causa, negar la posibilidad de reclamar y obtener el resarcimiento de un perjuicio acreditado en la causa a quien integraba el núcleo

[153] Fallos, 337:256.

[154] Fallos: 341:1287.

[155] Fallos, 340:1154.

familiar de la persona fallecida, conduce a vulnerar el derecho a la protección integral de la familia (art. 14 bis de la Constitución Nacional[156]

5.4 Igualmente el amparo no procede si el actor, más que buscar la protección de garantías constitucionales lesionadas por un acto estatal de ilegalidad manifiesta, ha intentado valerse de aquel medio con el propósito de que los jueces practiquen una investigación sumaria de los hechos denunciados, que no especifica con precisión. El desempeño de tal actividad instructora es ajeno a los fines con que ha sido incorporado el amparo al derecho público argentino, sin dar lugar a una protección constitucional que no especifica claramente el acto lesivo.

Por ello, aun cuando existiesen normas procesales establecidas para proteger un derecho constitucional transgredido o amenazado ilegalmente, no siempre la protección adecuada surge del curso normal de las mismas.

En ocasiones muy excepcionales, la espera del resultado por esa vía puede entrañar un gravamen irreparable al derecho alegado.

El control de constitucionalidad ha de actuar, entonces, rápiamente en amparo del derecho que se presente con caracteres de tanta evidencia como la transgresión de que es objeto[157], como se ha destacado con anterioridad.

[156] Fallos, 340:1154.

[157] Fallos, 244:68.

CAPÍTULO X

Lesión, alteración y restricción

1. La lesión constitucional

1.1 Todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares es materia objeto del juicio de amparo siempre que esas actitudes *"lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*" los derechos constitucionales reconocidos, implícitos, o provenientes de leyes y tratados.

Debe precisarse en esta etapa la calidad del acto lesivo (arbitrario o ilegítimo) y la forma como se produce la afectación. La arbitrariedad es exceso de poder, y la ilegitmidad es actuar contra la ley. Estos últimos son enclaves de los próximos capitulos.

Lesión es un término genérico que significa y atrapa un cúmulo de situaciones afligentes que van desde el daño físico a otras formas de afectación individual o colectiva. *Lato sensu* es un perjuicio de cualquier índole, que para tener vía estable en el amparo, necesita estar relacionado con un derecho constitucionalmente protegido.

> Una de las primeras voces autorizadas que explicó la ley de amparo, sostuvo que el perjuicio referido en la voz "lesión", debía calificarse conforme fuera real, efectivo, tangible, concreto e ineludible[158]

1.2 De este modo, mientras lesionar supone ocasionar un daño específico; la *alteración* se vincula con cambios o transformaciones generados en el derecho fundamental. De su lado, la *restricción* significa, reducir, disminuir, impedir o limitar el ejercicio de la garantía consagrada.

[158] Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo.* La Ley, Buenos Aires, 1967, ps. 243 y ss.

Todos los presupuestos trabajan armónicamente, sin requerir que un mismo acto produzca todos los efectos perniciosos que se establecen para la admisibilidad. Por eso hubiera sido suficiente con afirmar la procedencia del amparo ante el acto lesivo o la amenaza de producción.

En suma, para suscitar el ejercicio de la jurisdicción en virtud de la lesión a derechos individuales o de incidencia colectiva, es exigible la demostración de la relación existente entre el acto presuntamente lesivo y los intereses que se intenta proteger.

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar al amparo justificando la prescindencia del trámite administrativo por no resultar éste "auténticamente operativo¨ para enfrentar el acto lesivo, si no ha quedado demostrada la ineficiencia de los procedimientos ordinarios para obtener la tutuela de los derechos que se dicen vulnerados pues el amparo no tiene por finalidad obviar o urgir el trámite de los procedimientos administrativos legal o reglamentariamente previstos para el logro del resultado que con él se procura, ni es apto para autorizar a los jueces a irrumpir en asuntos ajenos a la jurisdicción que por ley tienen conferida; sin que resulte válido para justificar la omisión de la utilización de aquéllos, el argumento del peligro en la demora y menos aún, la sola presunción de que el trámite sería ineficaz pues ello vuelve por sí inexistente o inidónea aquella instancia[159].

2. Lesión constitucional

2.1 El acto o hecho lesivo debe ser de claro impacto en la Norma Fundamental o en los derechos que vienen agregados por Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos. Se amplía notoriamente el espacio normativo ocupado en la tradición conceptual de la ley 16.986, y da la bienvenida a otros derechos individuales, antes solo receptados en el derecho de fondo.

> Adelina Loianno afirma que […]: "Entre las grandes transformaciones que introduce el Código Civil y Comercial de la Nación que comenzó a regir el 1° de agosto de 2015, y es un aspecto que influirá esencialmente en su futura interpretación, resulta la introducción de un sistema de fuentes muy distinto al que identificaba al Código de Vélez; novedad que se produce como consecuencia de lo que ha dado en llamarse la "constitucionalización del

[159] Fallos: 311:1313.

> derecho civil"[160] que no es otra cosa que interpretación y aplicación de las normas civiles (y comerciales) bajo el prisma de la constitución y de los tratados internacionales -especialmente de derechos humanos- en los que la Nación Argentina sea parte. La ruptura de los prototipos que conformaron históricamente la base de sustentación de las normas civiles inició mucho antes de que fuera encarada la reforma civil, y comenzó para el derecho argentino en la materia constitucional a partir de la Reforma de 1994 que introdujo un nuevo esquema de supremacía al jerarquizar once documentos internacionales en materia de derechos humanos. Pero si la reforma constitucional tuvo una influencia sustancial en el quiebre de paradigmas, permitiendo superar la perspectiva doméstica en materia de derechos fundamentales, fue porque antes el camino fue trazado por el derecho internacional de los derechos humanos que, desde el modesto lugar de las primeras Declaraciones, Americana y Universal, hasta el más comprometido de los Pactos y Convenciones, fue convenciendo a la comunidad internacional y a los Estados en particular, de la necesidad de establecer estándares comunes que permitieran el respeto y garantía de los derechos de las personas bajo cualquier régimen jurídico o político, en cualquier circunstancia incluso de emergencia o crisis y sobre todo al debilitar los márgenes de la soberanía cuando se trata de proteger y hacer efectivos esos derechos[161].

2.2 El problema aparece con cierta vaguedad interpretativa, en razón de que el permiso de entrada constitucional fue estableciendo modalidades de amparo por materia a resolver, dando a la técnica del procedimiento alguna dispersión. Es el caso de los amparos en materia de salud; o el llamado amparo sindical; también los que surgen de los artículos 41 de la Constitución (amparo ambiental) y 42 (amparo en las relaciones de consumo).

Desde nuestra perspectiva, tanto el artículo 43 que disciplina el derecho a la tutela judicial efectiva, como la fuente de los artículos 8 y 25 de la CADH, admiten al juicio de amparo en el sendero de los derechos objetivos, que no necesitan de ley reglamentaria porque son fuentes directamente operativas.

Precisamente, porque son derechos fundamentales cuya garantía esencial asienta en dos direcciones: 1) la protección de las personas y, 2) la tutela efectiva de los

[160] Corral Talciano, Hernan, *Algunas Reflexiones sobre la Constitucionalización del Derecho Privado,* Derecho Mayor, Universidad Mayor, N° 3, octubre 2004, Temuco, Chile, p. 47/63. También Alegre Marcelo, *A propósito de la reforma del Código Civil,* en Revista Pensar en Derecho N° 0, año 1, 2012, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, ps. 57 y ss.

[161] Loianno, Adelina, *La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nacion*, en "Cuestiones procesales del Código Civil y Comercial de la Nación (Necesidad de armonizar y unificar las reglas técnicas)" (Osvaldo A. Gozaíni, Director). Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2018,

derechos constitucionales, es que al juicio de amparo se lo ha vuelto directo y únicamente sujeto al cumplimiento de demostrar la gravedad del acto lesivo.

3. Alteración de derechos y garantías

3.1 Cuando un derecho constitucional queda alterado en su eficacia por la aplicación equívoca que de él se realiza, se produce el acto lesivo que admite la procedencia del amparo. No obstante, la razón de ser del proceso garantista, no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen las funciones que la ley les encomienda, sino proveer un remedio adecuado contra la arbitrariedad de sus actos, que puedan estar en el reducto de la lesión constitucional que incluye la restricción o la alteración[162].

La dimensión del precepto puede trabajar con la guía del principio *alterum non laedere*, tomado con la amplitud que se necesita para fijar los límites del ejercicio del poder.

> El legislador podrá hacer que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente; los jueces, investigando la intención de aquél podrán, a su vez, atribuir a la ley ese mismo efecto, pero ni el legislador ni el juez pueden en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, ya que en ese caso el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad[163].

3.2 El reducto del amparo impide actuar contra la arbitrariedad judicial, que en su caso, se controla con el recurso extraordinario federal. Es en estas situaciones cuando la propia jurisprudencia aclara que, un pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos en la causa es incompatible con las garantías de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, pues el juzgador no puede convertirse en intérprete de la voluntad implícita de una de las partes sin alterar, de tal modo, el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria.

[162] Fallos, 327:4837; 325:28, entre otros.

[163] Fallos, 326:417.

En otras legislaciones se tolera el amparo contra resoluciones judiciales, donde actúa como recurso (México, Colombia, Perú, etc,.), pero en nuestro país, las declaraciones, derechos y garantías que se ordenan para todas las personas, no son simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que los contienen posee fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlos en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto.

Si lo hacen, la revisión del acto no es suceptible de amparo; pero si se trata de particulares o de autoridades pùblicas, el proceso constitucional remedia la alteración de los derechos fundamentales.

> La limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas -por más aberrantes que puedan ser- como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone que se haya establecido previamente esa calidad[164].

3.3 Algunos casos de alteración constitucional se muestran seguidamente […]:

Alterar el régimen de excepción impuesto a los depósitos por las normas de emergencia, que fueron dictadas por razones de interés general en un momento de grave emergencia nacional, conduciría a consagrar una excepción violatoria de la igualdad de trato que impone la Constitución Nacional entre quienes se encuentran en condiciones semejantes, y aún en desmedro de quienes se hallaban, inicialmente, en posición más ventajosa (disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López)[165].

Otras veces se repite la interpretación que aplica el principio de irretroactividad de la ley, al sostener que […]

> Ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, ya

[164] Fallos: 321:3630.

[165] Fallos, 320:1414

> que en este caso el principio de no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema[166].

Se recuerda también el famoso caso de violación a la intimidad cuando se publicaron fotos del cuerpo muerto de Ricardo Balbín. Allí la Corte nacional sostuvo que […]: "La garantía constitucional de la libertad de imprenta radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombre gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir, pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal, o de quienes se proponen violentar el derecho constitucional respecto a las instituciones de la República, o alterar el bienestar general o la paz y seguridad del país o afectar las declaraciones, derechos y garantías de que gozan todos los habitantes de la Nación (voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio)[167].

4. Restricciones ilegales o arbitrarias

4.1 Las restricciones que se pueden demandar en el juicio de amparo dependen del sujeto que las produce. La veda resulta para las decisiones jurisdiccionales, que al caer en el ámbito de la arbitrariedad, son de las que generan mayor debate y desacuerdos.

Si bien no hay una guía que oriente sobre la serie posible de restricciones que se pueden suscitar, la jurisprudencia sostiene que no hay derechos absolutos, los que se pueden reglamentar sin restringir otros derechos o garantías.

En las relaciones privadas, la libertad contractual se debe ejercitar sin abuso ni aprovechamientos de situaciones dominantes, las que de invocarse, requieren justificación con los hechos, y con un equilibrado argumento. Por ejemplo, en una relacion jurídica contractual, la calificación de las cláusulas predispuestas puede llevar al campo de la restricción constitucional de derechos, de modo que esa eventual limitacion al derecho de propiedad, se considera un evento extraordinario que exige fundamentación.

166 Fallos, 320:1542.

167 Fallos, 306:1892 ("Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.", 1984).

> Es regla de interpretación que todo aquel que pretenda restringir un derecho de propiedad constitucional tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión. Este es el efecto jurídico preciso de la calificación del contrato dentro del concepto de propiedad constitucional, ya que la regla es la libertad, mientras toda limitación es una excepción que debe ser fundada[168].

4.2 La restricción reglamentaria no solo es inconstitucional, sino que también sucede cuando hay omision legislativa que deja inerte a la garantía consagrada.

La protección de los intereses económicos de los usuarios tiene resguardo constitucional, por eso, ante la ausencia de norma con rango de ley que limite la reparación de los daños causados por las distribuidoras de energía eléctrica a sus usuarios, no cabe restringir su alcance por vía reglamentaria o contractual, reduciéndola al costo estimado del producto no suministrado[169].

> Si la ley del impuesto al valor agregado eximía "el transporte de cargas y personas" -definición en la que estaba incluida la actividad de traslado terrestre de paquetes y encomiendas, pre y post aéreo de la actora-, el Poder Ejecutivo no estaba facultado para restringir esa exención como lo hizo mediante el decreto 879/92, cuya inconstitucionalidad resulta entonces manifiesta, sin que altere esta conclusión la circunstancia de que en los fundamentos del mismo se invoquen razones de necesidad y urgencia ya que las mismas no pueden justificar que el Poder Ejecutivo establezca cargas tributarias en abierta violación al principio de legalidad, criterio que ha sido ratificado por lo establecido en el art. 99, inc 3°, de la Constitución Nacional, tras la reforma del año 1994[170].
>
> En cambio, si la restricción proviene de la actividad jurisdiccional la vía para cuestionarla es el recurso extraordinario. En este aspecto se aclara que se debe plantear contra la sentencia que rechazó la acción promovida por la empresa actora contra una municipalidad a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la pretensión de ésta última de gravarla con el denominado "derecho de ocupación o uso de espacios públicos". Se ha resuelto que el remedio es procedente por cuanto, aun cuando no se haya interpuesto queja, la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio justifica que se consideren también los agravios referentes a la arbitrariedad del fallo, toda vez que no fueron objeto de desestimación expresa por parte de la cámara, circunstancia que no puede tener por efecto restringir el derecho de la parte recurrente, y al aducirse en el recurso extraordinario

[168] Fallos, 329:5913.

[169] Fallos: 328:651.

[170] Fallos, 334:763.

> la diferente interpretación de una norma federal y el vicio de sentencia arbitraria, este último planteo debe ser considerado en primer término puesto que, de existir la arbitrariedad alegada, no habría sentencia propiamente dicha[171].

4.3 La restricción debe ser actual. No se permite la hipótesis ni la imvocación de ella cuando hubiera cesado. El presupuesto es la vigencia y contemporaneidad con el amparo, la que debe subsistir hasta el tiempo de dictar sentencia.

No obstante se ha dicho […]:

> Aunque haya finalizado el conflicto colectivo suscitado entre la Provincia de Buenos Aires y su personal, que motivó la intervención de la autoridad laboral, las cuestiones planteadas en la causa no se tornaron abstractas, pues persiste un interés jurídico actual y concreto que habilita a emitir un pronunciamiento útil, en tanto el fallo dictado le reconoció al Ministerio de Trabajo la atribución de seguir implementando procedimientos de conciliación y arbitraje hasta tanto el estado provincial instituya el órgano imparcial previsto en la constitución local[172].

[171] Fallos, 337:88.

[172] CS, "Asociación de Trabajadores del Estado c/ Fisco de la provincia de Buenos Aires s/ apelacion de resolucion administrativa". Sentencia del 17 de diciembre de 2019.

CAPÍTULO XI

La arbitrariedad manifiesta

1. Conceptos generales

1.1 Los presupuestos de *ilegalidad, arbitrariedad y manifiesta* aparecen en el artículo 43 reiterando las premisas conocidas en leyes de amparo precedentes. Ninguno de estos conceptos es sinónimo, pero aplicarlos aisladamente puede originar graves desavenencias, naturalmente contrarias al sentido de unidad que tiene cualquier ordenamiento jurídico.

El emplazamiento de la ilegalidad y la arbitrariedad en un mismo terreno es discutido, teniendo defensores y resistencias en ambos bandos, lo cual es útil para la definición dogmática, y bastante relativa al tiempo de decidir sobre la admisión del amparo.

Por ello, no obstante las apreciaciones necesarias que distinguen los conceptos frente a la vaguedad como se expresan, queda siempre la posibilidad de utilizar interpretaciones abiertas, que le permitan al juez valorar el acto lesivo y responder criteriosamente al amparo que se le deduce.

1.2 La jurisprudencia -y también alguna doctrina- es proclive a unificar ambos presupuestos, pese a que entre ellos haya distancias de significados y conceptos, de allí que en repetidas oportunidades se diga que […]

> La acción de amparo constituye un remedio de excepción y es inadmisible cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna requiere amplitud de debate y de prueba, extremos cuya demostración es decisiva para su procedencia, por lo que si bien dicha acción es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta

> aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal[173].

Esta unificación del presupuesto se lee como si fueran conceptos abiertos a la interpretación. No importa que la arbitrariedad pueda tener fuente normativa vigente; o que la ilegalidad del hecho o el acto sea producto de un desvío en la toma de decisiones.

De este modo, la sola voluntad del juzgador es la que califica la tipicidad del acto lesivo, llevando esa misma disquisición flexible, a una posible contradicción con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (cuando se habla de ilegalidad) o con las conductas (cuando se trata de arbitrariedad), ocasionando que la propia admisión del amparo pueda quedar descalificada con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad.

Por ejemplo […]

> Si bien por vía de principio el examen de las condiciones vinculadas con la admisibilidad o viabilidad del amparo constituye materia reservada a los jueces de la causa -y, en cuanto tal, ajena a la revisión por vía del recurso extraordinario-, ello no obsta a que se haga excepción a la misma regla cuando lo resuelto ha supuesto un ejercicio irrazonable de las aludidas potestades, al punto de consagrar una solución que no puede ser considerada como la necesaria derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias del caso, extremo que habilita a la descalificación del pronunciamiento con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. En el caso, la Alzada, para acoger el amparo articulado en autos, ha partido de una tesis que no aparece suficientemente justificada -chocando por su consecuente dogmatismo con las exigencias de fundamentación derivadas del artículo 95 de la Carta Magna provincial-, que se vincula concretamente con la postulada concurrencia efectiva de un manifiesto vicio de arbitrariedad e ilegalidad en la sucesión de actos que condujeron a la rescisión de los contratos celebrados oportunamente entre las partes en litigio, tesis ésta que no puede ser compartida desde un análisis del caso ajustado a los principios rectores del mismo[174].

Como la regla que se sustenta unifica ilegalidad con arbitrariedad, ambas se deben relacionar con las circunstancias comprobadas en la causa, y si en ellas no quedan en evidencia los presupuestos; o estos no demuestran manifiestamente la lesión cierta o

[173] Fallos, 331:1502.

[174] Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe, sentencia del 15 de Mayo de 2002, en autos: “Aranguren, Fabricio O. c/ Colegio de Escribanos de la Pcia. De Santa Fe s/ Recurso de inconstitucionalidad-Amparo (Expte. C.S.J. Nº 122 Año 2001). Id SAIJ: FA02090149.

ineludible causada con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, la admisión del amparo sufre una gran incertidumbre.

2. Concepto de arbitrariedad

2.1 Una cosa es la conducta arbitraria que denota el acto lesivo, y otra distinta la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias. Se aclara, no obstante, que el objeto de ambos es corregir los defectos graves de fundamentación o razonamiento, por la manifiesta carencia de motivos que tornen ilusorio, sea el derecho de que se trate o la garantía conculcada. Como se trata de vicios de interpretacion y aplicación, tanto en el amparo como en el recurso extraordinario, solo se atienden supuestos de gravedad extrema en los que se verifique un apartamiento palmario de la solución prevista en la ley.

2.2 Pueden encontrarse casos de arbitrariedad en la vía de hecho o en el acto cuestionado que se aparta inequívocamente del derecho vigente; o cuando la decisión adoptada supone alterar el orden legal por ser una derivación poco razonable del sistema en relación con las circunstancias que se ponderan; o por aplicar una norma inexistente o sin vigencia; o destinar una consecuencia jurídica de impacto en los derechos individuales o colectivos basándose en una apreciación personal sin el debido sustento normativo; en fin, estas y muchas más constituyen supuestos de arbitrariedad

La contracara, entonces, es la razonabilidad y el imperio de la ley. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad, por eso la armonía impide la discrecionalidad absoluta, así como determina que las soluciones (actos o hechos) que se aplican deben estar sostenidas por el derecho positivo y no solo con principios invocados de cierta ambigüedad lógica.

> La declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación violenta el derecho o la garantía constitucional invocados, principio que debe aplicarse con criterio estricto cuando la inconstitucionalidad se plantea por la vía excepcional de la acción de amparo y la arbitrariedad e ilegalidad

> invocada requiere de actividad probatoria significativa, precisamente por no ser manifiesta[175].

Es también un límite a la discrecionalidad de la administración, porqué invocar la satisfacción del interés público no basta para declarar legítimo el acto que se contradice en el amparo; la validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico, y con la justicia implícita, siendo arbitraria la conducta o el acto que se impone con argumentos sin justificación razonable.

> El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.
>
> De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho, y b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad[176].

2.3 Cuando en el juicio de amparo se hecha mano a la arbitrariedad es para contrarrestarla. No se admite el acto sin justificación o una mínima motivación que exceda las razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Lo puramente discrecional, sin fuente normativa, es causal de repudio constitucional por el amparo. Lo que define la arbitrariedad es la inexistencia o inexactitud de los hechos y los argumentos de derecho sobre los que se funda un acto o se decide un hecho.

> En buena cuenta, la discrecionalidad queda sujeta a las siguientes limitaciones: a) en los casos de los grados de discrecionalidad mayor la intervención jurisdiccional se orienta a corroborar la existencia, el tiempo de ejercicio permitido, la extensión espacial y material, así como la forma de manifestación jurídica constitucional o legal de dicha prerrogativa de la libre decisión y el cumplimiento de las formalidades procesales; b) en los casos de los

[175] Fallos, 338:1444.

[176] Tribunal Constitucional (Perú) sentencia del 5 de julio de 2004 en Expediente nº 0090-2004.

> grados de discrecionalidad intermedia y menor aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad[177].

3. Lo arbitrario como supuesto de ilegitimidad

3.1 En materia procesal lo arbitrario se revierte con la revisión judicial, teniendo varías líneas de atención que analizan los supuestos creados por la doctrina y la jurisprudencia; en cambio, cuando se trata de imputar arbitrariedad al hecho o acto lesivo de derechos fundamentales, se suma la coincidencia general que tiene esa calificación.

Es decir que no basta con el criterio personal que aprecia en tal sentido la conducta desenvuelta; se exige algo más, como es identificar el consenso social que acepta dicha interpretación.

Cuando una norma o una conducta no tiene recepción general de la población alcanzada, podrá existir la ley o se tendrán justificaciones para el acto, pero ambos no tendrán la legitimidad que otorga el beneplácito global.

3.2 Es cierto, como señalamos al comenzar el capítulo, que arbitrariedad, ilegalidad y, ahora, ilegitimidad, son expresiones que muchas veces se suman y unifican en el criterio de admisión del amparo, pero también es verdad que todos ellos necesitan ser manifiestos o evidentes, pues la lectura individual no sostiene el fundamento para tramitar el juicio.

Quiere decir que el amparo puede basarse únicamente en la arbitrariedad manifiesta, superando el principio de aplicación inmediata de la ley. En este sentido, la Corte Suprema reitera el estándar al sostener, entre otros casos, que […]

> Si bien la designación de profesores universitarios, así como los procedimientos arbitrados para la selección del cuerpo docente no admiten revisión judicial por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la universidad, esa regla cede cuando los actos administrativos impugnados en el ámbito judicial están afectados por arbitrariedad manifiesta[178].

[177] Ibídem.

[178] Fallos, 342:271.

En consecuencia, el amparo no es la vía para polemizar sobre la aplicación de normas o actos que se ejecutan conforme a un dispositivo legal que los apoye; pero el permiso se concede cuando ellos carecen de los requisitos que lo sustenten válidamente como tal, en razón de la arbitrariedad manifiesta que se motive con suficiencia.

> La negativa de la obra social a hacerse cargo del costo de la prestación de fertilización asistida con diagnóstico genético preimplantacional (DGP) no puede ser considerada un acto u omisión teñido de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que permita tener por configurados los requisitos de procedencia del amparo según el art. 43 de la Constitución Nacional, en la medida en que no existe una norma específica que le imponga tal obligación (art. 19 ídem)[179].
>
> La existencia de una vía legal adecuada para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la admisibilidad del amparo, pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes, regla que ha sustentado la Corte cuando las circunstancias comprobadas en la causa evidencian que no aparece nítida una lesión cierta o ineludible causada con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, o el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto[180].
>
> Revisar la decisión que declaró inconstitucional la normativa que crea la categoría "cigarrillo más vendido" y fijar el nivel mínimo de tributación de los restantes, implica analizar la aplicación del impuesto interno y el adicional de emergencia sobre el precio de venta de los cigarrillos, por lo cual, los planteos de inconstitucionalidad de la normativa requiere mayor debate y prueba, exigencias ajenas por definición a la vía de acción de amparo, y al no advertirse la ilegalidad y arbitrariedad manifiesta requerida para justificar la vía procesal intentada, corresponde rechazar la acción de amparo[181].

3.3 En síntesis, el concepto de arbitrariedad cuando se trata de un acto administrativo contradicho en un juicio de amparo, alude no solamente a actos contra la ley sino también contra el derecho fundamental que está ínsito en los principios constitucionales sobre garantías individuales, en la declaración de los derechos humanos, y en las reglas de lógica jurídica aplicables a esos derechos fundamentales.

[179] Fallos, 338:779.

[180] Fallos, 331:1403.

[181] Fallos, 330:5064

La arbitrariedad concluye en el sentido de falta de justicia, o de evitar que se convalide una conducta injusta. En la medida que “arbitrariedad” e “ilegitimidad” (esto es, injusticia), la acción de amparo puede ser instrumentada para cuestionar un mayor número de actos u omisiones.

CAPÍTULO XII

La ilegalidad evidente

1. Concepto

1.1 Ilegalidad supone actuar en contra de la ley, y por tanto es ilícito el acto o el hecho que se aparta de la norma. Para que ellos tengan dicho carácter, se requiere actividad y concreción; pero también puede surgir de la amenaza, o ante la inminencia comprobada que manifiesta la posibilidad de agresión. La ilegalidad tiene así un rostro posible, y otro fortuito, pero ambos se combaten a través del instituto del amparo.

Ahora bien, la ilegalidad por sí sola autoriza la defensa de la Constitución, por la cual se persigue retornar a un estado normal de las cosas, en tanto es ilegal, justamente, "lo contrario a derecho".

Pero la ilegalidad puede ser manifiesta, es decir, evidente, indudable, absolutamente clara, ausente de incertidumbre alguna; o bien ser producto de una interpretación especulativa, equívoca, irracional, de ostensible error, de palmario vicio en la inteligencia asignada, casos en los cuales, dicha ilegalidad asume la forma de arbitrariedad, como recién vimos.

Lo cierto es que la ilegalidad manifiesta, sea o no arbitraria, encuentra en el artícuo 43 constitucional un nuevo integrante en la familia de actos lesivos posibles de provocar el juicio de amparo.

1.2 Lo ilegal no se debe confundir con lo ilegítimo, no siendo posible usar la vía del amparo por considerar que existe apartamiento de las normas vigentes con la sola mención de motivos que no cuentan con más prueba que la simple afectación personal.

En tal caso, se podría alegar ilegitimidad pero nunca violación a la ley, considerando inaceptable que se pueda admitir el amparo cuando la razón de pedir se sustenta en una iapreciación personal de los términos legales, por la cual se entiende que hay ilegitimidad. En todo caso, esto sería para el amparista un obrar en contra de sus propios actos, pues debiera respetar la vigencia de sus preceptos y accionar conforme a derecho.

> Se afirma, por ejemplo que […]: "La medida cautelar de suspensión de los efectos del decreto 1638/12 y de la resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación 37.160/12 aparece como un remedio desproporcionado a la naturaleza y relevancia de la hipotética ilegitimidad que se denuncia, no solo por la falta de adecuación entre la violación constitucional alegada y las consecuencias de la medida dispuesta, sino también porque, en la tarea de ponderación, la cámara debió haber tenido en cuenta que una cautelar que suspende la vigencia de las normas mencionadas y ordena a la par la adopción de un sistema determinado de comprobación de idoneidad técnica, tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia debió ser evaluada con criterios especialmente estrictos que la cámara no aplicó"[182].

2. Actuación contraria a la ley

2.1 La primera protección que el amparo dispensa comienza con los derechos constitucionales afectados. La Norma Fundamental no es un programa de acción, sino un conjunto normativo que se tutela sobre la base del principio de supremacía.

Como en los presupuestos que preceden, el juicio constitucional únicamente prosigue si la tutela que se peticiona consiste en un derecho constitucional violado en forma manifiesta; siendo inadmisible, en cambio, cuando el vicio que compromete garantías constitucionales no resulta con evidencia, y la dilucidación del conflicto exige una mayor amplitud de debate y prueba.

Para alegar la garantía del amparo no es suficiente con la invocación de derechos fundamentales en forma genérica, pues, de ser así, toda actividad humana estaría comprendida en esa categoría. Por el contrario, es necesario aportar evidencia clara y directa sobre la existencia de la idoneidad requerida por la Constitución[183].

[182] Fallos, 337:1420.

[183] Fallos, 330:2877.

La aplicación contraria significa usar el estándar del artículo 14 de la ley 48, que se colige como una cuestión federal directa cuando la norma constitucional se aplica en sentido inverso al que ella determina.

> Los agravios vinculados con la interpretación y aplicación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso consagradas por el artículo 18 de laConstitución Nacional suscitan cuestión federal, si la decisión apelada ha sido contraria a los derechos que, a criterio del recurrente, tales principios aseguran (art. 14 de la ley 48)[184].

2.2 También puede ocurrir que la fundamentación se apoye en una inteligencia particular sobre los efectos que la norma produce, tomando de ellos el supuesto de ilegalidad. Sin embargo, los casos de reglamentación tienen posturas diferentes.

La Corte Nacional ha dicho […]

> Si el Poder Ejecutivo reglamenta normas dirigidas a restablecer derechos de las fuerzas armadas, fijando el procedimiento para restitución de créditos, o bien para el otorgamiento de ascensos de grados, o para quienes no pudieran ser promovidos en razón de la jerarquía que poseían, disponiendo que se haga una inscripción en el legajo personal, haciendo constar su destacada conducta en el cumplimiento de su deber militar, o en su actuación para el mantenimiento o restitución de autoridades constitucionales; no resulta esta norma reglamentaria contraria al espíritu de la ley ni al principio consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional[185].
>
> En cambio, si se debe resolver sobre la vida de una persona menor, la utilización ciega de la letra de la ley, huérfana de otra compañía que avale la prudencia de la decisión, en función de lo más conveniente para ese pequeño en particular, tiñe la actuación jurisdiccional de arbitrariedad, pues es claro que los textos positivos deben contrastarse con los antecedentes de hecho, máxime en asuntos en los que el interés del niño -de rango superior-, opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquél[186].

184 Fallos, 338:875.

185 Fallos, 310:2096.

186 Fallos, 331:941.

2.3 La norma que se invoca como argumento central del hecho o acto que se cuestione, puede llegar de Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, en cuyo caso se usará el mismo control del caso federal, toda vez que se trata de verificar la compatibilidad constitucional de una norma que integra una ley que se autodefine como reglamentaria de un derecho o garantía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la conducta impugnada a resuelto en sentido contrario al derecho que fundamenta el amparo.

> Procede formalmente el recurso si se cuestionó la validez temporal de la ley penal establecida en el art. 2 del Código Penal de la Nación, con remisión al principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, y el principio de aplicación de la ley más benigna, consagrado en los arts. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la decisión fue contraria al derecho que el recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48)[187].

El control de convencionalidad es una forma de proyectar la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero al ser una función consecuencia de la actividad que los organismos cumplen, se plantea el dilema de aceptar cuanto ellos dicen y aplican, en toda la extensión que resuelven.

La Corte Interamericana, a sabiendas de este compromiso, ha dicho que […]

> 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 Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones 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 ejercer una especie de "*control de convencionalidad*" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, 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[188].

187 Fallos, 331:472.

188 Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Ssentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C n° 154, párr. 124; Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay* Supervisión de cumplimiento de sentencia; considerando 66.

2.4 A veces, la actuación contraria al espíritu de la norma sucede por omisión voluntaria o exceso discrecional de la autoridad pública. Remitimos a lo expuesto en su lugar, pero es un formato más de admisión, aunque tenga muchas reservas.

En tal sentido […]

> La procedencia de la acción de amparo -por omisión de autoridad pública -interpuesta por el actor con el objeto de que no se disponga de sus aportes voluntarios ingresados al régimen de capitalización individual, resulta de la falta de implementación ante la existencia de un mandato legislativo expreso, que constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual -y por los últimos seis años, desde que la ley 26.425 fue promulgada- los derechos constitucionales del actor, máxime si se considera el carácter netamente alimentario del objeto de este litigio, que afecta a uno de los grupos vulnerables definidos por nuestra Constitución como sujetos de preferente protección por los poderes constituidos (art. 75 inc. 23)[189].

3. Ilegalidad técnica

3.1 Nos referimos en el acápite a la violación de las formas que se implementan en un procedimiento cuaquiera, para garantizar el derecho a ser oído, la defensa en juicio, y el derecho a tener una decisión suficientemente fundada.

En materia procesal son los llamados vicios de procedimiento, que alteran al debido proceso en conjunto, y que pueden ser motivo de amparo con algunas limitaciones.

> Corresponde confirmar la sentencia que rechazó el amparo deducido contra la revocación de la adjudicación de una licencia para la instalación y explotación de un servicio de radiodifusión, pues el apelante no descartó inequívocamente la existencia de vicios en el procedimiento ni se hizo cargo de la invocada omisión del respeto del principio de igualdad en la adjudicación de las licencias y la insuficiente motivación de los actos[190].

La más importante proviene del impedimento para usar al amparo como remedio o recurso contra las providencias judiciales; y también, contra aquellos actos administrativos que tienen previsto un trámite especial de revisión judicial.

La Corte Suprema argentina, inveteradamente, sostiene que […]

189 Fallos, 337:1564.

190 Fallos, 326:3316.

> El amparo no es admisible cuando existen recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate[191].

3.2 Esta limitacion muestra una asimetría notable en el derecho latinoamericano, porque darle al amparo el uso de herramienta contra los defectos de procedimiento, no es común, en la medida que no todos aceptan que se pueda aplicar como recurso contra decisiones judiciales. Igual asimetría surge cuando el amparo se interpone contra actos de particulares.

> Para Nogueira Alcalá […] "el derecho de amparo, protección o tutela de derechos fundamentales puede ofrecer varios tipos de procedimientos que requieren de regulaciones específicas, teniendo una base o piso común en los principios del debido proceso o racional y justo procedimiento, según el lenguaje de nuestra Carta Fundamental (Chile), en su artículo 19 N° 3 o de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta diversidad está dada por: a) Amparo, protección o tutela contra actos u omisiones de autoridades públicas o particulares (acción o recurso de amparo, tutela o protección); b) hábeas Corpus; c) hábeas Data; d) Inaplicabilidad por inconstitucionalidad de leyes; e) Impugnación contra sentencias judiciales; f) El amparo colectivo por los derechos de incidencia general; g) La indemnización por error judicial; h) La reclamación por pérdida o desconocimiento de nacionalidad. Cada uno de ellos según los países y casos tiene un procedimiento y trámite determinado"[192].

Sin embargo, la prohibición no es tan severa. En efecto, cuando la protección efectiva de los derechos quedan alterados con evidencia en el trámite administrativo, provocando que el vicio impacte en el derecho de defensa en juicio, y no caben recursos idóneos, paralelos o concurrentes, la vía del amparo se abre como garantía.

Vale decir que se puede intentar el remedio constitucional, cuando la decisión respectiva se aparta notablemente de las constancias de la causa, conduce a una restricción sustancial de la vía judicial utilizada sin fundamentación idónea y se traduce en una violación a la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

191 Fallos, 278:111, entre muchos más.

192 Nogueira Alcalá, Humberto, *El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano,* Revista Ius et Praxis nº 13 (1), Santiago, 2007. ps. 75 y ss.

> La circunstancia de que la actora tiene 71 años y que, tanto ella como su cónyuge se ven obligados a cambiar sus "médicos de confianza" colocándoselos "a la fuerza" dentro de un sistema de salud totalmente deficitario como es el del PAMI, y la naturaleza asistencial de la cuestión debatida, hacen que la acción de amparo aparezca, al menos *prima facie*, como la vía judicial más idónea para remediar la situación, por lo cual requiere una interpretación que no frustre su uso atendiendo sólo a razones formales[193].

3.3 No podemos decir que sea la ilegalidad técnica un supuesto constitucional, pero es visible y notorio que las restricciones a tener una vía de reclamo, cercena el derecho a tener un proceso de revisión plena.

En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en el Pacto de San José, en la Constitución o en las leyes[194].

Asimismo, el mismo tribunal ha establecido que para que un recurso sea efectivo, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. En virtud de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales[195].

[193] Fallos, 324:3074.

[194] Cfr. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C Nº. 227, párr. 127; Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C Nº 228, párr. 95; Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C Nº 234, párr. 200; Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C Nº 242, párr. 107; Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Serie C Nº. 223, párr. 75, entre otros.

[195] Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C Nº 293, párr. 314; Caso Duque vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C Nº 322, párr. 149; Caso Flor Freire vs. Ecuador.

CAPÍTULO XIII

La ilegitimidad del acto

1. Legitimidad de origen y de ejercicio

1.1 La apertura del amparo exige que el acto lesivo sea arbitrario, o de ilegalidad maifiesta, pero también son reiteradas las ocasiones en que se usa el estándar de la ilegitimidad.

Ya vimos en capítulos anteriores como se comunica el requisito con los presupuestos del artículo 43 constitucional, que prácticamente, repiten todas las leyes de amparo. Coresponde ver ahora si la ilegitimidad puede funcionar con autonomía.

La Corte Interamericana ha establecido que la ilegitimidad tiene algunas varas de medición. Genéricamente, puede asentar en las obligaciones que tiene el Estado en una sociedad democrática, donde los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros[196].

La aceptación social visualiza lo legítimo de origen, tal como fue el planteo dogmático de Juan Jacobo Rousseu en el "Contrato Social"[197]. Fue un justificativo del poder delegado del pueblo al administrador, y de los deberes que trajo ese compromiso social.

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C Nº 315, párr. 199.

196 Cfr. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A Nº 6, párr. 34.

197 Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social.* Colihue, colección clásica, Buenos Aires, 2017. Edición original de 1762.

Pero cuanto se ha de verificar es la legitimidad que contrae el acto a través de sus resultados. El ejercicio del poder que otorga la autoridad, es lo que confronta el amparo cuando el proceder desciende al autoritarismo.

> Una recordada disidencia del juez Petracchi, dijo […]: "En un país que está resurgiendo de cincuenta años de vaivenes políticos, durante la mayoría de los cuales primó el autoritarismo y la intolerancia en las formas de organización social, carece de relevancia el hecho de que, durante un lapso relativamente prolongado, haya sido sostenida la doctrina de la total equiparación entre las normas de facto y las emanadas de los poderes que la Constitución prevé[198].

1.2 El control judicial que proporciona el amparo, invocándose ilegitimidad, pesigue que la autoridad pública actúe de acuerdo con los fines previstos por el legislador. No basta el poder adquirido del acuerdo popular, es necesario, que se respeten otros principios que no se abastecen solamente de normas, principios o valores.

> Por control judicial de razonabilidad, en orden al poder de policía y al amparo, se ha de entender tan sólo que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador. Toda vez que esa adecuación exista, es decir, siempre que el acto estatal restrictivo no aparezca como patente y arbitrariamente desproporcionado con relación a los fines del art. 23 de la Constitución Nacional, la revisión judicial de ese acto será improcedente[199].

La razonabilidad en la decisión, unida a la argumentación justificable, son los mecanismos a ponderar, teniendo en cuenta que, como toda demanda, la visión que pueda tener el interesado, puede ser diferente a la de quien decide.

Esta obviedad, en consecuencia, requiere demostrar la ilegitimidad con motivos que excedan lo unilateral de la opinión. La motivación actúa como un elemento de racionalización del sistema procesal, en cuanto constituye un presupuesto necesario para quien recibe un amparo sustentado en la ilegitimidad del desempeño de la autoridad.

1.4 Es evidente, entonces, que hay una carga de subjetivismo muy grande en la apreciación de naturalezas entre lo legítimo y lo ilegítimo; casi diríamos que implica una tarea cercana a lo imposible, porque es más simple deducir la incongruencia, el

198 Fallos, 314:1477.

199 Fallos, 248:800.

error, el absurdo, o la propia ilegalidad o arbitrariedad, que indicar con precisión donde se encuentra la ilegitimidad.

No olvidemos que, para el común de la gente, una decisión se parece demasiado a un discurso de razonabilidad que justifica la resolución y pretende convencer a quien se dirige, o a quien la lee. Mientras que para el técnico, la lectura se interpreta ajustada en el molde de la congruencia y de los agravios que del pronunciamiento se deriva.

Pero esta faceta atiende la faz sociológica del fenómeno jurisdicente, y de alguna manera, sirve para confrontar cuán lejano están las interpretaciones jurídicas de las que la sociedad representa.

2. Principios de legitimidad

2.1 Desviar el camino de la legitimidad supone quebrar los principios que explican y fundamentan el derecho a tomar decisiones en nombre y representación del pueblo a quien gobierna. Es la misma idea que soporta la administración cuando resuelve con criterios propios, aunque no sean afines al sentir general.

Ellos suelen justificarse con razones propias de la discrecionalidad, tales como la oportunidad, el mérito o la conveniencia; sin embargo, hay algunos principios, como el de legitimidad democrático, que establece que la regla de la mayoria no subordina los derechos de las minorías.

> Por otro lado, afirma Ferrero, se reconoce que también es cierto que aunque la mayoría puede equivocarse cuando confían la decisión de un asunto delicado en un grupo o asamblea de personas capaces, es más probable que dichas mentes juntas puedan acertar en una decisión más razonable que la adoptada por una sola persona, salvo que esta persona fuera de capacidades extraordinarias. Lo que hace que el principio de la mayoría sea razonable y que la democracia encuentre una buena justificación. Pero esto no implica que el sufragio universal tenga un valor de pócima milagrosa[200].

[200] Ferrero, Guglielmo, *El poder*. *Los genios invisibles de la ciudad*, traducción de Eloy García.Tecnos, Madrid, 1991, ps. 34 y ss. Primera edición en francés: Pouvoir. Les Génies invisibles de la Cité, Ediciones Brentano, New York, 1942.

2.2 De más está afirmar que la legitimidad tiene base en la democracia, que representa la voluntad ciudadana expresada en el consenso general, y en la aceptación de principios que definen, con cierta flexibilidad, lo legítimo.

La unidad teleológica, es decir, todos pensamos igual, no es un buen aliciente de comprensión si no tiene bases más firmes. La voluntad de la mayoría no vuelve legítimo todo proceder de la administración. La fuente de la legitimidad es lo constitucional, son los derechos humanos, las leyes y las sentencias. Pero no es tan sencillo contribuir al esclarecimiento con la fuente normativa, en la medida que ella se asimilaría a lo legal, que es diferente a lo legítimo.

La dificultad para darle a cada significado un lugar propio, suma otro ingrediente cuando el propio gobernante interpreta el principio de legitimidad confundiéndolo con lo legal, provocando incertidumbre o desconfianza social, que culmina -por lo general- en no aceptar el pensamiento o negándolo expresamente.

> En España, autorizada doctrina sostiene que […]: "Dicho de otro modo, la legalidad es rechazada cuando existe el convencimiento por una parte de la sociedad de que esa legalidad no está legitimizada por la propia voluntad ciudadana. Esta situación lleva a una guerra civil inevitable entre aquellos que se amparan en esa legalidad que consideran aun legitima y aquellos que la rechazan por ilegitima. Esto puede verse con claridad en el tema del separatismo donde la legalidad vigente impide un referéndum que una parte de la ciudadanía cree legítimo"[201].

3. La ilegitimidad en los fallos de la Corte Suprema nacional

3.1 Aunque por la vía excepcional del amparo no puedan obviarse las debidas instancias ordinarias, administrativas o judiciales, y traer cualquier cuestión litigiosa a conocimiento de la Corte, debe entenderse que siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios mencionados, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo.

[201] Cfr. www.reddit.com/princioiodelegalidad.

Este es el principio general; hay particularidades que orientan mejor el concepto que se aplica, por ejemplo, cuando se afirma que el procedimiento sumarísimo del amparo no es la vía adecuada para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de la intervención de una asociación profesional, resuelta por el Poder Ejecutivo con fundamento en el apartamiento de los fines gremiales, en la alteración de su normal funcionamiento y en que algunos de sus actos están en contra de los fines y objetivos del gobierno nacional. En esas condiciones, el acto administrativo no aparece como manifiestamente arbitrario e ilegal[202].

Lo manifiesto es igual a lo evidente, notorio, indisctutible e injustificable. La razón de lo absurdo o arbitrario es de tal magnitud que no necesita prueba para quedar expuesto. En cambio, si tiene fuente normativa, sigue un dictamen obligatorio (v.gr.: Procuracion del Tesoro de la Nación), o respeta una circular reglamentaria, lo ilegítimo alegado queda sin sustento al quedar como una opinión disidente.

> El procedimiento sumarísimo del amparo no es la vía adecuada para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de la intervención de un centro de estudiantes, resuelta por el Poder Ejecutivo apoyándose en lo dispuesto por el art. 8 de la ley 16.912 y en la facultad que le acuerdan los arts. 45 y 48 del Código Civil para intervenir en la organización y funcionamiento de las asociaciones civiles[203].
>
> Si la cesantía ha sido decretada sobre la base de lo dispuesto por la ley 16.946, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por el accionante ni podría, en principio, ser objeto de consideración por vía de la acción de amparo, el acto administrativo que se cuestiona no puede entenderse como un acto de arbitrariedad e ilegitimidad manifiestas[204].
>
> Las acciones y procedimientos legales para la tutela de los derechos de naturaleza patrimonial excluyen, de ordinario, la vía excepcional del amparo. La controversia sobre el alcance del derecho que asiste a las partes, con arreglo a los términos del contrato, al Código Civil y a las leyes de emergencia en materia de locaciones urbanas, no constituye supuesto de ilegitimidad manifiesta[205].

[202] Fallos, 271:152.

[203] Fallos, 269:31.

[204] Fallos, 268:38.

[205] Fallos, 258:120.

3.2 Son de otro perfil aquellas decisiones (hechos o actos) que se apartan de la normativa vigente[206], pues el impedimento que puede obstruir la vía del amparo (indagar para conocer la ilegitimidad) no cierra la vía excepcional cuando el caso se presenta flagrante ante el notorio desvío del ordenamiento jurídico.

Lo que importa es que la ilegitimidad resulte fehacientemente demostrada al momento de dictar sentencia, sea que aparezca originariamente, en forma manifiesta y clara, o resulte posterior a través de una prolija investigación[207].

> Siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo[208].

3.3. El requisito de ilegtimidad manifiesta no implica que el vicio deba ser de tal magnitud que pueda reconocerse sin el menor análisis, sino que la restricción de los derechos sea claramente individualizada por el actor.

También se declara ilegítima la conducta desproporcionada en sus efectos, o por el tiempo cuando se toma. Por ejemplo, sostiene el tribunal que, […] después de casi dos años de concedida la equivalencia parcial de una materia a una alumna universitaria, previo informe técnico, que presupone y se funda en la comparación de programas, y luego de haber avanzado en la carrera hasta cumplir con los trabajos finales, resulta clara la ilegitimidad de la medida que deja sin efecto la equivalencia reconocida y anula el acta de resultado de los exámenes, sin que quepa, empero, pronunciarse -como lo hizo el *a quo*- dentro del restringido marco de la acción de amparo sobre el punto referente al valor y alcance del acta citada[209].

> La decisión que declaró la ilegitimidad de la prohibición decretada por S.A.D.A.I.C., autorizando a los accionantes a hacer uso del repertorio musical administrado por aquélla, encuentra sustento en normas de derecho común, local y procesal, que justifican que la apertura de la vía excepcional del amparo, estatuido por el ordenamiento provincial, fuera

206 Fallos, 314:258, entre otros.

207 Fallos, 310:576.

208 Fallos, 308:155, 307:444, 303:811, 294:152, entre otros.

209 Fallos, 304:199.

> acordada por los jueces de la causa sobre la base de argumentos de igual carácter, cuyo análisis, constituyen materia no revisable a través del remedio federal intentado, máxime cuando, como ocurre en el caso, el planteo por arbitrariedad fue tardíamente propuesto contra el fallo de Cámara que confirma, con similares fundamentos, lo resuelto por el juez de grado[210].

3.4 Hay, finalmente, un requisito más: cuando la ilegitimidad se funda en la ilegalidad, se debe plantear la impugnación del caso concreto y la eventual inconstitucionalidad del precepto que se cuestiona. De otro modo, la injustificación social (ilegitimidad) no se podría dar si antes no se cuestiona la norma (ilegalidad).

> La procedencia de la acción de amparo supone la impugnación de un acto concreto y la inexistencia de vía legal para la tutela del derecho que se dice lesionado y que aquél adolezca de arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas, situación que no se configura cuando no se cuestionó la legitimidad de la resolución aduanera determinante de la demanda que tuvo por objeto lograr la autorización del despacho a plaza de las mercaderías retenidas en el puerto ¨en los términos de los arts. 105 y 107 de la Ley Aduanas, con contracautela suficiente[211].

[210] Fallos, 303:1095.

[211] Fallos, 300:47.

CAPÍTULO XIV

Gravedad del caso y notoria injusticia

1. Paralelos con la gravedad institucional

1.1 La exigencia de gravedad puso dudas, en algún tiempo, acerca de la admisibilidad de amparo. Se pensaba que no sólo el acto lesivo debía ser manifiestamente arbitrario o ilegal, sino también, exponer una gravedad evidente, sin lo cual no era posible admitir la acción en virtud de necesitar mayor debate y prueba.

La gravedad no es un presupuesto establecido en las normas; antes bien, se configura como un elemento de ponderación para modular el acceso o la repulsión del amparo.

Grave es todo aquello que impacta de manera notoria y evidente en los derechos constitucionales del afectado, al punto de lesionar, alterar o suprimir las garantías que la Norma Fundamental le dispensa.

También son suficientemente graves los actos o hechos que conmueven el interés general, donde podrán encontrarse gravedades colectivas (v.gr.: derechos de incidencia colectiva contrariados) o gravedades institucionales (v.gr.: en los que el Estado es el principal impulsor de la defensa constitucional).

En ambos supuestos hay trascendencia general, en razón de que la medida de la garantía afectada puede ser personal o colectiva, y requerir en los dos, la evidencia (ilegalidad manifiesta; ilegitimidad, o arbitrrariedad) que el acto o hecho lesivo ha traspasado lo tolerable, incurriendo el exceso, en un desvío de los objetivos constitucionales o convencionales.

> La acción de amparo intentada resulta procedente si de los términos de la demanda como de la documentación acompañada se desprende que se encuentran acreditadas la gravedad del

caso y la falta de protección en que se hallaba la amparista, lo que revela la inacción de las demandadas[212] .

1.2 En materia de protección procesal constitucional de los derechos humanos, el artículo 43 de la Carta básica del Estado, trajo un derecho a la tutela judicial efectiva que se independizó del juicio de amparo. La renovación puso una protección más amplia que el de la ley 16.986, y eliminó algunos de sus requisitos.

Lo mismo sucedió con la evolución de otro proceso constitucional como es el recurso extraordinario federal, a partir de entender que los presupuestos o requisitos formales, propios y generales del remedio, debían postergarse cuando surgían hechos de consideración trascendente (v.gr.: alterar el orden público), o la gravedad del caso sucumbía las instituciones.

La comparación advierte que la gravedad tiene aspectos de alcance particular y otros de igualación general. La situación en ambos comprueba que se puede invocar la gravedad institucional para superar obstáculos de forma y de procedencia, pero no sirve para suplir la inexistencia de derechos constitucionales o provenientes de tratados y convenciones sobre derechos humanos.

1.3 Lo que no es posible, es invocar la doctrina de la gravedad institucional sin fundamentarla adecuadamente y probar en su caso que ella es procedente. No es una causal asimilable a la arbitrariedad, aunque ésta pueda constituir el motivo central de la demanda; tampoco suple la necesaria fundaentación del acto lesivo, si bien la refuerza con la trascendencia que se exhorta.

En síntesis, no corresponde hacer lugar a la gravedad institucional, si el punto no es objeto de un serio y concreto razonamiento que demuestre de manera indudable la concurrencia de aquella circunstancia, o advierta al tribunal que su intervención es necesaria para remediar mucho más que los intereses de la parte[213].

2. Parámetros de la gravedad

[212] Fallos, 328:4640.

[213] Fallos, 303:221.

2.1 Por vía de reglas generales, es improcedente la acción de amparo si no se advierte lesión constitucional gravísima de orden directo que, por su naturaleza, autorice el desplazamiento del conocimiento de la cuestión, a través de las vías ordinarias o comunes y que merezca su urgente reparación a través de la vía excepcional del amparo. La actual redacción del artículo 43 impide confusiones: "todo acto u omisión" que importa una restricción, lesión, alteración o amenaza, tiene en sí mismo implícita la gravedad que antes era exigida.

En los hechos, importa más la evidencia notoria que sustenta la demanda constitucional, que reportar el daño que con el acto lesivo se provoca. Es decir, hay que advertir lo "manifiesto", antes que la gravedad que el hecho importa.

La gravedad manifiesta que torna admisible la acción de amparo se da siempre que aparezca con grado de evidencia la lesión o amenaza a un derecho de las personas; siempre dentro del marco de apreciación que permite la naturaleza sumaria de la vía escogida.

2.2 La gravedad del caso es de apreciación judicial. El interés que se fundamente en el amparo es argumentación, pero determinar si el asunto porta en sí mismo un tema de trascendencia, depende de la interpretación judicial hecha en el juicio de admisión.

> Ante la gravedad de la situación, y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre la competencia para entender en las actuaciones por la vía prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, corresponde a la Corte adoptar las medidas conducentes a fin de proveer de manera inmediata las drogas necesarias para afrontar el tratamiento que se le ha indicado al peticionario, dado los serios riesgos que existen para su vida[214].
>
> Es procedente el amparo tendiente a obtener la provisión de un medicamento necesario para enfrentar una grave enfermedad, si se hallan reunidos los extremos requeridos por la ley 16.986 pues, tanto de los términos de la demanda como de la documentación acompañada se desprende que se encuentran acreditadas la gravedad del caso y la falta de protección en que se hallaba la amparista al tiempo de iniciar el trámite, lo que revela la inacción de las demandadas[215].
>
> Reviste gravedad institucional el caso en que se hizo lugar al amparo deducido por un establecimiento faenador contra el reclamo de presentación del comprobante de pago del

[214] Fallos, 330:1915.

[215] Fallos, 328:1708.

IVA. bajo apercibimiento de suspensión automática de su inscripción, ya que lo resuelto - dada la importancia de los montos comprometidos y en cuanto atañe a la recaudación de la renta pública - trasciende el mero interés de las partes[216].

No constituye un supuesto de gravedad institucional el pronunciamiento que, para el caso de incumplimiento del obligado principal, condenó al Estado Nacional a cubrir el 100% de la medicación que se prescribiera al amparista, en la medida en que la presunta incidencia negativa de lo decidido sobre la salud pública constituye una afectación sólo conjetural[217].

2.3 Los parámetros a seguir para encontrar la trascendencia, podrían ser los siguientes:

a) Demostrar que el tema excede el mero interés de las partes y afecta a un sector importante de la comunidad.

En materia familiar, la Corte sostuvo que se debía revocar la sentencia que admitió la reanudación del contacto de las hijas menores de las partes con su progenitor -acusado de abuso sexual en perjuicio de una de ellas-, pues tal difícil situación excede del plano estrictamente judicial, debiendo tal problemática ser objeto de un profundo trabajo de esclarecimiento y superación que fortalezca a las menores en pos de un crecimiento saludable, para lo cual el grupo familiar deberá recibir un tratamiento psicológico o psiquiátrico especializado y estable, con participación de la madre y de cuya evolución deberá darse cuenta periódicamente al tribunal, y en los términos de la Convención sobre los derechos del Niño, cabe convocar a ambos litigantes a asumir responsablemente una paternidad respetuosa de la condición personal de sus hijas[218].

También se dijo que, se podia admitir en el amparo fiscal el carácter de sentencia definitiva cuando se configura un supuesto de excepción como es el debate sobre la eventual inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias, pues ello excede el interés individual de las partes y afecta el de la comunidad en razón de su aptitud para incidir en la gestión de las finanzas del Estado y en la percepción de la renta pública[219].

[216] Fallos, 317:655.

[217] Fallos, 321:3394

[218] Fallos, 333:2017.

[219] Fallos, 333:935.

b) Se funde adecuadamente la trascendencia del caso o la repercusión social que importa al grado de alcanzar relevancia notoria que signifique interés institucional[220].

> Las resoluciones que rechazan la acción de amparo cuando dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria no constituyen sentencia definitiva, excepto cuando causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, o cuando se configura un supuesto de gravedad institucional[221].

c) Se enlace la argumentación de la trascendencia institucional con la cuestión constitucional que exige el amparo para concretar la admisión del proceso que se propone[222].

Aun cuando este discurso no puede desnaturalizar la función del juicio de amparo, como vía idónea para interpretar la posible colisión del acto lesivo con derechos y garantías constitucionales, individuales o colectivos, pretendiendo que el sistema se ponga en marcha por la sola repercusión social de los hechos.

> Sin perjuicio de reconocer la trascendencia que las decisiones en materia de movilidad tienen sobre la economía del sistema previsional y el conjunto de las cuentas públicas, tal repercusión no puede constituir un obstáculo para el adecuado reconocimiento de los derechos contemplados por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional para la clase pasiva históricamente vulnerada y para reiterar y hacer efectiva su especial protección[223].
>
> Debe rechazarse la invocada gravedad institucional basada en la repercusión periodística del asunto, si no se advierte que se encuentren afectados principios de orden social y lo decidido vaya más allá del interés personal de la parte[224].

3. Trascendencia del caso

3.1 La trascendencia no equivale a sostener que el caso tenga repercusión social. De allí que se indiquen situaciones trascendentes (relevantes) de carácter constitucional,

[220] Fallos, 329:1787.

[221] Fallos, 330:1076.

[222] Fallos, 328:2391.

[223] Fallos, 340:483.

[224] Fallos, 325:2534.

institucional, bienestar público, etc., que impactan en la buena marcha de las instituciones.

Por eso la trascendencia también se aplica fuera de contexto, cuando se resuelve como argumento de admisión, antes que como presupuesto del amparo. En estos casos, se suele tener en cuenta el compromiso con las instituciones básicas de la Nación[225], las instituciones fundamentales del país[226], o las bases mismas del Estado[227].

Este es un terreno muy abonado en el recurso extraordinaio, que lo afinca en la gravedad institucional, mientras que la trascendencia del conflicto llevado al amparo, asume que tiene un campo más abierto para flexibilizar algunos recaudos procesales.

El problema es la ausencia de orientación jurisprudencial, que sumado a la discrecionalidad poco metódica de los fallos de la Corte, impide generar un esquema que permita encuadrar situaciones donde la trascendencia pueda apoyar la admisión del amparo.

> No puede, sin peligro de desnaturalizarse la función de la Corte de intérprete y salvaguarda final de la Constitución Nacional, utilizar la instancia extraordinaria como un medio no ya de interpretar una cuestión, que aunque de derecho no federal pueda interesar el funcionamiento de las instituciones nacionales o tener una atendible repercusión social, sino de amparar un interés particular comprometido por las decisiones de la propia parte interesada[228].

3.2 Con esta advertencia, se puede sugerir que, además de fundamentar los requistos de verificación sobre el acto lesivo, la demanda de amparo debiera argüir la trascendencia; la cual seguramente estará presente, porqué los conflictos con la Constitución obligan a los jueces a controlar la constitucionalidad de las leyes, y la legalidad del comportamiento de la autoridad pública o privada.

La gravitación institucional agrega otro eslabón, que se debe fundamentar y verificar con los hechos. Creemos así, que no es solo el tribunal quien debe orientar,

225. Fallos, 289:36; 292:229; 307:973.

226. Fallos, 238:391.

227. Fallos, 306:250.

228 Fallos, 314:1003.

sino el abogado, también, el que debe justificar razonadamente porqué entiende que el problema supera el interés de las partes.

Finalmente, aparece la trascendencia *propiamente dicha*. Esta es la repercusión social, la evaluación de los efectos, la significancia del fallo, la urgencia del conflicto, etc. Para ellos, todos los presupuestos del amparo se reúnen en la cuestión constitucional implícita, desde que todos los derechos tienen un fundamento directo o mediato en la norma básica del Estado.

Con esto se quiere significar que un asunto sin trascendencia normativa puede contar con trascendencia social, y entonces resultaría irrechazable el juicio de amparo.

3.3 La contrariedad que refleja la trascendencia consiste en tomarla como una causa aislada de los demás presupuestos (arbitrariedad, ilegalidad e ilegitimidad del acto lesivo), porque trabajar con la idea que hay motivos de trascendencia propiamente dicha, que habilitarían la admision del amparo, tendrán que soportar el rigor de la evidencia, muchas veces alojada en facultades discrecionales para seleccionar donde intervenir, o donde rechazar in limine.

Por ello, la trascendencia del juicio de amparo no se debe considerar en el cuadro de las cuestiones federales, sino en el marco de las potestades discrecionales del juez interviniente.

Siendo así un elemento demasiado inseguro, teniendo en cuenta que la trascendencia puede denegarse por no ser manifiesta; o ser desconocida en la etapa de admisión. Lo mismo sucedería con la trascendencia desvinculada de lo puramente relevante por razones de política institucional o por el orden público emergente, en la medida que, siendo una potestad discrecional, no admite más que inmediata resolución.

> El art. 19 de la Constitución Nacional, al referirse a las conductas que de ningun modo ofendan derechos de terceros o al orden o a la moral publica, no deja fuera de su ambito de proteccion a aquellas acciones que tengan algun tipo de repercusion en el medio social[229].
>
> La repercusión social que pudo o pueda tener el proceso por rebelión no basta para atribuirle ese carácter en la mera cuestión de competencia planteada[230].

[229] Fallos, 313:1333.

[230] Fallos, 310:761.

> No obsta para la presunta adecuación de las conductas a investigar a la ley 20.840, la ausencia de motivación ideológica, pues lo que se reprime es la acción, realizada con los elementos subjetivos y por los medios que la ley indica, de poner en peligro o dañar ¨*el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinada a la prestación de servicios*¨ (art. 6°) que por su repercusión social y trascendencia pueda alterar las bases de la paz social comprometiendo los intereses generales de la Nación y la seguridad de ésta.[231]

4. Notoria injusticia

4.1 El recurso de notoria injusticia comienza en la época colonial con el Consejo de Indias (sala de gobierno), que admitía la súplica cuando en el trámite ante el gobierno, se incurría en graves defectos de procedimiento que afectaban el derecho de defensa. Eran tiempos de confusión entre jurisdicción y administración, porque la última palabra para decidir, por lo general, quedaba en la máxima autoridad.

En cambio, cuando se presenta a la notoria injusticia como causa posible para deducir en una demanda de amparo, debemos considerar, previamente, que no son resoluciones judiciales las que portan el desatino, sino las decisiones adoptadas por la autoridad pública o particular.

Son éstas, únicamente, las que podrían ser motivo de amparo. Quiere decir que hablamos de justicia implícita no del valor de la cosa juzgada.

4.2 En realidad, es una advertencia innecesaria, porque los actos o hechos que lesionan, alteran, restringen o suprimen los derechos y garantías constitucionamente receptados, tienen en la vía del amparo, el medio judicial más idóneo para recuperar lo perdido.

Lo que caracteriza la notoria injusticia, es una atribución que califica el acto lesivo -que debe contener la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta-, que admite sumar el argumento entre los demás motivos de impugnación.

Hay veces que, reconociendo la suma de presupuestos, la Corte nacional le ha dado cierta autonomía. Por ejemplo cuando dice […]

[231] Fallos, 303:495.

La justicia sólo debe limitarse a ejercer, en los supuestos de sanciones disciplinarias dispuestas por asociaciones civiles, un control de legalidad y razonabilidad, pero si no median tales extremos puntuales de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta o de "injusticia notoria", en modo alguno puede inmiscuirse en el análisis acerca del mérito o conveniencia del acto[232].

Si los jueces de la causa se consideraron habilitados para decidir si la suspensión y ulterior expulsión de socios de una asociación civil adolecía o no de injusticia notoria, así como respecto de la observancia de las normas estatutareas aplicables al caso, la sentencia que rechaza la demanda no es impugnable como violatoria del derecho de defensa. ampliamente ejercido durante el pleito[233].

[232] Fallos, 323:1042.

[233] Fallos, 272:108.

CAPÍTULO XV

Vía judicial más idónea

1. La comparación entre medios judiciales más efectivos

1.1 El problema de comparar las vías judiciales más idóneas (para conocer el caso con profundidad) y efectivas (plazo razonable), trae como consecuencia confrontar cuál de los procesos judiciales lleva ventajas sobre otros.

La complejidad para decidir es evidente, porque señalar la rapidez, como pauta esencial, puede llevar a un marasmo de procesos que aprovechen la restricción del conocimiento para actuar con urgencia, despojando a la decisión de la seguridad que trae saber todos los prolegómenos del caso; sin perjuicio de la duda que puede acentuar la incertidumbre que, por obvias razones, debe estar ausente en cualquier sentencia.

Pero, si al mismo tiempo, se prefiere la máxima cobertura para el conocimiento, obstruyendo el acceso a procesos de instrucción restringida, o condicionar reglamentariamente su tránsito, puede ocasionar limitaciones inconstitucionales al acceso a la justicia; cuando no, obligar a que se tramite un procedimiento ordinario que no responda a la consigna de sencillez y brevedad implícita en el mensaje de los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por eso, si el "remedio" no es efectivo (tal como lo enunciaba el art. 2°, inc. a. de la Ley 16.986) pensado como vía de reparación a la violación del derecho constitucional conculcado, un pasaje obligado por esa garantía procesal ordinaria, además de un absurdo, es provocar un riesgo innecesario que el amparo puede evitar.

1.2 ¿Cómo saber cual es la vía judicial más idónea? Respuesta incierta que puede asumir distintos caminos para contestar. Uno es el tiempo, y en este aspecto, el amparo lleva ventajas significativas. La manera de concentrar actos procesales, el uso

diferente de plazos y términos, la limitación probatoria, entre otras, son características del proceso constitucional federal que lo emplaza entre los más rápidos.

Es cierto también, que esa celeridad se puede encontrar en el rechazo in limine, que facilita al juez sacarse de encima un problema que engendra complicaciones y multiplica la labor jurisdiccional.

De otro lado aparece el proceso de conocimiento amplio o poco restringido (el amparo contra actos de particulares tramitaba, antes de la reforma constitucional, como sumarísimo), que sigue los presupuestos clásicos del proceso como lucha entre partes, con etapa probatoria sin limitaciones formales y de amplia cobertura, con plazos y términos que tienen muchos tiempos muertos (sin ninguna actividad), y con una sentencia dirimente que puede tomarse más tiempo que el exigido para resolver el amparo constitucional.

La ventaja de este último es la amplitud del bagaje de hechos y actos que se exponen sin limitaciones. De extrema sustanciación probatoria y con la posibilidad de tener una sentencia suficiente razonada y justificada. La desventaja, el tiempo que insume.

La Corte nacional parece optar por la primera vía, al sostener que […]

> La Constitución reformada ha venido a ensanchar las posibilidades del amparo (sin por ello convertirlo en una vía ordinaria), ya que la mera existencia de otros remedios judiciales o administrativos no es suficiente para descartarlo; en tal sentido, el estándar constitucional para ponderar su procedencia consiste en determinar si dicha vía resulta ser la que posee mayor idoneidad tuitiva, valuada en términos de celeridad, profundidad y definitoriedad de la respuesta[234].

1.3 A veces, esa delimitación entre lo rápido y lo efectivo, se sostiene en apariencias bien fundamentadas; o en la verosimilitud que tenga el derecho afectado; cuando no, en la gravedad que produce la alteración constitucional.

[234] Voto del juez Rosatti. “Alpacor Asociados SRL c/ AFIP s/ amparo”. Sentencia del 19 de diciembre de 2019.

Resulta indispensable para la admisión del remedio excepcional y sumarísimo del amparo que quien solicita protección judicial acredite, en debida forma, la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado[235].

Si el Tribunal se encuentra legalmente facultado para rechazar el amparo en el momento de dictar sentencia -por no ser la escogida la vía idónea para resolver la cuestión-, no parece objetable que el ejercicio de esa potestad se realice en una etapa previa a la referida, en la medida en que no se vislumbre que el sometimiento de un proceso de mayor amplitud cause un perjuicio al peticionario, ya que razones de economía procesal y de una más rápida solución del litigio imponen la adopción de este temperamento, cuando se advierte que los pasos procesales pendientes no concurrirán en el aporte de elementos suficientes, útiles, adecuados y concluyentes para dirimir el diferendo[236].

Al perseguir el jubilado el cumplimiento de la sentencia que había tenido principio de ejecución, le asiste el derecho de ejercer las acciones que pudieran corresponderle para obtener el restablecimiento del monto del haber jubilatorio, pretensión que encuentra una vía idónea en la ejecución forzosa del fallo (art. 499 del Código de Procesal Civil y Comercial) por lo que para no afectar el objetivo principal del beneficio reconocido puede el Tribunal prescindir válidamente del nomen iuris utilizado para interponer la acción y atender a la real sustancia de la solicitud mediante la ejecución de sentencia[237].

Si se afirma que el artículo 96 de la Carta Magna goza de operatividad inmediata y que sus titulares, los jueces, disponen del derecho de acudir ante los órganos estatales en demanda de jurisdicción y de justicia, se quiere significar que no puede el Tribunal, avocado a juzgar el caso, negarse a administrarla en la forma sumaria, apta e idónea que exige la naturaleza de la pretensión jurídica deducida en autos, por así establecerlo la ley 16.986, ya que el aspecto fundamental surge del plano máximo de la ¨superlegalidad¨, con anterioridad a toda regulación legal[238].

2. Rapidez, urgencia y expeditividad en el amparo

2.1 La rapidez del proceso, a veces, viene unida a las circunstancias del caso. Hay situaciones especiales como las que provienen del derecho a la salud y a la vida, que indican la necesidad de trabajar de inmediato en el procedimiento, cuyo objeto es

[235] Fallos, 330:4144.

[236] Fallos, 330:1279.

[237] Fallos, 316:3209.

[238] Fallos, 313:344.

lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas como tiene el amparo.

La función social que de los jueces se espera, impuesta como deber de protección en el Código Civil y Comercial de la Nación, buscan soluciones que se avengan con la urgencia que suponen los derechos en juego, a cuyo fin es razonable evitar el rigor de las formas cuya aplicación pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo del actor tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso.

> La alegada urgencia en la satisfacción de la prestación solicitada en beneficio de un niño discapacitado y el hecho de que la demandada, tras conceder el beneficio, dejó de afrontar las prestaciones periódicas y sucesivas, ponen de manifiesto que el fallo que consideró que la demanda de amparo se dedujo en forma extemporánea por haber sido deducida pasado el plazo de caducidad del art. 2°, inc. e de la ley 16.986 irroga agravios de imposible reparación ulterior, condición que autoriza a equiparar el pronunciamiento recurrido a la sentencia definitiva exigida por el art. 14 de la ley 48[239].
>
> Corresponde revocar la sentencia que desestimó el recurso de casación contra el fallo que no hizo lugar al recurso de amparo que perseguía la cobertura integral de las prestaciones de salud de un menor discapacitado por parte de la Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba si no es dable negar el carácter médico asistencial de las prestaciones reclamadas con el alcance que surge de la ley 24.901, debiendo los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, por lo que no se advierte óbice real que impida a la demandada cubrir provisionalmente la prestación pues nada excluye que pueda gestionar lal compensación de los gastos que irrogue el tratamiento ante los órganos que considere competentes[240].
>
> La alegada urgencia en la satisfacción de las prestaciones solicitadas y el hecho -no cuestionado- de que el instituto demandado no hubiera admitido el reclamo de la actora, ponen de manifiesto que el decisorio irroga a la interesada agravios de imposible reparación ulterior[241].

2.2 Lo urgente suele vincularse con el plazo razonable, existiendo la tendencia a comparar entre los procesos disponibles para encontrar cuál de ellos tiene la tutela más próxima.

239 Fallos, 341:274.

240 Fallos, 332:1346.

241 Fallos, 330:4647.

Se ha visto que es irrazonable imponer a los actores que acudan a la vía ordinaria cuando llevan dos años litigando por la vía del amparo[242], caso donde se resuelve mantener vigente al proceso constitucional.

Pero también la urgencia se relaciona con el peligro que enrostra demorar la resolución definitiva. El perjuicio irreparable da motivos suficientes para ordenar lo que se pide, sea para preservar el derecho alterado, o para impedir situaciones irreversibles.

La necesidad de actuar con urgencia se debe acreditar objetivamente. No es suficiente la simple creencia o buena fe del solicitante, sino que debe ser la derivación de hechos razonablemente apreciados en sus posibles consecuencias. Se trata siempre de un conocimiento objetivo sobre la incidencia del tiempo en el proceso.

Así como en la rapidez se habla de comprobar cuál es la vía judicial más idónea, en la urgencia el riesgo ha de ser manifiesto, al punto que no tenga el juez que investigar aquello que resulta notorio. Lo que se tiene que poner en evidencia es la realidad comprometida, la que por ser multifacética, permite obrar con discrecionalidad y prudencia.

La urgencia se aleja de la rapidez técnica cuando por sí sola contiene ambos presupuestos. Esta es la virtud del proceso constitucional, que siendo el proceso más rápido y expedito, trabaja con la premura que el caso requiere. En tal caso, el estado de peligro debe radicar en el derecho principal, al punto de constatar que la demora en otorgar el amparo crearía un serio riesgo a la tutela que el requirente tiene desde el comienzo.

2.3 Sin embargo, la urgencia no es el único argumento para la procedencia directa del amparo, porqué la reforma constitucional del año 1994, ingresó en el artículo 43 un derecho tutelar nuevo que no es, específicamente, el juicio de amparo, sino el "*derecho a tener un proceso rápido y expedito*" cuando no exista una vía judicial más idónea.

Lo expedito, en la jurisprudencia de la Corte, reconoce fundamentos constitucionales, al considerar que la actividad jurisdiccional tiene el deber de actuar con la impronta de satisfacer, del modo más rápido y efectivo, el control de

[242] Fallos, 327:2413.

constitucionalidad que se pide; a cuyo fin el amparo, con su expedito funcionamiento, integra su esencial razón de ser[243].

> El amparo -junto con el habeas data y el habeas corpus- constituye una herramienta cuyo núcleo es la defensa de los derechos frente a manifiestas violaciones que, al ofender de tal modo los valores constitucionales, imponen una respuesta jurisdiccional urgente, por ello, el carácter expedito de esta vía y la celeridad de su tramitación no obedece a la consagración de una formalidad procedimental, sino al imperativo constitucional de resolver sin dilaciones este tipo de pretensiones y, en su caso, restablecer en forma inmediata el pleno goce de los derechos amenazados o cercenados arbitrariamente[244].
>
> Si se halla en juego la subsistencia de un derecho social, de principal rango y reconocimiento, tanto en el texto constitucional, como en los tratados internacionales incorporados con esa jerarquía, en el art. 75, inc. 22, y ante la interposición del mecanismo también consagrado constitucionalmente en el art. 43 con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia a fin de no tornar utópica su aplicación[245].

3. El amparo como vía directa

3.1 La Constitución argentina define al amparo haciendo referencia a una de sus bondades: la *rapidez* (*acción rápida y expedita*), sin embargo menciona en el texto la necesidad de confrontar la vía con otro medio judicial. De acuerdo a ello y teniendo a la vista la interpretación judicial lograda al presente, los proyectos que pretenden reglamentar la norma fundamental, y las diferentes opiniones doctrinarias sobre el precepto, el problema está en resolver si el proceso de amparo continúa el camino de la ley originaria, es decir, como una vía residual y extraordinaria.

La subsidiariedad (*siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*) coincide con el art. 1º de la ley 16.986, pero al ampliar el ámbito normativo de protección a los tratados y leyes que dicha ley no mencionaba, obliga a tener en cuenta la influencia que tiene esa alusión.

243 Cfr. Fallos, 263:296.

244 Voto del juez Rosatti. “Alpacor Asociados SRL c/ AFIP s/ amparo”, sentencia del 19 de diciembre de 2019.

245 Fallos, 325:3380.

Por un lado el artículo 43 comienza expresando el derecho a una vía rápida y expedita; por otro el derecho a la celeridad en los procesos se pide a través de numerosas declaraciones internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, entre muchos más. Por tanto, el registro constitucional que reclama la "acción rápida y expedita" no puede tomarse sin referenciar este cuadro de aptitudes y posibilidades.

3.2 La confrontación coincide en un punto: el sistema procesal interno por el cual se concreta el proceso constitucional. Es decir, en tanto la Constitución Nacional incorpora y expresa un nuevo derecho que antes reconocía raigambre jurisprudencial, y que se canalizó por las acciones de amparo y hábeas corpus; el sistema internacional de protección a los derechos humanos establece un objetivo de los Estados partes consistente en tener en su dinámica de procedimientos un trámite expedito, concentrado y acelerado.

En síntesis, el amparo agregado al texto constitucional concreta un derecho de acceso directo a la jurisdicción que impide controvertir sobre que proceso tiene mejor resuelta la idoneidad; pero este debate o excepción puede ser posible si se entiende que existen vías alternativas que mejoran la calidad procesal de la acción directa.

3.3 Para comprender suficientemente la vía directa o subsidiaria del amparo, es menester explicar conceptos emparentados que interactúan y se complementan. El principio del "debido proceso" (art. 18, CN), unido al concepto de vías idóneas expresa cuando y de qué manera puede postergarse la recepción del amparo por resultar procedentes otros remedios procesales de la misma eficacia.

El artículo 43 constitucional inhabilita la acción de amparo cuando exista "*otro medio judicial más idóneo"*, criterio esclarecedor de antiguas polémicas sobre vías previas y paralelas o concurrentes, por las cuales las primeras quedaban reservadas a los reclamos administrativos insoslayables; y los segundos, a la imposibilidad de tramitar cuando habían procedimientos específicos para satisfacer las pretensiones sugeridas a través de la demanda de amparo.

Las vías idóneas son, generalmente, jurisdiccionales, de modo tal que continuaría viéndose al proceso, *lato sensu*, como la auténtica garantía para los derechos del hombre. Sin embargo, como estas "vías paralelas" no son, lamentablemente, todo lo rápidas y expeditas que fuera de esperar para las pretensiones del litigante, la subsidiariedad mantenida se convierte en un obstáculo frustratorio, anulando la mentada garantía.

3.4 Ahora bien, para reconocer la idoneidad del medio seleccionado para la defensa del derecho constitucional es menester observar que la actualidad normativa modifica el artículo 2 inciso *a)* de la ley 16.986 que explícita: *"La acción de amparo no será admisible cuando, a) existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección constitucional del derecho o garantía constitucional de que se trate"*.

Esta condición está eliminada suministrando, en consecuencia, un acceso directo (facultativo) al amparo cuando no existan trámites jurisdiccionales que soporten idénticas cuestiones planteadas.

> Es claro, dice Rivas […] "que si el particular encuentra que la administración le brinda un medio tuitivo suficiente podrá recurrir al mismo *optando* por no usar del amparo. Pero también es claro y esperamos que el legislador no lo desvirtúe, que no le será obligatorio utilizar los caminos burocráticos en detrimento de su derecho de ampararse"[246].

Entendemos que debe tratarse de vías administrativas agotadas, donde cada estamento haya tenido la intervención que el procedimiento establezca y dictado las resoluciones correspondientes a su instancia. La pendencia de actos pertinentes priva de actuación al juez, pues de otro modo, sucumbiría la estructura organizacional del Estado con el gobierno de los jueces dentro de ella. De todos modos cada caso presenta características que, en el marco de comprender el alcance del proceso debido, permiten ocuparse del problema desde la visión amparista.

[246] Rivas, Adolfo A., *El amparo*. La Rocca, Buenos Aires, 1987, p. 136.

3.5 En conclusión puede sostenerse que la vía previa que no está mencionada en la norma constitucional, debe interpretarse en la medida del reclamo que se peticiona, evitando que el juez intervenga cuándo:

a) La decisión administrativa que se ataca de inconstitucional no reviste la condición de definitiva;

b) Cuando el reclamo administrativo previo puede aportar soluciones útiles en la instancia que se formula, dando oportunidad al órgano estatal de producirse en un sentido u otro respecto a la denuncia;

c) Cuando el procedimiento administrativo no presenta disfunciones manifiestas ni una morosidad tal que evite la acción rápida y expedita que el amparo promete.

De igual manera pensamos que si el amparo se dirige contra actos de particulares, la ausencia general de instancias previas de solución, no priva de ver la conducta del actor que peticiona directamente sin arbitrar alternativas anteriores de pacificación con su eventual oponente.

4. Idoneidad de la vía

4.1 Teniendo en cuenta la rapidez que privilegia el sometimiento a las reglas del amparo, cualquier proceso ordinario que tenga igual o similar aptitud para resolver la crisis constitucional, desplaza la procedencia de la acción constitucional si completa el recaudo de prontitud y eficacia que lo habilita como proceso concurrente.

El requisito de idoneidad previsto para las vías paralelas debe compararse con la celeridad del medio elegido. Pero esa calidad, o aptitud de otro remedio potencialmente más apto para considerar y tutelar el derecho de que se trate, no tiene que ser demostrada por el interesado, sino resuelto por el juez como un deber de la función jurisdiccional.

4.2 Por otra parte, la idoneidad referida asienta en el proceso total y no en etapas o incidencias que puedan resolver provisoriamente el gravamen denunciado; por eso las medidas cautelares, a pesar de su eficacia para modificar el *status quo* y obligar a redefinir una situación jurídica determinada, no alcanzan para constituir el medio apto

que obstruya la acción de amparo, en tanto no sirve para resolver sobre la materialidad del derecho agraviado.

El requisito de idoneidad de la senda jurisdiccional paralela o complementaria satisface la comprensión del principio. No se trata de tener un proceso simultáneo o concurrente, sino de que éste constituya una efectiva protección, despojado de ilusiones estériles creadas a partir de las reglas procesales, y soportado en una perspectiva de razonable certeza acerca de su eficacia.

En estos casos, la razón de ser del amparo muestra que su cometido no es la vigilancia judicial del desempeño de los funcionarios, o de las conductas de los particulares, sino de proveer un remedio justo y adecuado contra la arbitraria violación de los derechos o garantías reconocido en la Constitución, leyes y tratados.

4.3 Suele ocurrir en muchos autores e intérpretes de la norma constitucional la recurrencia a las palabras de los diputados convencionales constituyentes para deducir de ellas la orientación que pretendieron asignar al derecho de amparo creado en las expresiones del art. 43, constitucional.

En tal sentido, algunos parten de la premisa de que el reconocimiento jamás quiso derogar el espíritu reglamentario de la ley 16.986 que recordamos restrictiva y lamentablemente egoísta para la celeridad y eficacia que actualmente se requiere en la garantía.

El miembro informante del Despacho de mayoría -convencional Rodolfo Díaz- sostuvo en el plenario lo siguiente:

> "El dictamen de la mayoría considera la acción de amparo como una vía excepcional. Parte del supuesto de la eficacia de todo el orden jurídico en la protección de los derechos y, además, reconoce que no se puede sustituir por vía judicial el sistema republicano y democrático de gobierno porque el acceso al sistema judicial está expedito en condiciones de extrema excepcionalidad".

Palacio, desde una posición mas pragmática, alienta la subsidiariedad del amparo frente al peligro de convertir su carácter excepcional en un remedio ordinario. Sin embargo, en toda su argumentación no hace otra cosa que fundar la procedencia directa y operativa sin restricciones del amparo, pues no puede tener otra lectura frases como éstas:

> "De lo dicho se sigue que, en presencia de un acto u omisión que lesione o restrinja, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, y siempre, desde luego, que tales circunstancias sean alegadas y acreditadas por el interesado siquiera *prima facie*, el proceso ordinario no puede en ningún caso ser considerado un remedio judicial más idóneo que el amparo […]. Conforme al texto constitucional vigente, la admisibilidad de la pretensión de amparo, siempre que concurran los presupuestos que la condicionan, comporta una alternativa principal, sólo susceptible de desplazamiento por otras vías más expeditas y rápidas. De acuerdo con las consideraciones más arriba formuladas no parece dudoso que esa sea la más razonable interpretación de la norma de que se trata, aunque, como también se puntualizó, un examen global de la legislación procesal argentina corrobora la conclusión de que no se hallan regulados procedimientos judiciales que ostenten la referida condición, es decir, que exhiban, a causa de su simplicidad y correlativa celeridad, mayor idoneidad que el proceso de amparo"[247].

Con la mirada en la eficacia de las instituciones, Morello ha dicho que […] "no hay hermenéutica más fiel que aquella que hace rendir a las normas el máximo del rol protector que ellas procuran brindar, en una conjunción cautelosa pero osada, entre las interpretaciones posibles. Mediante un equilibrio armonioso en donde los jueces no tienen por qué considerarse sometidos a las posiciones (acaso dispares sino enfrentadas) de los constituyentes, para ser fieles a la literalidad de las palabras de la ley y sin que, tampoco, se altere o desvirtúe la línea de dirección, patente de esas palabras, las cuales mientras el texto lo consienta, han de ser tomadas en el sentido más obvio al entendimiento común, y de manera tal que armonice (el art. 43) con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución. Ello así porque los jueces (y también los abogados) en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no deben prescindir de la *ratio legis* y del objetivo de la norma"[248].

Quiroga Lavié, a nuestro juicio acertadamente, sostiene que […]

> "Cuando la Constitución dice que la acción de amparo es *expedita y rápida*...siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, no quiere decir que la idoneidad del proceso judicial pueda ser un juicio más lento, como lo es nuestra jurisdicción ordinaria, sino más rápido aún que el trámite legal de la acción de amparo. Y esto no debe ser probado por el accionante. Si tiene conocimiento de que hay una vía procesal más rápida (idónea) que el

[247] Palacio, Lino Enrique, *La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994*, La Ley 1995-D, 1241.

[248] Morello, Augusto Mario, *Posibilidades y limitaciones del amparo*, El Drecho, Tomo 165, ps. 1296 y ss..

> amparo, solicitará su utilización por el juez interviniente, y éste lo aceptará o no. Y podrá hacerlo de oficio, obviamente"[249].

Corroborando lo antes dicho, creemos que el amparo constitucional es una garantía que tiene en cuenta el derecho que se protege antes que la eficacia de la senda seleccionada. Es una vuelta por sus fueros de la prosapia elaborada en los precedentes de "Siri" (1957) y "Kot" (1958) y una esperanza por lograr la tan ansiada tutela judicial efectiva.

En todo caso, el problema del restriccionismo le corresponde al amparo-proceso, pero siempre teniendo en cuenta que los derechos no podrán frustrarse o quedar postergados por cuestiones formales, bastando, en consecuencia la elección del amparo para que el juez disponga sobre la eficacia del medio para resolver ante el despojo o reclamo de un derecho constitucional.

> Por tanto, dice María Mercedes Serra, se debe admitir que los procesos constitucionales en general, y el amparo en particular, se diferencian de los procesos ordinarios por la finalidad que persiguen y la materia tratada, y porque constituyen instrumentos procesales diseñados para garantizar la supremacía constitucional y proteger de manera sencilla, rápida y eficaz los derechos del hombre consagrados en las cartas fundamentales y en las convenciones internacionales[250].

5. Teoria de la reconducción

5.1 Cuando el juez resuelve denegar el paso del amparo a la etapa de requerimiento, considerando que no es la vía judicial más idónea, debe fundamentar la decisión para justificar la expulsión del caso. Al mismo tiempo, le debe indicar al recurrente cual es el proceso adecuado que pondera como idòneo para la protección constitucional.

Un rechazo en la puerta de entrada se adopta cuando no hay dudas sobre el error de procedimiento en que incurre el actor del amparo, de manera que no sería difícil para el juez señalar cuál es el trámite apropiado. Si tuviera dudas sobre la admisión, se debiera priorizar la defensa constitucional; de no hacerlo, lo definitorio radica en

[249] Quiroga Lavie, Humberto, Humberto, *La reforma de la Constitución Nacional*. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1994, ps. 63 y ss. También en *El amparo colectivo.* Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1998 y en *Actualidad en la jurisprudencia sobre amparo*, La Ley, 1996-E, 1057 y ss.

[250] Serra, María Mercedes, *Procesos y recursos constitucionales.* Depalma, Buenos Aires, 1992, ps. 168 y ss.

analizar porque el amparo no permite la adecuada, oportuna y eficaz defensa de los derechos invocados, según las circunstancias particulares de cada caso.

La elección de la vía más idónea no está en la ley pero orbita desde la Constitución en la dimensión del art. 3º de la ley 16.986, que tolera el rechazo in limine cuando la pretensión que porta el amparo es manifiestamente inadmisible.

5.2 La teoría de la reconducción, como se conoce a esta misión jurisdiccional, pretende eliminar la discrecionalidad abusiva de las resoluciones que carecen de motivación suficiente. En este sentido, el uso del rechazo in limine debe ser restrictivo, pero cuando se aplica en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional del amparo, es necesario que se oriente el lugar y los métodos donde debatir la naturaleza de los derechos que se plantean.

La Corte sostiene que no se puede clausurar definitivamente el debate sobre la naturaleza no justiciable de las cuestiones de trascendencia institucional que se plantean, rechazando in limine el amparo, pues el respeto al régimen federal de gobierno y al ejercicio en plenitud de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias exige reconocer a sus magistrados el carácter de irrenunciables custodios de garantías de la Constitución Nacional[251].

Para el juez del amparo, con la reconducción cumple una función docente que no se puede considerar “obiter dictum”.

> Es descalificable la sentencia que rechazó el amparo tendiente a que se ordene la realización urgente de las reparaciones necesarias en la unidad habitacional ante el riesgo cierto e inminente de colapso de techos y electrificación de paredes en el marco de una honda problemática social si se apoyó en la existencia de otra causa para considerar que existían otras vía alternativas al amparo sin advertir que esta última no era un cauce procesal apto para debatir los derechos invocados[252].

[251] Fallos, 337:1263.

[252] Fallos, 341:1586.

CAPÍTULO XVI

Supuestos de improcedencia

1. Casos vigentes de improcedencia

1.1 Inmediatamente después de la reforma constitucional, quedó sellada la preocupación por la "ordinarización" hipotética del juicio de amparo, al cual se le quitaba el carácter extraordinario y circunstancial, previsto sólo para casos de excepción, al otorgar el artículo 43 una plataforma de acción mucho más amplia que la ley federal que regía el procedimiento.

El paso del tiempo demostró que el problema se resolvió desde la jurisprudencia, que tomando las riendas del cambio habido en la fisonomía del proceso, decidió adoptar al amparo como una garantía antes que como un juicio extraordinario y contingente.

Con esta base, fueron más los casos de admisión controlada, sin hacer jugar las prevenciones de la ley federal, que aquellas que mantenían la ruta de las excepciones.

> La circunstancia de que la actora haya demandado por la vía prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no constituye un óbice para la aplicación del art. 43 de la Constitución Nacional (según la reforma de 1994), en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo (Disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)[253]..

1.2 El dilema de la apertura fue el control de admisión sobre temas nuevos, que comenzaron a sumar novedosas manifestaciones de derechos antes no considerados.

La escalada tuvo su primer e importante impacto en el amparo individual, porque la exigencia del caso concreto que daba las pautas primarias de procedencia de esta vía, debieron adaptarse a las particulares circunstancias de cada asunto, en la medida que los derechos de incidencia colectiva podían determinar otra solución.

[253] Fallos, 324:1936.

De igual modo, la necesidad de mayor debate y prueba, que ya se había cuestuionado respecto a la amplitud del conocimiento y la cosa juzgada consecuente, obligó a extremar la ponderación y la prudencia a fin de no decidir erradamente, optando por limitar un derecho que tenía desde la reforma constitucional, un encuadre como garantía.

También, el remanido concepto que ponía limitaciones a la intervención judicial cuando ella comprometiera la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, tuvo un cambio inteligente en la consideración de interpretar cuáles eran los servicios esenciales del Estado.

1.3 En suma, la vía subsidiaria, o excepcional antes conocida, cambió su perfil. La función jurisdiccional y así también la administrativa no tuvieron grandes diferencias, cuando se trató de analizar la eficacia tuitiva de los procedimientos conducentes, o la oportunidad de sus pronunciamientos.

En consecuencia, cuando los procedimientos previos, o las vías paralelas y concurrentes, no resultaron hábiles para reparar el acto lesivo, la obligación de transitar por esos caminos alternativos, fueron nuevas causas directas de lesión constitucional o agravios al artículo 43 fundamental.

1.4 Como se observa del resumen, la primera confrontación para determinar la improcedencia consiste en analizar los requisitos de admisibilidad (legitimación, vía judicial más idónea, acto lesivo, amenaza o daño concretado, etc.).

La subsistencia de causales establecidas en la ley 16.986 son los objetivos de este capítulo.

2. Actos provenientes del Poder Judicial

2.1 La actividad jurisdiccional del Estado, impartida a través de los jueces, no puede controlarse con el amparo.

> El inciso b) del artículo 2 de la ley de amparo dice […]: La acción de amparo no será admisible cuando […]: “El acto impugnado emanare de un órgano del Poder Judicial…”.

La idea fuerza del legislador fue impedir los conflictos de competencia que se podían originar con el control jurisdiccional dentro de un sistema escalonado de revisiones, en el que el cierre de los recursos podía estar en la Corte Suprema de Justicia Nacional. Vale decir, si el amparo se utiliza como vía impugnación, tal como lo permiten muchas legislaciones -comenzando por la mexicana-, se vuelve posible que las decisiones defintivas se cuestionen como acto lesivo de carácter constitucional.

La jurisprudencia de la Corte nacional era repetida, sosteniendo […]

> La acción de amparo no puede ser utilizada como accesorio para obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales, porque mediante esta indirecta vía se soslayaría la inadmisibilidad del amparo contra decisiones adoptadas por el Poder Judicial, establecida en el art. 2°, inc. b), primera parte, de la ley 16.986[254].
>
> Es improcedente el recurso de amparo interpuesto contra el pronunciamiento que desestimó el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 286 del Código Procesal y rechazó el recurso de queja, pues el art. 2°, inc. b), de la ley 16.986 prohíbe cuestionar por tal medio los actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial[255].
>
> Resulta inadmisible la acción de amparo promovida contra una resolución dictada por el Tribunal en un expediente de Superintendencia Administrativa ya que el inc. b) del art. 2° de la ley 16.986 aparta expresamente del juzgamiento por dicha vía, a las decisiones de órganos del Poder Judicial[256].
>
> La prohibición del art. 2°, inc. b) de la ley 16.986 sólo intenta limitar las pretensiones de revisión de sentencias generalmente no definitivas emanadas de jueces de la Constitución[257].

2.2 De todas maneras, la garantía procesal que se incorpora al texto fundamental cambió de alguna forma las cosas, pues la tradición jurisprudencial que estaba vigente, había tomado en cuenta para desplazar al amparo de la órbita de los actos del Poder Judicial, la circunstancia de contar el recurrente con otras actuaciones para cuestionar el vicio (incidentes, recursos, etc.), y la necesidad de resguardar la institución de la cosa juzgada como basamento de la seguridad jurídica.

[254] Fallos, 316:1837.

[255] Fallos, 315:2755.

[256] Fallos, 311,2423

[257] Fallos, 311:59.

La innovación aparece al dotar al juicio de amparo con esa doble condición de derecho y proceso jurisdiccional idóneo para la protección de los derechos fundamentales. No es que antes no existiera, sino que ahora, al agregarse en la misma situación tutelada a los individuos que sufran actos u omisiones de la autoridad pública o de particulares, se iguala la cobertura, modificando las distancias jurisprudenciales que eran tradición.

La Corte nacional lo advierte usando como vía de expresión al recurso extraordinario federal. La jurisprudencia dice […]

> Si bien es excluyente del juez lo decidido en punto a la necesidad de un mayor debate y prueba, corresponde descalificar la decisión que -al rechazar el amparo tendiente a obtener la reposición en el cargo- importa un criterio en extremo formalista, y atenta contra la efectiva protección de los derechos que el instituto busca asegurar, ya que no acredita en forma concreta cuáles eran los elementos probatorios que no se pudieron utilizar para dilucidar la cuestión, así como la incidencia que éstos hubieran podido tener sobre el resultado final de proceso[258].
>
> Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que rechazó el amparo deducido contra la adjudicación de tierras, si el *a quo* no tuvo en cuenta lo expuesto al plantear el recurso jerárquico y reiterado al deducir el amparo, con respecto a que la resolución impugnada había dado curso a peticiones de personas que solicitaban fracciones en áreas que la actora había reclamado con anterioridad y omitió valorar el acuerdo celebrado entre la provincia y los miembros de las comunidades aborígenes respecto a las modalidades de la adjudicación[259].

2.3 No significa el progreso interpretativo un cambio copernicano para usar al amparo como recurso, sino encontrar que desde su contenido constitucional es factible hacer observaciones sobre el cumplimiento efectivo del debido proceso[260].

Al mantener nuestro país un régimen federal de libertades procesales en cada provincia, se distancia notablemente del resto de América que ha preferido unificar los sistemas y concentrar -mayoritariamente- el control de constitucionalidad.

[258] Fallos, 327:2955.

[259] Fallos, 327:2309.

[260] Cfr. Gozaíni, *El Debido Proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tomo II, cit., ps. 145 y ss.,

Por eso, el tema del amparo como recurso, podría signficar un conflicto directo con el recurso extraordinario federal, al quedar emplazado con iguales principios y presupuestos.

En cambio, en Latinoamérica el fenómeno es desigual, porque el amparo, recurso de proteccion, tutela, mandado de segurança, o como se llame en cada lugar, espeja lo ocurrido en Europa con sus Tribunales Constitucionales, como sucedió en Italia y especialmente en España.

2.4 La novedad se implanta con el impacto de lo constitucional en el proceso que convierte a la herramienta en una garantía, abandonando la idea de un procedimiento reglado por instancias. No queremos decir con esto que se altere la fisonomía del esquema y las reglas, sino que el desarrollo tiene que ser respetuoso del debido proceso, y como en éste, la motivación de la sentencia es el punto central que cierra la disputa, no puede tener lecturas diversas o contrarias a la Constitución.

Ahora bien, así como el debido proceso obliga a sustentar con parámetros propios donde la defensa en juicio, la bilateralidad de la audiencia, y demás garantías procesales, juegan operantes en la validez de lo sustanciado; también el juez de la causa tiene un deber constitucional de no alterar la interpretación de quien tiene en el sistema esa función primordial.

En el caso de Colombia, la pugna puede mostrar cuatro situaciones, bien esquematizadas por López Daza[261], a saber:

> 1) La originada por los fallos proferidos por todos los jueces con ocasión de las acciones de tutela, y principalmente, los pronunciamientos de la Corte Constitucional contra las autoridades administrativas, debido la violación de derechos fundamentales; 2) la causada por las sentencias de acciones de tutela proferidas por los jueces y, en especial, por la Corte Constitucional, contra los fallos de otros jueces o altos tribunales (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, Consejo Superior de la Judicatura); 3) las producidas por las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, dentro de las demandas de inconstitucionalidad de leyes o decretos especiales, que afectan principal y directamente al Ejecutivo; y 4) los creados por los fallos de la Corte Constitucional mediante los cuales se

261 López Daza, Germán, *La Justicia Constitucional Colombiana: ¿Un Gobierno de los Jueces?,* en: Corzo Sosa, Edgar (Coordinador). *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional.* Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica # 476, México, 2009, ps. 291-299.

> les sugiere (o en ocasiones se le ordena) al Congreso de la República actuar en determinado sentido, ante la inactividad legislativa o para remediar vacíos o lagunas legislativos.

En consecuencia, detrás del trance que suscita encontrar quién es el órgano de cierre cuando se trata de resolver con carácter definitivo un asunto donde promedian cuestiones constitucionales, surgen proyectados otros motivos que arraigan en la distribución del poder jurisdiccional.

Por tanto, el centro neurálgico está en resolver si el amparo es un proceso específicamente dirigido a tutelar el ámbito de los derechos; o si también puede utilizarse como remedio específico contra la ilegalidad o arbitrariedad del Poder Judicial.

2.5 Hay, en este aspecto, algo que tiene que ser considerado. Es el concepto actual de supremacía constitucional, y el control efectivo sobre la defensa de los derechos fundamentales; em ambos se reconoce que el techo ha subido con las decisiones del Sistema Interamericano al que Argentina adhirió expresamente.

De allí que el control de convencionalidad le ha permitido sostener a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe 044 de julio de 2008, que el efecto del llamado "Choque de Trenes" (colisión devenida sobre quien tiene la última palabra para resolver definitivamente un conflicto judicial), es el de generar y perpetuar una situación de indefinición de los derechos ya sea reconocidos o negados por los tribunales de instancia superior.

El conflicto entre instancias y modelos judiciales deja a los usuarios del sistema judicial en la incertidumbre sobre el curso de acción a seguir en los casos en los que las sentencias judiciales violan derechos protegidos por la Convención Americana; tomando en cuenta que, para llegar al sistema internacional, se deben agotar los recursos internos.

> El informe complementa diciendo: "Cabe recordar que la obligación prevista en el artículo 1.1 es una obligación que involucra el deber de organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos […]. En estas circunstancias, la invocación de un recurso judicial rápido y sencillo como la tutela bajo el derecho colombiano, no resulta en el amparo de derechos fundamentales reconocidos en el derecho interno y la Convención. Asimismo,

> constituye un incumplimiento de la obligación de las autoridades competentes de garantizar toda decisión en que se haya estimado procedente dicho recurso. Ambos supuestos generan la violación del artículo 25 en concordancia con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

3. Aplicación de la ley de Defensa Nacional

3.1 Respecto al valladar impuesto por la Ley 16.970, o ley de defensa nacional, la doctrina la criticó abiertamente en todo tiempo, sosteniendo la inconveniencia de argumentar sobre sus preceptos el rechazo formal del amparo.

Fue una ley derogada expresamente por su similar nº 23.554 (1988), más allá de la confirmación concretada en la reforma constitucional de 1995 que tornó inaplicable el supuesto de improcedencia.

> Rivas había sostenido ya, que este inciso de la ley federal […] "es contrario al art. 33 de la Constitución Nacional en función de la garantía de protección judicial de los derechos del cual deriva la necesidad de razonabilidad estructural del proceso, al imponer una injustificadalimitaciuón a la actividad de los jueces"[262].

Además, el impedimento es contrario al artículo 36, de la Constitución Nacional que es contundente al señalar que […] *"esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático...*".

3.2 La causal de excepción devino abstracta, pero algunos proyectos de reforma nacional y provincial lo mantienen con el mismo marco legal, es decir, con ausencia de razones y fundamentación precisa.

Recordemos que la frase que aplica el artículo 2 inciso b) de la norma, establece la improcedencia del amparo cuando el acto impugnado *haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley 16.970.*

Aquellos eran tiempos (1966) de inestabilidad constitucional, de administraciones autoritarias contrarias al espíritu democrático, y propensas a evitar todo tipo de control sobre sus actos. La ley 16.970 daba al gobierno la potestad de

[262] Rivas, *El amparo*, cit., p. 184.

desempeñar un sinfín de ocupaciones que, bajo el manto protector de la seguridad ciudadana, toleraban la decisión incontrolable, desactivando la injerencia judicial.

Bastaba con invocar la voluntad de la ley para dejar fuera de fiscalización la legitimidad del ejercicio del poder. La ley de amparo protegió esa arbitrariedad, que hoy se debe exponer claramente, para evitar nuevos desencuentros.

3.3 En todo caso, quien entienda que los actos que se ejercen para tutelar adecuadamente la defensa ciudadana, o dar seguridad al Estado adoptando medidas comprometidas con ese deber, debiaran poner un límite a la discrecionalidad, el que puede quedar fijado por los derechos fundamentales, dando así el uso adecuado a la contención que proviene de la propia Constitución nacional.

Un ejemplo lo dá la ley 25.326 de protección de datos personales, que limita el hábeas data cuando el uso de datos resulta necesario para defender a la Nación; comprendiendo con ello, las actividades que realizan las Fuerzas Armadas para prevenir al Estado en caso de agresión interna o externa; también, cuando la soberanía está cuestionada, o se provocan amenazas que impiden el ejercicio de los derechos fundamentales de los habitantes.

4. Afectación de servicios públicos o actividades esenciales del Estado

4.1 La idea del amparo, al tiempo de su nacimiento, fue excluir la actividad jurisdiccional en la línea de cuanto insinuaban las cuestiones no justiciables. No era propio que un poder ajeno a la administración, entorpeciera con sus decisiones los actos de gobierno, o pudiera alterar la prestación de servicios esenciales.

Con esta consigna, los servicios públicos obtuvieron una exclusión del control judicial, resuelto como protección singular del régimen que dispensó una defensa legal ante eventuales pretensiones de terceros. El motivo de la excepción era que la justicia no incidiera negativamente en la prestación continuada y regular del servicio[263].

[263] Esteve Pardo, José, *Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones a "non domino",* en Revista de la Administración Pública (RAP)nª 113 (mayo-agosto), Madrid, 1987, p. 183.

4.2. Un servicio es público no por el prestador que lo cumplimenta, sino por la característica de la tarea desempeñada. Interesa al conjunto social y se regula administrativamente.

Quiere decir que no se identifica con el órgano o persona que tiene la titularidad del servicio (v.gr.: el Estado o una empresa pública o concesionada), pues la exclusión proviene de la finalidad prevista, cual es: evitar que la comunidad sea afectada, o el Estado quede alcanzado por limitaciones que le impongan los jueces de la causa.

La *afectación* que la ley menciona obra sobre el funcionamiento general del servicio (por ejemplo, la energía eléctrica, el transporte ciudadano, la provisión de agua corriente, la asistencia social, etc.), el cual puede ejecutarse a través de empresas privadas, sin que ello sea un permiso para eludir la admisión del amparo cuando se tienen regímenes especiales.

Ocurre que si la acción paraliza la continuidad del servicio (v.gr.: medida cautelar que impida la conexión de líneas eléctricas nuevas en razón de los errores sufridos al instalar las del recurrente) la incidencia se generaliza, y el perjuicio individual se proyecta consumando más gravámenes que el singular producido.

4.3 El problema para determinar cuando hay o no alteración del servicio público, sucede cuando se resuelve sin estándares, dejando al criterio del caso, resolver si en ellos está el peligro que se identifica en la excepción.

Como en el supuesto del inciso anterior del artículo 2º de la ley de amparo, el campo de interpretación es muy extenso, y al mismo tiempo, contrae el peligro de no espejar situaciones y llegar a la hipòtesis de sentencias contradictorias.

> Y es que para determinar el momento y la forma en que la afectación se produce no se ha partido de la naturaleza, características y funcionalidad de ésta -que, en principio, serían los datos a tener en cuenta de forma prioritaria-, sino que se han considerado en primer término, y casi exclusivamente, el régimen de efectos que la afectación conlleva. Para ser más exactos: no es propiamente el régimen de los bienes afectos el que ha condicionado la resolución a la cuestión planteada. […] Porque en esto no se ha dado una única respuesta sobre la base de la naturaleza de aquélla, sino una respuesta para cada caso, dependiendo,

> de la incidencia que la afectación pudiera tener en los sujetos con derechos o intereses en juego[264].

4.2 La finalidad del precepto nos parece correcta, pero corre el riesgo de ser desvirtuada por su imprecisión conceptual. Otorga demasiada elasticidad y fomenta el proteccionismo judicial.

El actual Código Civil y Comercial de la Nación, estableció un régimen similar al sostener que […]

> Artículo 243.- *Bienes afectados directamente a un servicio público*. Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio".

Ambas preceptos se enlazan en la protección acordada, con el agregado que en materia contractual se concede la inembargabilidad del bien, que suma ahora, cualquier tipo de indisposición que pueda imopactar en la prestación del servicio público.

La concesionaria del servicio público encuentra con la cobertura civil y constitucional una protección inédita.

> Algunos comentarios al Código Civil y Comercial dicen […]: "Se desprende una fuerte impronta social de la norma, ya que las necesidades de los ciudadanos -que son cubiertas a través de los distintos servicios públicos (agua, luz, gas)- no pueden quedar insatisfechas en razón de los poderes de los acreedores. En otras palabras, la norma prioriza el interés social por sobre el interés individual […]. Resulta aplicable a la prestación de servicios públicos la normativa de defensa del consumidor siendo el art. 242 una tutela indirecta a los usuarios o receptores de aquellos que evita que los mismos se vean perjudicados por la acción de los acreedores de sus prestadores o proveedores. En suma, no se trata de una protección especial dada a los bienes particulares en sí mismos sino en función de su afectación a la prestación de servicios necesarios para la sociedad en general y, evidentemente, alude al caso particular de los servicios públicos privatizados[265].

264 Esteve Pardo, ob. cit., p. 184.

265 Caramelo, Gustavo – Picasso, Sebastián – Herrera, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado.* Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 405.

4.3 Ahora bien, esta limitación no significa que el amparo deje de ser procedente cuando se plantea como acto lesivo, o amenaza de serlo, algunos hechos o actos del prestador del servicio que afectan derechos constitucionales de la sociedad, o de cada individuo particularmente.

Un caso testigo es el conocido como "Cepis"[266], donde la Corte Suprema se ocupa de clarificar cuales son las actividades o servicios esenciales para la sociedad, tomando como punto de partida varios derechos fundamentales que son la fuente de vida para contar con necesidades vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos.

Aunque el recurso debía considerar la procedencia del amparo colectivo en materia de tarifas por el servicio de energía eléctrica, donde el principal cuestionamiento era verificar si estaban realizadas las audiencias públicas previstas en la ley 24.065, el fallo toma en cuenta la situación de deterioro que sufre el abastecimiento y, sobre todo, el precio que por ello paga la población.

Es decir, admite que se trata de un servicio público de contenido esencial, pero no encuentra que sea un óbice para que proceda el juicio de amparo que persigue impedr que se establezcan tarifas inconsultas sin resguardar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

> Las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación; se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos.
>
> El Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de "confiscatoria", en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar, sin dejar de tener en cuenta que un cálculo tarifario desmesurado o irrazonable generará altos niveles de

[266] Fallos, 339:1077. "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo". Sentencia del 18 de agosto de 2016.

> incobrabilidad y terminará afectando al financiamiento y, por vía de este círculo vicioso, a la calidad y continuidad del servicio.
>
> Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos; es asunto de legislar, sí, pero para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.
>
> En materia tarifaria la participación de los usuarios de un servicio público no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida, ya que es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio.
>
> Las audiencias públicas con las que se estructuró el derecho de participación reconocido a los usuarios en el caso del servicio de gas constituyen una de las varias maneras de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas pero no son la única alternativa constitucional, en tanto el art. 42 no las prevé ni explícita ni implícitamente, sino que deja en manos del legislador la previsión del mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso[267]..

En síntesis, ya hemos expuesto nuestra conformidad con el actual criterio de la Corte Nacional que ve en el nuevo derecho de amparo de la Constitución Nacional, el deber de los jueces de verificar, a partir de una prudente labor hermenéutica, la compatibilidad de su régimen legal con los principios y reglas constitucionales; y para llevar adelante tal cometido, se debe optar por privilegiar aquella solución que mantenga en plenitud la misión que el amparo está llamado a cumplir en la arquitectura constitucional, descartando como válida la respuesta que -sobre la base de extralimitados formalismos- prive a este instituto de su sentido constitucional.

4.4 Lo mismo cabe decir de las denominadas "actividades esenciales del Estado", concepción errática que por su ambigua presentación, deja en manos de los jueces la única expectativa posible de tutela. La indeterminación de su contenido, podrìa suponer, únicamente, que una actividad esencial es “hacer las cosas bien”, de modo que, genéricamente hablando, si el Estado no obra con eficiencia puede ser sujeto emplazado por el amparo.

[267] Fallos, 399:1077.

En cambio, si por actividades esenciales, se entiende aquellas que hacen a los fines necesarios para la buena administración, sin que la acción particular perturbe las decisiones adoptadas, la cuestión gira hacia la legalidad de los actos y de las conductas.

> Ya decía Bidart Campos, al comentar la Ley 16.986, que este inciso debía resolverse en cada caso concreto, debiendo el juez valorar celosamente si realmente se afectaba un servicio público vital con tanta magnitud como para sacrificar la garantía sumaria del amparo en favor de los derechos subjetivos vulnerados […].
>
> La doctrina de la emergencia es una muestra de cómo el amparo encontró violada su admisión inmediata, a pesar de la manifiesta inconstitucionalidad de las decisiones de política económica que se adoptaron en su momento […].
>
> La eventualidad de lecturas disvaliosas contrae el extraño fenómeno que comprueba esta dura conclusión: la emergencia pone en juego la autoconservación del Estado y para evitar su desmembramiento es posible superar los controles del Poder que caracterizan todo esquema republicano[268].

4.5 De lo dicho resta afirmar que, el cuadro descripto en la ley de amparo se debe confrontar con el artículo 43 constitucional, pues evidencia cierta oscuridad cuando se trate de servicios públicos atacados en la condición de consumidor, usuario, empresario que defienda el derecho de competencia, o a través de un amparo colectivo por la supuesta agresión conjunta al tejido social.

En estos casos, una vez más -y en ausencia de reglamentación especial- el juez tiene en sus manos dar inteligencia y equidad al problema, considerando en consecuencia, la inoperancia de este recaudo de admisión.

Una de las consecuencias es no exigir el agotamiento de la vía administrativa, porque si el paso por las vías previas se aplica, es evidente que no se dejan alternativas recursivas eficaces ante la misma administración central.

La procedencia del amparo es entonces evidente y prospera ante la potencialidad del perjuicio representativo de la lesión de orden constitucional, de tal manera que aun en el presupuesto de la actual vigencia del art. 2 inciso c) de la ley 16.986, la restricción es opinable.

[268] Bidart Campos, *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, cit., p. 166.

La síntesis podríamos reflejarla en conjunto y observar que hay situaciones de análisis diferente. En una primera línea se admite la restricción cuando: *a)* se pone en riesgo la *regularidad* del servicio; o *b)* se afecta la *eficacia* del servicio público, o *c)* cuando impide la *continuidad* del mismo.

No es idéntica la conclusión respecto a las *actividades esenciales del Estado.* En cada caso, el deber jurisdiccional está en estudiar el *estado de necesidad*, lo que supone confrontar el interés del usuario y/o consumidor con el del prestador del servicio, y como el párrafo segundo del artículo 43 abre expansivamente la legitimación procesal, que sumado al artículo 42 y su correlato en la Ley de Defensa del consumidor (nº 24.240), puede aseverarse que esta limitación se encuentra absolutamente derogada, y que cualquier obstruccionismo basado en cualquiera de las conclusiones precedentes es inoficiosa y no puede ser causa ni fundamento para alterar la protección que el amparo dispensa.

5. Necesidad de mayor debate y prueba

5.1 La necesidad de mayor debate y prueba es una restricción proveniente del criterio que ubica al amparo-proceso como una vía excepcional y extraordinaria. La subsidiariedad se estableció pensando que el proceso judicial ordinario ofrecía una amplitud de conocimiento que mejoraba el enfoque parcial y sumario del proceso constitucional.

El temperamento se confirmó en fallos inmediatos a la reforma donde se dijo que […]

> El amparo únicamente procede para la tutela inmediata de un derecho constitucional violado en forma manifiesta; es inadmisible, en cambio, cuando el vicio que compromete garantías constitucionales no resulta con evidencia y la dilucidación del conflicto exige una mayor amplitud de debate y prueba. Este criterio no ha variado con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional pues, en lo que aquí importa, el nuevo texto reproduce el art. 1° de la ley 16.986, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia formal[269].

Actualmente este temperamento debe ser revisado. Especialmente, porque la inutilidad del amparo sólo se da cuando exista una vía judicial más idónea, y para así resultar, el proceso elegido se debe congraciar con los requisitos de urgencia y sencillez

[269] Fallos, 330:2877; 330:2800; entre muchos.

a que refiere el primer párrafo del artículo 43 y los principios contenidos en leyes y tratados supranacionales.

No es solamente la amplitud del conocimiento y la libertad de probar sin restricciones lo que valida la idoneidad; es más, estos ni siquiera forman parte de los requisitos constitucionales para que se garantice el debido proceso. De tanta liviandad es el requisito que cae, por sí solo, cuando se lo confronta con uno de los estándares obligatorios del proceso constitcional: el plazo razonable.

De este modo, si el amparo fuese restringido, porque se requiere una etapa probatoria más completa, debiera comprobarse si efectivamente el amparo no tiene esa posibilidad. Y hasta podríamos sostener que, como la base técnica del juicio de protección, es lo arbitrario o ilegal *manifiesto*, a veces la etapa probatoria resulta innecesaria.

En consecuencia, la necesidad de mayor cobertura para aportar los hechos al proceso, ofrecer y producir prueba, y conseguir sentencia definitiva (cosa juzgada material), no se debe medir con la herramienta del conocimiento judicial disponible, sino con la flexibilidad que se le pueda dar a cada tipo de amparo.

La Corte nacional visualiza esta tendencia. En algunos fallos ha dicho […]

> Es descalificable la sentencia que rechazó el amparo tendiente a que se ordene la realización urgente de las reparaciones necesarias en la unidad habitacional ante el riesgo cierto e inminente de colapso de techos y electrificación de paredes en el marco de una honda problemática social si se apoyó en la existencia de otra causa para considerar que existían otras vía alternativas al amparo sin advertir que esta última no era un cauce procesal apto para debatir los derechos invocados[270].
>
> Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias, y en la causa no se han reducido las posibilidades de defensa de las partes en cuanto a la extensión de la discusión y de la prueba[271].

[270] Fallos, 341:1586.

[271] Fallos, 332:1952.

5.2 La calidad del proceso es cuanto se debe tener en cuenta. También los principios y presupuestos que definan a cada uno.

En efecto, en los capítulos iniciales advertimos que la fisonomía del proceso constitucional tiene notorias diferencias con el proceso civil, de allí que, cambiar las reglas del procedimiento de uno por otro, es casi como sostener que, planteada una demanda de amparo por inconstitucionalidad normativa (donde la tarea del juez es de interpretación; la bilateralidad se expone con fundamentos y justificaciones del actor y requerido, respectivamente; la etapa probatoria es contingente; y la cosa juzgada, por vía de principio, tiene efectos *erga omnes*, llevando a la sentencia al campo de la cosa juzgada constitucional), la transformo en un proceso ordinario cuya naturaleza pública no se vincula con lo constitucional que se debate (en el juicio ordinario hay sujetos en calidad de partes; el juez queda restringido al principio de congruencia porque debe dar o negar lo que se pide; la prueba es un tránsito necesario para la verificación; y la cosa juzgada alcanza solo a quienes han sido partes en el proceso).

Lo constitucional no se puede ordinarizar, pues la naturaleza jurídica del conflicto es asimétrica.

5.3 Antes de que fuera expuesta esta desigualdad por la novedosa ciencia del derecho procesal constitucional, jueces y legisladores repetìan que la necesidad de mayor debate y prueba condicionaban la admisión del amparo.

Para ello consideraban la amplitud de conocimiento que tenía el juez en cada uno de los procesos disciplinados por entonces. Cuando el *conocimiento* del magistrado sobre el material disponible ers amplio y no encontraba límites para actuar, se habla de procesos de conocimiento plenario u ordinarios; si el ámbito cognoscitivo se reducía, tanto como la prueba instrumentada, el proceso se denominó plenario rápido o abreviado; y si el conocimiento quedaba acotado a un hecho específico, por razones urgentes o de especial consideración, se nominaba como procesos plenarios abreviadísimos o rapidísimos (sumarísimos, en la terminología del código).

Era una forma de alterar la esencia del proceso comenzado, y un desvío forzado que sucumbía la garantía de acceso a la justicia.

5.4 El error conceptual de limitar el derecho al amparo, manteniendo la excusa de tramitar un proceso con mayor debate y expansiones probatorias, proviene de comparar los resultados (cosa juzgada) que se obtienen. No se confía en la solidez y eficacia que reporta el amparo, creyendo que con los obstáculos y dificultades que tiene, no está en condiciones de dar una actuación efectiva a los derechos y garantías que se reclaman.

La gravedad del equívoco se constata, apenas vemos que es la propia Corte Nacional la que sostiene que los efectos de la cosa juzgada en el amparo son suficientes para admitir la revisión de la sentencia a través del recurso extraordinario federal, que tiene entre sus requisitos procesales, que se trate de una sentencia definitiva. Es decir, donde no fuera posible continuar con replanteos, ni deducir recursos o acciones que continuaran el estado de pendencia.

> La ausencia de carácter definitivo atribuido a las sentencias dictadas en procesos de amparo no es óbice para admitir la procedencia del recurso federal cuando lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior tal como acontece en el caso en que el pronunciamiento que declaró admisible el amparo resolvió el fondo de la cuestión[272].
>
> Si bien a efectos de habilitar la instancia extraordinaria, no son sentencias definitivas ni resultan equiparables a tal las decisiones que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria, cabe admitir su procedencia si lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior[273].
>
> Si bien a efectos de habilitar la instancia extraordinaria el recurso extraordinario debe dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, calidad de la que carecen -en principio- las que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria, ello no obsta para admitir la procedencia del recurso federal cuando lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior[274].
>
> La sentencia que rechaza el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que lo decidido causa un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior, situación que se advierte si el apelante -ex afiliado que contrató una renta vitalicia en virtud de la incapacidad definitiva que padece y cuyo monto percibido es inferior al haber mínimo- acreditó la verosimilitud de la lesión a sus derechos que, en atención a la naturaleza de los daños invocados que afectan, al de su propia subsistencia, sólo podrán alcanzar una

[272] CS, “Establecimiento Liniers SA c/ EN - Ley 26.095 s/ amparo”, sentencia del 11 de junio de 2013.

[273] Fallos, 339:1423.

[274] Fallos, 339:201.

> protección ilusoria -por las vias ordinarias, y el perjuicio que supondría, por otro lado, para el interesado un eventual reinicio de la causa, tanto mas frente a un trámite que -en el caso- insumió a la fecha casi tres años, ejemplifica suficientemente la índole irreparable del gravamen[275].

Inclusive, es al Alto Tribunal el que muestra un camino distinto, que no quieren seguir aquellos a quienes se los señala. El mero apunte de la existencia de otras vías procesales implica desconocer que no se debe resistir dogmáticamente la admisibilidad del amparo para ventilar un asunto que, como cualquier otro que se promueva a través de esa acción, contaría, desde luego, con dichas vías alternativas, ya que de otro modo cabría considerar que la Constitución Nacional en su art. 43 ha establecido una garantía procesal que, en definitiva, resultaría intransitable[276].

5.5 Por otro lado, la indicación de necesitar un margen de conocimiento mayor para resolver con alguna eficacia el amparo propuesto, supone vincular en un mismo sistema procesal la modalidad técnica que se aplique al juicio. De este modo, lo único que se consigue es obligar a los sujetos del proceso a trabajar sobre un juego de abreviaciones.

Estas, que analizaremos más adelante, se reflejan en conceptos tales como los de pretensión constitucional, que queda acotada al marco de una simple demnuncia; en el procedimiento, al tener escasas alternativas para la alegación y réplica; como para ampliar la producción de la prueba disponible (principio de celeridad procesal); en los plazos que otorga el sumarísimo, con una intensa aplicación de tiempos muertos; sin contar con las limitaciones recursivas.

Saber ubicar el contenido específico de la pretensión para comparar las posibilidades del amparo ante los demás procesos comunes, será tarea para la función jurisdiccional, pues no se ha advertido que el abanico de materias protegidas por la Constitución y el bloque de derechos fundamentales, que se presentan como "*nuevos derechos y garantías*", puedan tener mejor protección que en la senda del juicio de amparo.

275 Fallos, 335:794.

276 Fallos, 331:1775.

5.6 Por eso, cuando debamos referirnos a la necesidad de un debate mayor, el núcleo de atención tendrá que radicarse en el objeto material solicitado y en las facultades de actuación efectiva que tenga la magistratura para obrar con la rapidez y expeditividad que se está reclamando.

La brevedad descripta no afecta el conocimiento del juez sobre el foco litigioso, en tanto el interesado no sufre cortapisas en su derecho de alegación, siempre que conduzca la denuncia al problema constitucional.

Por su parte, el sujeto pasivo tampoco sacrifica el derecho al contradictorio; hasta diríamos que tiene ventajas cuando se trata de amparo por actos de autoridades públicas, al no resultar sancionada la conducta omisiva, manteniéndose para el actor la carga de demostrar la verdad de las afirmaciones.

Como se aprecia, la mejora en el debate no se logra postergando al amparo o remitiendo la causa a un procedimiento diferente que, *mutatis mutandi*, no tiene la especialidad que goza el proceso constitucional.

5.7 Lo mismo sucede con la denegatoria basada en motivos probatorios, pues el sistema actual que rige el proceso contra actos de la autoridad pública, en particular los artículos 7 a 11 de la Ley 16.986, demuestra que son suficientes los medios y las fuentes que abastecen la necesidad de prueba.

> Dice Quiroga Lavié, con quien compartimos la opinión, que […] "en el proceso de amparo se debe poder probar, porque la prueba es de la esencia de todo juicio. Cómo pensar que el constituyente ha querido instalar sólo la jurisdicción constitucional de las cuestiones de puro derecho. Esa función la cumple el recurso extraordinario. Es allí donde la jurisdicción constitucional no está abierta a las cuestiones de hecho y prueba. Pero no el juicio de amparo de los derechos. Porque el amparo es llamado para juzgar hechos, actos y omisiones de autoridades públicas o de particulares. ¿No dice eso el art. 43 de la Constitución Nacional? ¿Con qué fuerza argumental puede renunciar un tribunal de justicia cambiar el sentido normativo explícito de la norma constitucional?[277]

Estas apreciaciones serían pocas si no fuera advertido que el artículo 13 de la Ley 16.986 establece que *"la sentencia firme declarativa <en el amparo>...hace cosa*

[277] Quiroga Lavié, *Actualidad en la jurisprudencia sobre amparo*, La Ley, 1996-E, 1057 y ss.

juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo".

Ante ello, poco sentido tiene remitir a otro proceso, cuando el juez reúna ante sí todos los elementos conducentes para esclarecer la lesión del derecho o garantía de que se trate.

> Quizá sea Rivas quien aporte alguna claridad en el controvertido artículo 2 inciso d) de la Ley de Amparo. Según el autor, "resulta claro que el inciso d) del art. 2do se encuentra directamente vinculado con los presupuestos del amparo: el de existencia de derecho líquido o cierto, extremo no sujeto a prueba sino a verificación; el de presencia de la conducta u omisión lesiva, y el del agravio consiguiente. El dispositivo juega en dos sentidos: uno vinculado con la admisibilidad del amparo; si el derecho no aparece liminarmente como cierto y líquido, corresponderá un mayor debate y prueba que la que permite el proceso, pues esta vía no acepta que se discuta la existencia del derecho afectado, quedando por ende excluida la posibilidad probatoria orientada en ese sentido; por ejemplo, clausurando un diario, no se podría traer al amparo el debate y la probanza consiguiente tendiente a demostrar la titularidad del actor sobre esa publicación. En tal aspecto, el juez moderno goza del *non liquet* romano, pues al no ver claro, remite el caso a otro proceso, el cual no será ya el de amparo sino uno de conocimiento amplio. Otro sentido es el que se relaciona con la procedencia del amparo: hace al momento de la sentencia; allí puede ocurrir que el juez advierta la insuficiencia probatoria existente acerca del obrar lesivo o del agravio sufrido (estimamos que también puede ocurrir con respecto a la liquidez del derecho si no fue advertida inicialmente). En ese caso, el juez debe fallar: lo hará rechazando el amparo, y salvo que el perdedor pueda alegar limitaciones probatorias resultantes de tal tipo de procesos (confesional), no habrá posibilidad de remisión a otro juicio"[278].

De todos modos, debe existir un criterio amplio y flexible en la consideración del mayor debate o prueba necesario para esclarecer la cuestión sometida a estudio, porqué mantener límites tan restrictos y constreñidos como los de la ley 16.986 suponen anular el efectivo control de constitucionalidad de los preceptos que hoy acuña la Carta Fundamental.

Quizá sea este problema del mayor debate o prueba el talón de Aquiles del amparo. Es una vía de escape rápida para el juez fugitivo de su obligación constitucional, y una excusa elegante para eludir el compromiso.

[278] Rivas, *El amparo*, cit., ps. 194 y ss.

5.8 Si algún lugar puede quedar a la necesidad de mayor debate y prueba, se alojaría en la notoria auencia de cuestión constitucional, o frente al acto lesivo que no sea manifiesto.

> La declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación violenta el derecho o la garantía constitucional invocados, principio que debe aplicarse con criterio estricto cuando la inconstitucionalidad se plantea por la vía excepcional de la acción de amparo y la arbitrariedad e ilegalidad invocada requiere de actividad probatoria significativa, precisamente por no ser manifiesta[279].
>
> La acción de amparo constituye un remedio de excepción y es inadmisible cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna requiere amplitud de debate y de prueba, extremos cuya demostración es decisiva para su procedencia e imprescindibles, por lo que si bien dicha acción es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal[280].

[279] Fallos, 338:1444.

[280] Fallos, 335:1996.

CAPÍTULO XVII

El amparo por inconstitucionalidad

---

1. Supuesto de improcedencia derogados

1.1 El artículo 2 inciso b) parte final, de la ley de amparo estableció la improcedencia del proceso cuando se pretendía la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas.

La jurisprudencia nacional interpretó que era un mecanismo de retsricción jurisdiccional, cuya vigencia polemizaba con disposiciones constitucionales que resolvían el poder de los jueces en los casos concretos donde actuaban.

Por ello, sin analizar la prohibición, afirmó que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación violenta el derecho o la garantía constitucional invocados, principio que debe aplicarse con criterio estricto cuando la inconstitucionalidad se plantea por la vía excepcional de la acción de amparo y la arbitrariedad e ilegalidad invocada requiere de actividad probatoria significativa, precisamente por no ser manifiesta[281].

En la práctica no cuestiona que la vía del amparo sea la más idónea para el control de constitucionalidad, pero aprueba la autorestricción jurisdiccional cuando se trata de expulsiones del sistema de una ley, decreto u ordenanza.

[281] Fallos, 338:1444; 332:1952; entre otros.

En realidad, el impedimento fue minimizado poco tiempo después de promulgarse la ley 16.986, cuando en el caso "Outon"[282] se declaró la inconstitucionalidad de una norma. El argumento fue sutil, al basarse en la ilegalidad evidente.

> Cuando las disposiciones de una ley, decreto u ordenanza resultan claramente violatorias de alguno de los derechos humanos, la existencia de reglamentación no puede constituir obstáculo para que se restablezca de inmediato a la persona en el goce de la garantía fundamental vulnerada (considerando 6).

1.2 La valla que había puesto la ley 16.986 fue para que no se usara al amparo como acción directa de inconstitucionalidad; no obstante, dentro del caso suscitado, las normas resultaron igualmente consideradas en la dimensión de los derechos afectados, que se expusieron como actos lesivos de manifiesta ilegalidad o arbitrariedad.

El punto de partida era que se pudiera demostrar sin esfuerzos, la manifiesta ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales[283].

Muchos años antes de la reforma, había dicho Bidart Campos que […]

> La vía del amparo es un proceso, una causa judiciable en la que se dicta una sentencia, y es equiparable a cualquier otro juicio a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley[284].

El criterio se fue acentuando, y la Corte Nacional debió esclarecer el formato que tendría la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

> El pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente la Corte ha admitido como medio idóneo, ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumarísimo en materia constitucional, para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional[285].

282 Fallos, 267:215.

283 Fallos, 306:400.

284 Bidart Campos, Germán J., *Derecho de Amparo*. Ediar, Buenos Aires, 1961, ps. 128 y 129.

285 Fallos, 324:1936.

> Más allá del ¨nomen juris¨ empleado, el pedido de declaración de inconstitucionalidad del decreto importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente la Corte ha admitido como medio idóneo, ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional[286].

1.3 Después de la reforma constitucional, el artículo 43 le asignó al juez del proceso constitucional la potestad de poder declarar la *inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*.

El lugar y el párrafo donde viene inserta la afirmación, parece dejar en claro que primero se debe encuadrar el acto lesivo individual o colectivo, no siendo posible realizar declaraciones abstractas de inconstitucionalidad.

> El planteo de inconstitucionalidad a través de la acción de amparo procede, conforme lo dispuesto expresamente por el primer párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, al reconocer que el juez podrá efectuar tal declaración respecto de la norma en que se funde el acto lesivo[287].

> El art. 43 de la Constitución Nacional dispone expresamente que en el proceso de amparo "el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva"[288].

2. El amparo y la declaración de inconstitucionalidad

2.1 La acción de inconstitucionalidad es un proceso constitucional que se puede interponer en tres líneas de procedimiento diferente. Puede transitar como pretensión dentro del *amparo individual* o *colectivo*; requerirlo como *acción directa*, con formulaciones amplias y descriptivas de los hechos y derechos impactados; o bien reducir el ámbito del conocimiento judicial, y plantearlo como *acción declarativa de certeza* que puede derivar en inconstitucionalidad normativa.

En el primer caso, el amparo funge como medio de verificación de las vías de hecho, o del acto lesivo, que en forma actual o inminente, provoque una transformación

286 Fallos, 310:2342.

287 Fallos, 321:2399.

288 Fallos, 321:1043.

en el respeto y acatamiento de los derechos y garantías de las personas. El punto de conexión con la inconstitucionalidad, deviene cuando los hechos o actos lesivos se sostienen en una ley, decreto u ordenanza. En este supuesto, para la admisión del remedio excepcional que pretende la declaración de inconstitucionalidad dentro del juicio de amparo, exige superar los presupuestos procesales tradicionales del proceso constitucional.

La vía es *directa* cuando el proceso que se inicia tiene tal finalidad específica; o trabaja como *derivada*, si la causa constitucional se interpone como *defensa*, *excepción* o *incidente* dentro de un proceso de conocimiento (v.gr.: planteo de inconstitucionalidad de una ley sobre la que se funda la demanda). Es un caso paralelo al *recurso* (v.gr.: *recurso de inconstitucionalidad* deducido contra la sentencia dictada en un proceso donde se haya controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución Nacional o local y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema [art. 299, código procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires]; o el propio *recurso extraordinario federal* del art. 14 de la ley 48, o el que con ese nombre se plantea ante la Cámara Nacional de Casación Penal).

Entre ambas situaciones aparece un tercer modelo de procedimiento que escapa de las figuras típicas que tienen los arquetipos anteriores que se resuelven con sentencias de condena. Es la acción declarativa de certeza que, el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, con el título "*acción meramente declarativa*" lo establece […]:

> "Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente […]".

Si bien ésta es una figura que apunta a esclarecer "estados de incertidumbre", que por vía de principio, son proclives a generar inseguridad jurídica e imprevisión sobre efectos no pensados al tiempo de contratar; lo cierto es que la búsqueda de esclarecimiento puede derivar al pedido condicionado, o subsidiario, de la inconstitucionalidad.

> La acción que se presenta como "*meramente declarativa*" pareciera así acotar el reducto de actuación a tres objetivos precisos: *a)* verificar si la relación jurídica existente se aplica a la

convención entre partes (v.gr.: obligaciones que asume el concesionario de una obra pública que se quieren extender a los contratos con subconcesionarios); *b)* establecer el alcance de dicha relación jurídica (v.gr.: saber si la obligación fiscal que se origina es aplicable a todos quienes contraten en una provincia o localidad determinada); y *c)* determinar las modalidades para ejecutar o cumplir la convención entre partes (v.gr.: deber de prestación en especie o satisfacción líquida, etc.)[289].

2.2 En todos los casos el control del principio de supremacía constitucional es idéntico, pero pueden cambiar las reglas del debate conforme sea el modelo de procedimiento. Por ejemplo, cuando se deduce un *juicio de amparo* contra el acto lesivo que se reputa anticonstitucional (pudiendo el juez en el caso, declarar la inconstitucionalidad de la norma) el objeto del proceso es el acto o la omisión contrario a un derecho sostenido por la Norma Fundamental o un Tratado a ella incorporado con jerarquía tuitiva para la protección y defensa de los derechos humanos.

La pretensión persigue que se atienda de inmediato el problema de derecho, postergando las cuestiones de legitimación, ante lo manifiestamente arbitrario o ilegítimo del proceder público o del particular cuestionado. La prueba puede ser innecesaria, precisamente por lo ostensible del hecho que se denuncia, y la eficacia de la sentencia, encuentra la posibilidad de ser extensiva a terceros, o inclusive más allá, si se le confiere efectos "*erga omnes*".

En cambio, si el conflicto de constitucionalidad se articula en un proceso ordinario, las formas del procedimiento pueden cambiar, aunque la atención sobre el foco de ilegitimidad sea el mismo; pero ahora el juez trabaja con funciones propias de la bilateralidad pura, que significa imponer cargas, deberes y obligaciones a quien lo promueve, de modo tal que si el perjuicio constitucional no se demuestra de manera clara e inequívoca, la declaración peticionada no será procedente.

2.3 El marco de oportunidades alterna los caminos del control de constitucionalidad, solo que en el juicio de amparo la declaración de inconstitucionalidad es una consecuencia de la manifiesta ilegalidad o arbitrariedad del acto o hecho lesivo.

[289] Gozaíni, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano,* Tomo II, cit., ps. 441 y ss.

La duda quedó asentada en los alcances del art. 322 del código procesal, porque en el seno del debate parlamentario, un sector de la comisión redactora pretendió incluir en el texto la declaración de inconstitucionalidad, sin recibir apoyo suficiente; lo cual no fue obstáculo para acordar una redacción que parece sesgada, pero que desde la exposición de motivos persuade sobre ampliaciones funcionales.

> En 1971, el Procurador General de entonces, dictaminó en la causa "*Hidronor S.A. c/ Provincia de Neuquén*" (sentencia de fecha 28 de febrero de 1973) que, existiendo "caso" o "controversia", aun tratándose de una acción meramente declarativa, era posible introducir la cuestión constitucional[290]. La causa sentenciada carece de relevancia porqué se redujo al simple proveimiento de tener por desistido el proceso; pero el dictamen tenía un valioso aporte doctrinario que se puede resumir en lo siguiente: *a)* El sistema de control constitucional vigente en el orden nacional impide que se dicten sentencias que priven de valor *erga omnes* a las normas impugnadas y obsta a la emisión de pronunciamientos sobre agravios meramente conjeturales e hipotéticos; *b)* la acción de certeza iniciada sobre la base de un interés sustancial concreto y definido, con efecto limitado a una declaración válida únicamente para quienes son partes, constituye "causa" en los términos de la Ley Fundamental; *c)* la acción declarativa reglada por el art. 322 del código procesal se refiere tanto a las relaciones de derecho privado como a las de derecho público; y si aquélla se emplea para impugnar la constitucionalidad de leyes, no se opone a ello la presunción de constitucionalidad de éstas, en virtud de la naturaleza declarativa de dichas acciones, que hace que durante la tramitación de la causa pueda ser igualmente ejecutada, no así después de resuelta su inconstitucionalidad por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que desde luego hace desaparecer la presunción[291].

El precedente fue solo eso, pues la duda quedó despejada el 20 de agosto de 1985 cuando en la causa "*Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/ acción de amparo"*[292], la Corte, por vez primera, reconoce en la acción declarativa un procedimiento *preventivo* tendiente a impedir que se aplique una norma de dudosa constitucionalidad.

> Explica Bazán que el tribunal […] "con un interesante y valioso desapego por el rigorismo formal, prescindió del *nomen iuris* dado por la accionante a su pretensión [articulada

290 Cfr. Bianchi, Alberto B., *Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?- Las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho (Oliver W. Holmes),* La Ley, 1990-E, ps. 1089 y ss.

291 Cfr. Bazán, Víctor, *Vicisitudes de la convivencia entre la acción meramente declarativa y la acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal,* ponencia al XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Tomo II, San Juan, 2001, ps. 775/6.

292 Fallos, 307:1379.

> primigeniamente como amparo], recanalizándola para subsumirla en el radio de cobertura de la acción declarativa regulada en el art. 322 del código procesal civil y comercial de la Nación, a la que estimó como un canal apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la actora, quien planteaba ante los estrados del tribunal una relación jurídica discutida o incierta, evidenciándose la convergencia de un interés real y concreto susceptible de protección legal actual [considerando 5°], con lo que puede afirmarse que inauguró una suerte de etapa revisionista de su anterior postura negatoria en punto a la potencialidad de la acción declarativa para efectuar, por su intermedio, control de constitucionalidad" ([293]).

Pero en ese mismo año, la causa "*Lorenzo, Constantino c. Nación Argentina*"[294], da un giro y comienza a poner condiciones al progreso de la acción de inconstitucionalidad dentro del mecanismo de las pretensiones declarativas de certeza.

> La sentencia remite al fallo dictado en "*Baeza, Aníbal Roque c/ Gobierno Nacional*"[295] y apoyándose en el dictamen del Procurador General (Juan O. Gauna) sostiene que […] el "interés personal de ciudadano tácitamente merituado no resulta apto para la obtención de amparo judicial por la vía intentada". En el segundo considerando agrega que […] "no se da una causa o caso contencioso que permita el ejercicio del Poder Judicial conferido a los tribunales nacionales cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de otros poderes".

2.4 Hasta aquí hubiera supuesto un regreso a ideas presuntamente abandonadas, pero en el cuarto considerando, agregado a título de *obiter dictum*, dice: […]

> "Que la Corte, al reafirmar tales principios básicos del control de constitucionalidad, estima poner de relieve que ellos no tienen por corolario que en el orden nacional no exista la acción declarativa de inconstitucionalidad. En este punto resulta preciso disipar la confusión entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud [...] y las acciones determinativas de derechos de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos como son la acción de mera certeza o el amparo"[296].

[293] Bazán, ob. cit., p. 777.

[294] Fallos, 307:1387.

[295] Fallos, 306:1125.

[296] Fallos, 306:1125, considerando 4).

Desde entonces se reafirma la acción de inconstitucionalidad, pero se deja en claro que debe ser actuada dentro de un caso concreto donde exista un interés jurídico suficiente y relevante de quien lo pide.

> Esta exigencia la recuerda en la causa "Klein, Guillermo Walter"[297]y la completa en "Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c/ Provincia de Santa Fe"[298], donde nuevamente aceptó resolver la inconstitucionalidad dentro de una acción de certeza. En "Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba"[299], por fin la Corte sistematiza los requisitos de procedencia: a) estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica; b) interés jurídico suficiente en el accionante, en el sentido de que la falta de certeza pudiera producirle un perjuicio o lesión actual; *c)* interés específico en el uso de la vía declarativa, es decir, que el actor no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

En consecuencia, dentro de la pretensión declarativa de certeza se puede articular el pedido de inconstitucionalidad, más no a la inversa, porque el temperamento de acciones directas inexistentes continuaba vigente. La acción fue, entonces, aquélla que se concreta en el sentido que en el momento de dictarse el fallo, se hayan producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho disentido, condición bajo la cual sólo podrá afirmarse realmente que el fallo pone fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que podría acordarse a un supuesto de hecho hipotético.

297 Fallos, 308:1489 del 29 de agosto de 1986. Opina Bianchi que […] este fallo "tuvo lugar al dictarse sentencia en la acción de amparo promovida por Guillermo Walter Klein, con motivo del allanamiento de su estudio jurídico por las comisiones parlamentarias que investigaban irregularidades en la compra por parte del Estado nacional de la Compañía Italo-Argentina de Electricidad. La Corte rechazó el amparo no por cuestiones de fondo, sino porque el mismo había devenido abstracto careciendo el mismo de interés actual. Sin embargo, el tribunal creyó oportuno preguntarse si los planteados de constitucionalidad formulados por el actor, estaban aún vigentes y había interés actual en resolverlos, a lo que respondió negativamente (consid. 11), alegando que expedirse sobre ellos implicaría un apartamiento de las reglas clásicas sobre control de constitucionalidad, cuyo respeto más ortodoxo acredita con citas de sus más antiguos precedentes (Fallos, 1:27 y 292). Ello, la lleva de la mano a un segundo *obiter*, ya que "sin perjuicio de ello (es decir de los principios aludidos) esta Corte reafirma el reconocimiento de dicha acción (la declarativa de inconstitucionalidad) en el orden federal siempre que se den sus requisitos" (Consid. 13). Cita luego los casos arriba estudiados, "*Constantino Lorenzo y Provincia de Santiago del Estero c. Nación Argentina*" (ob. cit., p. 1090).

298 Bianchi, Alberto B., *De la acción declarativa de certeza a la acción declarativa de inconstitucionalidad (La conversión del caso federal en caso judicial),* El Derecho, 2001, Volumen: 200, ps. 577 y ss.

299 Fallos, 310:142, La Ley, 1986C, 117.

3. Prohibición de declaraciones abstractas

3.1 La consulta de constitucionalidad no existe en el derecho federal de nuestro país. Para poner en ejercicio la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación no es suficiente que la pretensión sostenga dudas razonables sobre implicancias jurídicas de una norma cualquiera; no se trata de validar al que pide con la excusa de despejar el estado de incertidumbre que puede traer el acto o hecho que se plantea como contrario a la Constitución. En cualquier caso la especulación no existe; la ncertidumbre no alcanza, ni la respuesta dogmática se permite, pues conforme los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional y el artículo 2º de la ley 27 debe existir una causa que habilite el caso judicial.

> La existencia de un "caso" o "causa", como condición del ejercicio de la jurisdicción en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional, presupone la de "parte", es decir, de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso, y al decidir sobre este punto resulta necesario determinar si existe un nexo lógico entre el status afirmado por el litigante y el reclamo que se procura satisfacer[300].
>
> La cuestión atinente a la legitimación de la demandante para promover el presente amparo, constituye un presupuesto necesario para que exista un casoo controversia que deba ser resuelto por el Tribunal, dado que la justicia nacional no procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte[301].
>
> La existencia de "causa" presupone la de "parte", esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso; la "parte" debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afecten de manera suficientemente directa o sustancial, que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas en los artículos 41 a 43 de la Constitución Nacional, sin que de dichas previsiones constitucionales se siga la automática aptitud para demandar, sin el examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción , en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de "causas" (arts. 108, 116 y 117 de la Constitución Nacional)[302].

[300] Fallos, 342:1549.

[301] Fallos: 323: 4098.

[302] Fallos, 336:2356.

3.2 El modelo es aplicable para todos los tipos de acciones de control constitucional. En el amparo queda precisado en el párrafo del art. 43 constitucional cuando especifica la necesidad del caso donde el juez podrá declarar la inconstitucionalidad referida.

Esto es propio del sistema difuso de fiscalización sobre el cumplimiento del principio de supremacía de la Constitución; por lo cual también se requiere incoar una pretensión precisa que demuestre la controversia donde el conflicto constitucional se manifiesta.

Como antes se dijo, al no existir la consulta como vehículo que permita al tribunal pronunciarse sobre el alcance constitucional de un acto legislativo, el medio es el proceso que podrá resolver el desacuerdo de aplicación concreta que expresa, sin duda alguna, la polaridad de posiciones respecto a la interpretación constitucional.

> La nota por la cual el Poder Ejecutivo de facto, en conocimiento de la acordada de la Corte Suprema que desconoció la validez del decreto de creación de la Cámara de Apelaciones del Norte, hace saber las circunstancias que determinaron dicha creación a fin de que, si la Corte Suprema lo considera conveniente, pueda cumplirse el decreto, no importa una consulta sino un pedido de reconsideración al que no corresponde acceder tanto por no haber variado las circunstancias a que se refiere el Poder Ejecutivo, que la Corte Suprema tuvo oportunamente en cuenta, como porque la decisión referente a la validez constitucional del aludido decreto por razón de su origen no depende de los hechos sobrevivientes (el doctor Repetto sostuvo que la nota importaba una consulta que la Corte Suprema no tenía facultad para evacuar)[303].

No es factible, entonces, que la jurisdicción realice declaraciones abstractas, es decir, fuera de la causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución Nacional o de ésta, a efectos de resolver un conflicto contencioso en los términos del art. 2° de la ley 27[304].

La Corte ha sido enfática en cuanto a que la acción declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un caso, ya que dicho procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa.

[303] Fallos, 201:459.

[304] Fallos: 329:3651.

Nuestro ordenamiento no admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición[305]

> La demanda declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un "caso", ya que dicho procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo, ni importa una indagación meramente especulativa, sino que la acción debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes -al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal- y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto[306].

4. Declaración de inconstitucionalidad sin petición expresa de las partes

4.1 Producto de la influencia de la Constitución de Estados Unidos de América, la ley fundamental local asigna jurisdicción a los tribunales en causas concretas, es decir, en conflictos suscitados ante el Poder Judicial donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación podrá intervenir en forma originaria o por apelación.

Si no existiera esa limitación, los jueces nacionales podrían, por propia iniciativa, revisar los actos de los otros departamentos de gobierno, o de los poderes provinciales. Su autoridad sería, por consiguiente, superior a la de unos y otros, e inconciliable con el principio de la división y equivalencia de los departamentos del gobierno nacional y con la autonomía de los gobiernos locales[307].

La causa o asuntos, son expresiones que indican la necesidad de tener un debate entre partes, en el que la cuestión a decidir trasciende el interés de ellas y, por tanto, admite que el Alto Tribunal pueda actuar sobre temas específicos (art. 116, CN) y como órgano exclusivo (jurisdicción originaria) o a consecuencia del recurso extraordinario (art. 117, CN).

4.2 El caso debe ser contencioso, toda vez que la jurisdicción voluntaria, por vía de principio, no produce sentencias definitivas. De allí que se interprete la existencia de

305 Fallos, 341:1017.

306 Fallos, 341:545.

307. Fallos, 190:142. Cfr. Imaz, Esteban – Rey, Ricardo E., *El recurso extraordinario,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000 (3ª edición), p. 41.

“juicio” en todo proceso ordinario[308], o bien en los de carácter ejecutivo cuando la sentencia produzca efectos irreversibles o se asimilen a un pronunciamiento definitivo[309], e inclusive una amplia gama de situaciones donde el marco procesal no es de controversia entre partes, pero la decisión importa la necesidad de actuar sobre puntos regidos por la Constitución.

Esta línea, como ya se anticipó, proviene de la Constitución de Estados Unidos (art. III), y en nuestro país fue reglamentada por la ley 27 (1862), cuyo art. 2 estableció que la intervención judicial: *“Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”.*

De este modo se encuadran límites y se fomenta la autorrestricción en cuestiones que no signifiquen más que decidir asuntos meramente académicos, especulativos o simplemente consultivos.

Por lo tanto la controversia no puede ser abstracta, quien la promueve debe poseer un interés económico o jurídico que pueda eficazmente ser tutelado por el pronunciamiento a dictarse, no siendo suficiente a estos efectos invocar un perjuicio futuro, eventual o hipotético; de ser así le queda vedada la posibilidad de movilizar la tutela judicial[310].

> No parece haber demasiados cambios en la doctrina judicial, que suele repetir que […] "la justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte; y parte es quien tiene un interés contencioso que antepone al de un contrario, algo que le es propio, que pertenece a su esfera jurídica, que debe debatir con un adversario que invoca un derecho opuesto y contradictorio. Parte es quien tiene algo que perder o ganar del resultado del pleito es decir a quien la sentencia afectará para bien o para mal de una manera concreta directa y específica" [311].

En suma, *caso*, *causa* o *controversia* significa la existencia de un litigio adversarial, dominado por principios y presupuestos tales como el dispositivo, de congruencia y de cosa juzgada que importan a los fines de la siguiente explicación.

308. Fallos, 120:74; 125:21; 142:406; 186:97; 189:394, entre otros.

309. Fallos, 154:274; 184:42; 186:266; 187:466; 191:125, etc.

310. Cilurzo, María Rosa, *Corte Suprema de Justicia de la Nación en la interpretación de variables (mutables)*, La Ley, 2006-E, 850.

311. Fallos, 317:335.

4.3 Por el principio dispositivo son las partes quienes llevan los hechos al proceso, y someten a consideración judicial los derechos en pugna. Según el principio de congruencia, el juez debe fallar conforme con lo pedido, quedando inhabilitado a pronunciarse sobre aquello que queda fuera de la litis por conformidad de los sujetos del proceso, sea por no haberse afirmado o por haberlos excluidos oportunamente.

La cosa juzgada seguirá el principio de atribución individual (límites subjetivos), y valdrá como verdad definitiva sobre lo resuelto (límites objetivos).

Esta mirada es netamente procesal. Aplicable a los procesos comunes no a los constitucionales, porque claro está que, cualquiera que fuese el procedimiento mediante el cual se propusiera a decisión de los jueces una cuestión justiciable, nadie puede sustraer a la esfera de acción del Poder Judicial la atribución inalienable y la obligación que tiene -emanada del art. 31 de la Constitución Nacional- de hacer respetar el Estatuto Fundamental[312].

4.4 El efecto de aquel pensamiento fue impedir que fuera declarada la inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o cualquier otro acto ilegítimo o ilegal, cuando no existiere petición de parte. Cualquier pronunciamiento en contrario significó eludir el marco de congruencia, y exceder la potestad judicial que se encuadró como causal de arbitrariedad.

Lo que no se tenía en cuenta era que la función primordial de la judicatura estaba señalada claramente en la Constitución Nacional, cuyo artículo 31 reforzaba el deber de actuar el derecho fundamental, antes que derivar de los hechos la aplicación de un derecho cuestionable.

La diferencia entre actuar sin caso y hacerlo dentro de uno aunque no hubiese petición de partes, fue el paso siguiente que dio la Corte Nacional.

> El ejercicio de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la

[312]. Fallos, 321:3620.27 de setiembre de 2001.

Constitución Nacional o de ésta, a efectos de resolver un conflicto contencioso en los términos del art. 2° de la ley 27 [313].

Si bien los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -iura novit curiaincluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Constitución Nacional) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, la constitucional, desechando la de rango inferior[314].

Si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, no lo es menos que, como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía constitucional (art. 31 de la Constitución Nacional)[315].

[313] Fallos, 324:3219. “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa”. Sentencia del 27 de setiembre de 2001.

[314] Fallos, 327:3117.

[315] Fallos, 327:352; 326:3939; 324:3269, entre otros.

CAPÍTULO XVIII

El plazo para interponer el amparo. Rechazo in limine

1. Supuesto derogado de improcedencia

1.1 Según la ley 16.986 el amparo se debe deducir dentro de los quince (15) días siguientes (hábiles) al de producirse el acto lesivo o la amenaza cierta y manifiesta (art. 2 inciso e).

La norma es un requisito procesal que, como tal, solo establece un tiempo de perentorio cumplimiento, transcurrido el cual, precluye para el interesado la posibilidad de actuar.

Generalmente, el plazo es un presupuesto vinculado con la oportunidad. Se asocia con el principio de preclusion de los actos procesales, y se relaciona con la seguridad jurídica que acuerda eficacia a los pronunciamientos de la autoridad pública.

Quienes sostienen la razonabilidad del plazo para interponer la acción de amparo, adoptan argumentos de diversa naturaleza. Para Sagüés, tiene fundamento constitucional, que asienta en el valor seguridad y estabilidad de los actos administrativos; el valor del silencio cuando la manifestacion contraria necesita ser expresada en tiempo y forma; la naturaleza excepcional del amparo, y el principio de división de poderes que ubica el lugar, tiempo y espacio que cada uno tiene[316].

También la Corte convalidó este término, aunque refiriéndose al cómputo de los intervalos cuando se debe señalar desde cuando comienza el conteo […]

[316] Sagüés, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Astrea, Buenos Aires, 1991 (3ª edición), p. 276.

> Si bien las cuestiones de orden procesal, aun regidas por leyes federales, no autorizan la intervención de esta Corte por la vía excepcional utilizada, en la especie debe hacerse excepción a tal principio, pues, como lo destaca el señor Procurador General con fundamentos que esta Corte comparte, los jueces de la causa han desnaturalizado en forma inaceptable la norma procesal que fija la fecha a partir de la cual debía computarse el plazo de 15 días para la presentación de la demanda. En efecto, el art. 2º, inc. e), de la ley 16.986 dispone que el amparo no es admisible cuando "la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince dias habiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse", criterio que en resguardo del derecho de defensa del interesado, exige que el plazo se cuente a partir del momento en que el accionante pudo objetivamente conocer la norma legal que considera lesiva, que no es otro que el de su publicación en el Boletín Oficial y no a partir de la promulgación de la misma[317]..

Sin embargo, el dictamen del Procurador General sostenía que la aplicación de los preceptos procesales, no podía exceder irrazonablemente los limites que impone el respeto de la garantía, la cual requiere que se brinde a los interesados ocasión adecuada para ser escuchados en sus razones[318]; diciendo así, con claridad, que los tiempos para el acceso a la justicia podían ser un obstáculo, que desnaturaliza el derecho constitucional del debido proceso.

1.2 Tiempo después la Corte nacional confirma este criterio y en el resonado caso "Video Club Dreams"[319], famoso no por haber interpretado el plazo procesal en el amparo, sino por otra proyección, interpreta […]

> En cuanto al punto de partida del plazo de 15 días, que establece el art. 2, inciso e, de la ley 16.986, debe recordarse que se trata de una cuestión de índole procesal que, aunque regida por una ley federal, no autoriza -en principio- la intervención de esta Corte por la vía excepcional utilizada[320]. En el caso, no corresponde apartarse del señalado principio -a efectos de considerar el inicio del plazo de 15 días citado- pues el *a quo* pudo razonablemente entender que "el acto [de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione...] fue ejecutado" (arts. 1° y 2°, inciso e), con la intimación efectuada por la demandada mediante el acta de fs. 2 y no –en cambio- con el mero dictado de las normas generales en las cuales la intimación tuvo sustento. Las circunstancias fácticas del sub

[317] Fallos, 307:1054

[318] Fallos, 292:211.

[319] Fallos, 318:1154.

[320] Fallos, 310:2937; 312:1332, entre muchos otros.

> examine difieren totalmente de las tenidas en cuenta por este Tribunal al dictar sentencia en Fallos, 307:1054 y fundan suficientemente el razonamiento del *a quo*, más allá de su acierto o error.

Por su parte, el voto del juez Belluscio trajo un tema que después sería de notoria repetición, Se refería al principio de ilegalidad contínua […]

> Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, se ha señalado que ni el inciso d, in fine, ni el inciso e, del art. 2 de la ley 16.986, pueden constituir una valla infranqueable a la tarea judicial de estudiar la concordancia del acto impugnado con la Constitución Nacional. Máxime si se considera que con la acción incoada no se enjuicia un acto único del pasado, sino una ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de promover la acción y también en el tiempo siguiente[321].

1.3 Había pasado muy poco tiempo desde la reforma constitucional. La jurisprudencia vacilaba, y algunos tomaron el camino de analizar desde cuando se debía contar el plazo de quince (15) días para demandar.

Como la Constitución nueva no tenía un vencimiento dispuesto, lo que era lógico desde que no es una ley procesal, algunos tribunales procuraron dar certeza mediante la emisión de fallos plenarios.

La Cámara Federal Civil y Comercial dispuso para sus jueces inferiores el criterio siguiente […]:

> Si el amparo es un proceso, tal como lo son todos aquellos que dirigen sus acciones contra el Estado, debe estar sujeto a un plazo procesal. En consecuencia, no puede sostenerse que no exista plazo alguno o que el mismo quede librado a la discrecionalidad judicial; por ello, el plazo de caducidad del art. 2º inc. e) de la ley 16.986 no está vedado por la Constitución, ya que presenta factores de conveniencia para su aplicación en el vigente régimen de amparo[322].
>
> En el ámbito de la justicia civil se había dicho que, la norma del artículo 43 de la Constitución Nacional no contiene una derogación en bloque de las disposiciones de la ley 16.986 sobre la acción de amparo, sólo deben entenderse derogadas aquellas condiciones de admisibilidad de la acción que lo hayan sido de modo expreso, entre las que no cabe incluir la enunciada en el artículo 2º inciso e, de la ley que dispone que dicha acción no será

[321] Principio que la CS había adoptado también en Fallos, 307:2174.

[322] CNFed. Civ. y Com. en pleno, 6 de marzo de 1999, La Ley, 2000-C, 345. “Luego de sancionada la reforma constitucional de 1994, mantiene su vigencia el art. 2 inc. e) de la Ley 16.986”.

> admisible cuando la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse[323].

2. El plazo después de la reforma de 1994

2.1 Tras la reforma constitucional se ha cuestionado la vigencia de este precepto procesal que confronta con el derecho a tener una vía "rápida y expedita" para la protección de los derechos constitucionales afectados.

Si expedito es sinónimo de: rápido, pronto, raudo, ágil, diligente, listo, libre, también se puede leer como "sin condiciones", sumando en todos los conceptos la idea de suprimir el plazo perentorio, que en sí mismo, porta un límite o condición al acceso a la justicia.

> Sostiene Rivas que la reforma constitucional obliga a tramitar el amparo en forma expedita, y ello significa que no está sujeto a condicionamientos de modo que el artículo 2º de la ley 16.986 y con ello el plazo de caducidad del inc. e) se derrumba estrepitosamente. La liberación de condicionamientos alcanza también a la existencia del plazo de caducidad fijado por ese ordenamiento desde el momento que la Constitución no hace ninguna salvedad al respecto y un amparo expedito no se compadece con un lapso tan exiguo como el referido por aquel inciso[324].

El escollo que produce el plazo para demandar, de todos modos, se puede superar tomando como evidencia los hechos que se enjuician, pues al tratarse de una acción arbitraria, un acto ilegal, una omisión lesiva, y en todas ellas se conserva la característica de ilegalidad continuada, la persistencia actual y seguida, demuestran la existencia del acto o hecho lesivo.

No es un hecho único, ya pasado, ni un hecho consentido tácitamente, ni de aquellos que en virtud de su índole deben plantearse en acciones ordinarias; por eso el amparo solo tiene el límite del agravio devenido abstracto.

> El plazo de caducidad contemplado en el art. 2°, inc. e, de la ley 16.986 no puede constituir un impedimento insalvable cuando con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad periódica o continuada[325].

[323] CNCiv., Sala F, 13 de marzo de 1998, "Donatelli c/ Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

[324] Rivas, *El amparo*, cit., ps. 202 y 203.

[325] Fallos, 341:274.

2.2 Para aplicar la regla de la ilegalidad continuada es necesario que se conserve la actualidad del perjuicio, y que ello se mantenga hasta el tiempo de entablar la demanda. La subsistencia no es un requisito de la acción, porque lo manifiesto ya está expresado en la pretensión admitida.

> Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su falta de utilización no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias y los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales[326].

Por otro lado el tiempo cuando se produce el impacto negativo en las garantías, se puede dar fraccionadamente, y sin continuidad, aunque se repita periodicamente, de lo que se infiere la imposibilidad de tener al primero de los actos como el punto de arranque para el cómputo del plazo para demandar.

No hay en estos supuestos un solo hecho que sea determinante para adoptarlo como punto exacto para el cálculo del término legal, a los fines de la interposición de la acción; y de tomar al primero, sería contrario al derecho que el amparo tiende a preservar.

Impera en estos casos, y otros que puedan espejarse, el criterio que elude pronunciarse sobre la existencia de un plazo cierto y preciso para entablar el amparo. Así como la Corte Interamericana no define estándares de fechas ni tiempos para esclarecer cuando se viola la garantía del plazo razonable, también nuestro Alto Tribunal de justicia nacional opta por este camino.

> Al desestimar la vía del amparo con motivo del mero vencimiento del plazo previsto en el art. 2°, inc. e, de la ley 16.986, la cámara prescindió de considerar una circunstancia decisiva para dar una respuesta sostenible a su decisión de cancelar la admisibilidad de dicho remedio constitucional, pues desconoció el carácter periódico de la prestación reclamada por la peticionaria para su hijo menor discapacitado para su reincorporación a un sistema de ayuda económica, en el marco de un conflicto urgente destinado a tutelar

[326] Fallos, 342:1203.

> derechos que cuentan con reconocimiento directo e inmediato en Tratados Internacionales de Derechos Humanos[327].

2.3 En el caso de la afectación continua o periódica (pero regular en sus manifestaciones), es posible interpetrar que si un hecho o acto de cualquier tipo, está destinado a producir efectos continuados que se reproducen de un modo periódico o sistemático, o que perduran en el tiempo sin solución de continuidad, la posibilidad de ejercer la acción de amparo no se agota con el fenecimiento del plazo establecido, contado tal como lo establece la ley federal de amparo.

Admitir lo contrario en estas circunstancias, importaría imponer a toda persona la carga de impugnar la norma o acto cuestionable del poder público o del particular, como condición *sine qua non*, para mantener expedita la vía del amparo, aunque aún no se hubieren producido los efectos susceptibles de tacharse de incompatibles con los derechos o garantías constitucionales invocados por el interesado o aun cuando, en función de circunstancias susceptibles de variación temporal, recién pongan de manifiesto su inconstitucionalidad con mucha posterioridad al dictado de la norma.

En nuestro parecer, el derecho de amparo creado por la Constitución Nacional idealiza un proceso sin cortapisas formales donde el plazo para deducir la acción procesal no puede limitarse con reglamentaciones írritantes al sentido fundamental que tiene la disposición garantista.

Con ello no alentamos la imprescriptibilidad o cualquier tiempo para interponer la pretensión; tan sólo, dejamos en la responsabilidad social de los jueces analizar caso por caso la temporaneidad del planteo.

Lógicamente, la perentoriedad manifiesta el interés y la urgencia de la actuación, por eso, manteniendo en la jurisdicción la potestad de controlar el tiempo oportuno, parece más razonable verificar la actualidad del hecho o acto lesivo para admitir el amparo.

> Bien apunta Rivas que el plazo de caducidad constituye una forma de afectar el derecho de acción de los sujetos: por eso es que corresponde utilizarlo con criterio absolutamente restrictivo y la primera condición al efecto, es que resulte impuesto de manera

[327] Fallos, 341:274.

> incuestionable, por una ley positiva; de no ser así y en la duda corresponderá descartar la solución impeditiva[328].

3. El rechazo in límine

3.1 Según el artículo 3 de la ley de amparo […]

> Si la acción fuese manifiestamente inadmisible, el juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones.

La vigencia de este precepto es al menos rebatible. Las cuestiones de admisibilidad que siguen vigentes las vimos en los capítulos que preceden; los que están virtualmente derogados (declaración de inconstitucionalidad y plazo para demandar) también; ahora el interrogante es otro, porque los anteriores tienen motivos propios para desechar el amparo.

Cuadra preguntarse ¿Puede ser rechazada *in limine* la demanda de amparo por ser manifiestamente inadmisible?. Si la respuesta es afirmativa, entendemos que se relacionará con causales diferentes a las examinadas en el artículo 2º de la ley; pero si es negativa, cuáles serían los motivos para justificarlo.

Si bien es cierto que los jueces mantienen la facultad de recibir y desechar de inmediato una pretensión, también lo es que esta potestad se debe interpretar con criterio restrictivo cuando se trata de denegar, sin más trámite, el reclamo de tutela a un derecho constitucional.

La modificación que trajo el art. 43, y las cláusulas insertas en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, revisten una jerarquía superior a cualquier reglamentación procesal. Por eso, es evidente que, si el amparo se razona como vía directa, resulta prácticamente imposible justificar un rechazo pronto de la pretensión. En cambio, si queda adoptado el temperamento subsidiario, la existencia de un camino igualmente idóneo podría cancelar inmediatamente la continuidad del proceso abierto.

3.2 Sin embargo, no hay una solución tan clara que sirva para elegir entre un camino u otro. Es evidente que la reforma constitucional solo menciona la vía judicial

[328] Rivas, *El amparo*, cit., p. 219.

más idónea como causa de rápida repulsión; mientras que el artículo 3º se relaciona con lo manifiestamente inadmisible.

Aquí la doctrina divide el territorio de fuerzas. Por un lado, están los que sostienen la derogación virtual del rechazo in límine referido a las cuestiones de forma, admitiendo que pueda ser devuelto y archivado, cuando el fondo es claramente insustancial.

> Por ejemplo, estamos escribiendo este libro en tiempo del "coronavirus", cuando un abogado interpuso vía hábeas corpus, la inconstitucionalidad de algunos artículos del decreto de necesidad y urgencia dispuesto por el Poder Ejecutivo nacional, por el cual se ordena a la población mantenerse en sus domicilios sin salir, como forma de lograr con el aislamiento social preventivo, un medio de evitar la transmisión y contagio del virus. La fundamentación constitucional aportada expone que existen restricciones a la libertad ambulatoria y al derecho de reunión. El proceso fue rechazado in limine, sosteniendo entre otros argumentos que […] "no se vislumbra falta de razonabilidad alguna, y mucho menos una restricción a la libertad de los habitantes de la República, sino que se imponen restricciones con el fin de asegurar el bien común. Máxime cuando es aplicable para toda la población sin distinción alguna […][329]".
>
> Poco tiempo después, un amparo presentado en la Ciudad autónoma de Buenos Aires, resistió la medida de prohibir a los mayores de setenta (70) años salir de su domicilio, sin consultar antes a las autoridades, con el fin de darles la posibiidad de quedarse en sus casas, enviandoles un apoyo. Aquí la decisón -cautelar- resolvió con otros fundamentos, y entendió que estaban vulnerados derechos de la ancianidad.

En este sector caminan los que expresan la necesidad de conservar el carácter contingente y extraordinario del amparo, como instrumento esencial para que se concrete el control de constitucionalidad, siendo inadmisible cuando tiene otras finalidades.

> María Mercedes Serra, agrega que, por ser el amparo un proceso especial que integra el elenco de los procesos constitucionales, forzoso resulta concluir que, como tal, posee requisitos de admisibilidad de la demanda que son evidentemente más estrictos que los requeridos para los procesos ordinarios y, en consecuencia, el juez cuenta con mayores facultades que en el proceso civil en general para verificar el cumplimiento de tales recaudos y para disponer el rechazo liminar[330].

329 Juzgado Nacional en lo criminal y correccional nº 14. Sentencia del 20 de marzo de 2020.

330 Serra, ob. cit., p. 167.

También recorren este sendero las expulsiones inmediatas que verifican la calidad del acto lesivo, para impedir que se hagan planteos académicos; o traigan casos que expresen una consulta, o solo pretendan satisfacer el principio de legalidad objetiva, lo que traduce un interés directo en la declaración de nulidad intentada, sin que en ninguno de ellos haya un verdadero afectado o un interés legítimo, o trascendetne que permita abrir la puerta del amparo.

3.3 Corresponden a este grupo, asimismo, los que piden que al proceso de amparo lleguen únicamente cuestiones efectivamente proponibles.

> La búsqueda del reconocimiento del derecho a través de la pretensión determina entonces la importancia de los presupuestos procesales que condicionan el éxito final a obtener en un pronunciamiento favorable. Dada la trascendencia del acto que se invoca y la magnitud de los efectos que portan la pretensión, ésta debe perfilarse y dibujarse en sus consecuencias como un acto "objetivamente proponible", pues de lo contrario la demanda será improcedente o inadmisible según el vicio extrínseco que la afecta[331].

La diferencia está en el análisis preliminar que se realiza. Las formas son secundarias en materia de amparo, tanto que las propias "Reglas de Brasilia", a las que adhirió nuestra Corte Suprema en Acordada 5/2009, expresan como objetivo, que se orienten hacia la desformalización de las reglas del procedimiento, con el fin que ellas reporten a la sencillez del trámite, como a los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales.

> En el Caso *Cantos vs. Argentina*[332], la Corte Interamericana afirma que […]: El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizarlo señala que la norma establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. La Corte, asimismo, en reiteradas oportunidades repite, que la garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención", y que para que el Estado cumpla con

331 Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia en el proceso*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe., 2000 (1ª edición), ps. 199 y ss.

332 Caso *Cantos vs. Argentina*. Sentencia del 28 de noviembre de 2002 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C nº 92.

> lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana" [333].

De modo, entonces, que lo manifiestamente admisible reside en la carencia de fundamentación. que vuelve a la demanda ostensiblemente improcedente. No lo es por las demás causales del artículo 2º, porque de aplicarlas, ellas serán mencionadas.

La *improponibilidad objetiva* de una pretensión atiende a la ausencia absoluta de fundamentos, a aquél interés que jurídicamente no es digno de protección y que le impone al juez un examen anticipado de la pertinencia sustancial, toda vez que si lo deriva a la sentencia de mérito, corre el serio riesgo de provocar un dispendio jurisdiccional por haber tramitado un pleito carente de la mínima motivación en derecho.

Precisamente, como esta "denegación de justicia" a través del efecto de la "improponibilidad" se da como rechazo liminar, dando una sentencia denegatoria que tiene que ser fundada, es conveniente corresponder esta repulsa con el derecho de acceso a la justicia, como explicamos en el siguiente punto del capítulo.

3.4 Antes de ello, observemos lo siguiente. El rechazo in limine procede cuando lo manifiesto de la pretension vuelve inadmisible el trámite, al punto que, recurso eventual mediante, procede ordenar de inmediato el archivo de las actuaciones.

La potestad jurisdiccional puede dividir la atención en dos problemas esenciales: a) el control sobre el fundamento de la pretensión, y b) el control sobre las formalidades que hacen admisible la vía del amparo.

En el primer supuesto, debe confrontarse con objetividad cuanto se pide, porqué de facultar al juez a rechazar por cuestiones de fundamentación, que son habitualmente los motivos sustanciales (constitucionales) de la demanda, se otorga una dimensión diferente al concepto de "admisibilidad" que trae la norma reglamentaria.

[333] Ver jurisprudencia reseñada en Gozaíni, Osvaldo A., *El Sistema Procesal Interamericano.* Ediar, Buenos Aires, ps. 825 y ss.

> Por ejemplo cuando la Corte sostiene que […] no se puede rechazar in límine, cuando se persigue la protección de derechos individuales de una pluralidad relevante de sujetos; existe una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo y la pretensión se encuentra enfocada a los efectos comunes del problema que se vincula directamente con el derecho a la salud, presentándose una homogeneidad fáctica y normativa que hace razonable la promoción de la demanda en defensa de los intereses de todos los afectados y justifica el dictado de un pronunciamiento único con efectos expansivos a todo el colectivo involucrado[334]

Es decir, la idea de "admisibilidad" supone siempre atender cuestiones formales y no las de "pertinencia" o "fundabilidad" de la pretensión. Por ello, si aceptamos la potestad de rechazar la demanda objetivamente improponible, podemos variar el sentido reglamentario oportunamente acordado.

> Adolece de un rigorismo formal injustificado que no se compadece con los fines de la institución del amparo -particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física-, la sentencia que rechazó in limine la acción con una aplicación mecánica de un precedente de la Corte en el que la acción no se había dirigido contra la obra social y el Estado Nacional asumía un carácter subsidiario, sin examinar adecuadamente los alcances de la pretensión de la accionante ni las particularidades del planteo de la litis, donde la actora sostuvo que la obra social se hacía cargo parcialmente de los gastos y por eso accionó únicamente contra los dos organismos del Estado Nacional[335].

En cambio, si la posibilidad de rechazo obedece únicamente a cuestiones formales (que ya vimos su relatividad), evidentemente esta facultad está sensiblemente modificada por la reforma constitucional, en función de lo normado por su art. 43 y por los tratados internacionales que, en razón del principio consagrado por el art. 75 inciso 22 de la Carta Magna, revisten jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de aquélla y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

> Por ejemplo, la Corte nacional asi como revisa el rechazo limnar y lo reconduce ante afligencias colectivas; no usa el mismo estándar como precedente. De ese modo, confirmó la sentencia que rechazó in limine la demanda de amparo entablada por una asociación de consumidores contra una empresa de medicina prepaga, a fin de que provea de equipos de ventilación mecánica y accesorios para el tratamiento del "síndrome de apnea obstructiva

[334] Fallos, 338:29 con remisión a 332:11 causa *Halabi*.

[335] Fallos, 332:1200.

> severa" a todos sus afiliados que padezcan dicha enfermedad y requieran tratamiento, pues no concurre el presupuesto mencionado en el precedente "Halabi" (Fallos: 332:111) respecto a la verificación de una causa fáctica común, toda vez que la asociación no ha logrado identificar la existencia de ese hecho -único o complejo- que cause una lesión a una pluralidad relevante de sujetos, y de las constancias de la causa y de los dichos de los actores surge que el afiliado solicitó la provisión del equipamiento, necesario para el tratamiento de la afección que padece, y que la demandada no dio respuesta a su reclamo, por lo que no se advierte que la situación planteada lesione intereses individuales homogéneos que la asociación pueda validamente defender, al no extraerse siquiera de manera indiciaria la intención de la prepaga de negarse sistemáticamente a atender planteos de sus afiliados semejantes a los del requirente[336].

De esta forma, si "toda persona" tiene derecho a un proceso rápido y expedito contra cualquier acto o amenaza de sus derechos constitucionales, ningún juez puede obstaculizar el derecho a obrar la garantía: esto es, a tener un proceso tutelar de esos derechos.

En otros términos, el rechazo in limine es una figura desalineada con los fines de protección constitucional que el amparo promete, pues consagra una solución incompatible con el objeto fundamental de la demanda, esto es la tutela inmediata de los derechos humanos acogidos en la Constitución Nacional, Tratados y Conveciones sobre Derechos Humanos.

La clausura inmediata y el archivo consecuente son desproporcionados y violatorios del derecho de toda persona a tener un proceso rápido y expedito.

No obstante, la decisión es recurrible, pues resultaría inconstitucional impedir la revisión judicial de los aspectos en juego, sin reparar en los singulares bienes jurídicos en juego[337].

4. Demanda objetivamente improponible

4.1Aunque los resultados sean iguales en orden a desechar de inmediato la demanda formulada, entendemos que la facultad de rechazar in limine no se puede fundamentar en la discrecionalidad que ampliamente concede el artículo 3 de la ley de amparo. Podría quedar muy cercano a la denegación de justicia, o proclive a denunciar

[336] Fallos, 335:1080.

[337] Fallos, 331:2119.

la sentencia como violatoria del debido proceso, uno de cuyos estándares es, la facilidad para el acceso.

Para nosotos la potestad jurisdiccional se encuentra en otro lugar. Como todo proceso constitucional, la causa de pedir ha de ser manifiesta y de notoria injusticia. Es en estos recintos donde se necesita demostrar fundadamente el objeto constitucional. En cambio, en aquellos juicios de conocimiento que no requieren la concurrencia de determinados requisitos sustanciales y que se sostienen en la mera individualización de los presupuestos básicos de su accionar (expuestos en forma superficial y basados en el soporte de la verosimilitud), la operatividad del principio se contrarresta por la limitación que existe respecto del mérito de la causa (v.gr.: procesos de conocimiento; juicio ejecutivo; declaración de incapacidad, alimentos, etc.).

Estos últimos atraviesan un juicio de admisibilidad tipificado en el encuadre previsto por el ordenamiento adjetivo, y su apartamiento de las reglas formalizadas ocasiona el eventual rechazo *in limine.*

4.2 Por ello la principal atención a prestar converge en el objeto del proceso; es decir, que corresponde deducir si la *causa petendi* guarda aptitud razonable para poner en marcha la jurisdicción.

La natural conclusión del encuadre será, en suma, la que surja del estudio objetivo de la pretensión. Si ésta tiene un error apuntado en la forma de presentación "vicios extrínsecos", la facultad de saneamiento y ordenación que pondera las aptitudes del juez constitucional pueden, en lugar de desterrar la demanda, imponer la corrección o compostura del objeto peticionado. En cambio, si la patología que arrastra la pretensión guarda tal entidad que se puede predecir la inutilidad del trámite, la actitud jurisdiccional no puede ser otra que el rechazo inmediato a esa postulación manifiestamente inoficiosa.

Ahora bien, toda pretensión expuesta en una demanda necesita examinarse previamente para habilitar la marcha jurisdiccional. Así, surgen imprescindibles algunas etapas o juicios previos de admisibilidad que se dirigen a corresponder los presupuestos procesales generales (v.gr.: competencia, legitimación; formalidades). Son secuencias de un mismo procedimiento que aún no se ha sustanciado pues el debido proceso debe conformarse inicialmente, a riesgo de soportar nulidades posteriores. En estas etapas

previas, el juez determina la habilidad (es decir un ajuste a las reglas de la competencia), la regularidad (procedencia y admisibilidad formal) y el fundamento (ámbito de la idoneidad).

En los dos primeros pasos estudia la aptitud formal para encauzar la demanda; en el restante atiende la posibilidad de dar una respuesta favorable a la pretensión (en el sentido de darle curso). El paralelo entre fundamento y sustanciación se razona en la conveniencia de sujetar el objeto del proceso a todo aquello que fuera lícito y permitido.

En consecuencia, cuando la inidoneidad deriva del objeto o de la causa de la pretensión, se descalifica el andamiento por la improponibilidad objetiva que luce.

4.3 Finalmente, cabe recordar que el principio de autoridad del juez, como tercero director de la contienda, y el nuevo rumbo que marca la funciòn constitucional del juez en los procesos sobre derechos humanos y la protección de derechos fundamentales, indican los pilares donde se sstiene el poder de rechazar sin más trámite una pretensión manifiestamente improponible.

El servicio efectivo de la justicia, a través de una magistratura atenta, conlleva la facultad de contrarrestar todo ejercicio abusivo del derecho que, mostrado en apariencia ajustado a principios constitucionales, en realidad somete una aspiración absolutamente alejada de resguardo normativo y carente de tutela jurisdiccional.

Empero, el derecho a la jurisdicción y a la audiencia le impone al juez la regla de fundamentar la decisión, demostrar objetivamente el vicio que hace inadmisible la pretensión expuesta y justificar en derecho la causa normativa que obstaculiza el andamiento.

La duda, la apariencia formal del derecho y todo motivo de prevención que tenga el juez para operar de oficio la repulsa jurisdiccional orientan la gestión procesal, sin perder de vista la posibilidad de corrección toda vez que, advertida la carencia de cualidad, no debe tolerarse saneamiento ni convalidación de lo que es objetivamente improponible.

5. Conclusiones

5.1 La permanencia sin cambios de los artículos 2 inciso e), y 3 de la ley 16.986 nos pone en el escenario a dos actores que modificaron el rol que debían cumplir al tiempo de la puesta en proscenio.

El plazo para interponer el amparo es una regla estrictamente procesal que no puede colapsar con la regla de indicar cuál es la vía judicial más idónea, cuando al recibir el amparo se entiende que existen vías más aptas para tramitar el conflicto constitucional. No es el tiempo el que define la admisión, sino la calidad del acto o hecho lesivo.

La caducidad no está prevista en la Constitución, que claramente impone la garantía de un proceso rápido y expedito; de usar el tiempo como un requisito de perentoriedad, se agravia la norma fundamental y se viola el acceso a la justicia.

5.2 En cuanto al poder de rechazar "in limine" litis la demanda, debe ejercerse con suma prudencia, cuando sea manifiesta la violación de las reglas de formalización de la demanda, a punto tal que su gravedad impida construir un requerimiento revestido del grado mínimo de seriedad que debe tener toda actuación ante la justicia.

Tal criterio restrictivo se aplica por cuanto el rechazo de oficio cercena el derecho de acción vinculado con el derecho constitucional de petición; más allá de las facultades de saneamiento, cuando ello sea posible para enderezar la pretensión.

Sin embargo, la repulsa inmediata del amparo no es habitual en el marco estricto que pretende aplicar la ley 16.986, porque de algún modo, entra en colisión con la prudencia que el ordenamiento procesal (que rige supletoriamente) le pide al juez en el art. 34 inciso 5 ap. *b).* Por eso, la facultad enunciada con carácter general en el art. 3º comentado, no se refiere a las formas, sino al fondo del asunto llevado al juicio constitucional.

CAPÍTULO XIX

Autoridad pública

1. Concepto de autoridad

1.1 La historia del amparo comienza contra un acto de autoridad pública que impactaba en los derechos constitucionales de una persona que se dijo afectada. No volveremos a contar el “Caso Siri”, pero desde aquel entonces (1957), individualizar el sujeto que se identifique como “autoridad” resulta conflictivo, cuando no, de difícil esclarecimiento.

El problema radica en la ambigüedad del término, y la distinta extensión como se interpreta. Podrá ser cualquier funcionario de la administración pública o sólo aquéllos que tienen facultades decisorias; en algunas legislaciones se incluye a jueces y funcionarios del Poder Judicial -en la medida que también son autoridades públicas-, o en sentido general, a todo aquél que pertenece al arganismo estatal.

Por otra parte, autoridad puede ser quien tenga potestades específicas, poder de decisión o mando sobre otros, alojando el concepto en lo individual (por ejemplo, el abuso de autoridad de un policía en ejercicio de un acto cualquiera); pero si se amplifica la idea, autoridad verdadera tiene quien conserva para sí la última palabra, revocando las decisiones anteriores, conviertiéndose en el responsable general de cuanto sucede (v.gr.: la Policía como institución; o el Ministtro del cual depende).

> Gregorio Badeni, en una de las primeras lecturas posteriores a la reforma, sostiene que, a los fines del amparo, "reviste el carácter de autoridad pública, todo organismo dependiente de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial del gobierno, la administración central, las entidades autárquicas, sociedades del Estado, los concesionarios de servicios estatales, y

> todos los funcionarios, agentes y empleados estatales que, en el ejercicio de su rol institucional, incurran en actos u omisiones lesivos para los derechos constitucionales"[338].

La amplitud puede llevar a confundir al sujeto pasivo que se deberá requerir en el juicio de amparo; así como desordenar la vía procesal más adecuada para resolver el conflicto. Lo primero porque la acción tiene connotaciones que polemizan el alcance sobre quien debe ser demandado; lo restante, porque siendo controversias administrativas, existe la posibilidad de aplicar un régimen legal de subrogaciones que configuran actos típicamente administrativos que son revisables judicialmente en las mismas condiciones en que puede serlo cualquier acto de autoridad pública que decida sobre la materia, con prescindencia del departamento del gobierno, nacional o local, que hubiera emitido el acto cuestionado[339].

1.2 En algunas leyes se establece que la demanda se debe dirigir contra el servidor o el titular del órgano que aparezca como presunto autor del agravio. Aquí se suele unificar la responsabilidad, sin importar si uno u otro hubieran actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación. El identificador está en la decisión irrevisable, tomada por el organismo o funcionario de mayor jerarquía.

> México, en cambio, establece en el artículo 5º apartado II de la ley federal de amparo (t.o. 2018), que son partes demandadas: a) La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas; b) los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

Otros, prefieren encausar el proceso con la autoridad competente. En estos casos es indispensable que la denuncia de ilegalidad o abuso de poder se formalice contra el órgano de poder formalmente responsable, aunque no sea quien haya ejecutado el acto. Este principio tiende a facilitar la garantía de cumplimiento, que en otros tiempos era

338 Badeni, Gregorio, *Reforma Constitucional e instituciones políticas*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1994., ps. 134 y ss.

339 Fallos, 331:536.

eludida mediante el principio de jerarquía administrativa, según el cual la autoridad superior no recibía órdenes ni instrucciones de funcionarios de menor rango.

1.3 Ahora bien, estos son problemas de legitimación, que resulta un tema diferente al que debemos analizar en este capítulo. Ahora se trata de identificar a la autoridad que se debe emplazar y, en este aspecto, la propia ley no es determinante pues indica que la individualización del demandado debe realizarse "*en lo posible*", en razón de entender que no es imprescindible tal especificidad, como sí, en cambio lo requiere para el órgano responsable, pues la sentencia solicita "*la mención concreta de la autoridad contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo*".

> Para Bidart Campos, la individualización citada no es fundamental en los casos de responsabilidad del Estado por la conducta de sus agentes, actuando como tales, ya que aquél debe reparar los daños ocasionados por éstos. Del mismo modo, cuando la restricción legítima de un derecho o garantía sólo puede (legalmente) provenir de un órgano específico, basta con averiguar si tal ente ha dispuesto o no la medida; y si dicha repartición manifiesta que no adoptó la decisión baso estudio, quiere decir que ella ha sido ilegalmente promovida, y que, por tanto, debe subsanarse en el amparo, sin importar básicamente quien cometió la arbitrariedad[340].

2. Autoridad ejecutora del acto lesivo

2.1 La Corte Suprema de Justicia de la Nación explica que, las normas que regulan el amparo, reconocen legitimación pasiva para ser demandados a ¨autoridades¨ que pueden carecer de personalidad jurídica genérica, pero la tienen limitada al ámbito del mencionado proceso (art. 8° de la ley 16.986)[341]. De este modo, no identifica como sujeto del proceso a quien produce el vicio constitucional, al radicar la personalidad procesal en cabeza del órgano que producirá el informe circunstanciado.

La división entre órgano ejecutor de la presunta violación constitucional, y autoridad representativa que debe responder ante la decisión que hace lugar al amparo, no es suficiente para dilucidar donde está la autoridad.

[340] Bidart Campos, *Régimen legal y jurisprudencial del amparo,* p. 381 (edición 1968).

[341] Fallos, 310:749.

Recordemos, por ejemplo, las primeras sentencias dictadas en los amparos contra las medidas tomadas en emergencia económica del año 2001, cuando se decretó la inconstitucionalidad del fundamento legal y se ordenó la devolución a los afectados de las sumas de dinero que quedaron en los bancos (que no estaban demandados).

Tal situación obligó a la Corte Nacional a tener que utilizar argumentos de soslayo, para eludir el problema que habían sufrido casi todos los juicios donde no estaba debidamente integrada la litis. Vale decir, en orden a cuanto nos interesa, si bien la inconstitucionalidad estaba bien planteada, no era igual el alcance de la sentencia respecto al universo de "autoridades" implicadas.

> Dijo la Corte […]. Si bien el art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se refiere exclusivamente a la potestad de la Corte para entender respecto de medidas cautelares dictadas aun por quien no reviste la calidad de tribunal superior de la causa, si la medida cautelar coincide con el objeto de la demanda, la resolución que declaró su viabilidad constituye un anticipo de jurisdicción e implica el juzgamiento del fondo del asunto por lo que la competencia del Tribunal no queda circunscripta al estrecho marco cognoscitivo de la cautela sino que se extiende también a lo que ha sido tema de fondo, o sea, al planteo sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada[342].

2.2 Inclusive, al ver que la demanda de amparo impone para su continuidad requerir un informe a la *autoridad que corresponda*, podría agregarse un elemento más de desconcierto, si la acción la contesta un órgano extraño al productor del acto lesivo.

Bien explica Rivas que […]

> No reuniéndose la condición de requerido -autoridad superior, parte- se producirá cierta distorsión indicativa de que en el amparo, los principios y las instituciones comunes a todo proceso sufren una adecuación al objetivo básico de esa vía; por un lado habrá un informante, cuya presencia en el pleito le permitirá asumir carácter de parte en la medida en que no lo haga la persona jurídica responsable definitivo de la conducta de aquél, es decir el poder; el órgano, la repartición autárquica, la empresa estatal en función de la autoridad pública, etc. Contestado el informe y producida tal presencia, la condición de parte, la legitimación pasiva, se restituye en cabeza de quien lo es naturalmente[343].

342 Fallos, 325:28; 325:366.

343 Rivas, *El amparo*, cit., p. 247.

La duda persiste cuando se admite que la demanda se formalice ante cualquier agente u órgano de la administración pública, quien puede estar actuando en cumplimiento de resoluciones jerárquicas que le imponen un obrar contra el cual se eleva la queja constitucional.

2.3 La dispersión se agrava cuando se quieren encontrar aspectos comunes que identifiquen el acto lesivo de la "autoridad", porque si bien ellos podrían quedar en la unilateralidad de la ejecución y en la obligatoriedad que el afectado debe cumplir, pronto advertimos que ello cae cuando existe una relación de subordinación entre quien ejecuta el acto y el responsable de la alteración constitucional.

Puede ocurrir, también, que el que produce la amenaza, o afecta con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta el derecho constitucional, no tenga ninguna autoridad formal, y su actuación se instale entre las vías de hecho que, igualmente, son pasibles de amparo. Aquí surgiría una igualación entre la autoridad de origen (ejecutora) y autoridad formal (responsable), dando lugar a un fenómeno procesal de sustitución de partes a los fines de entender la calidad como se actúa en el proceso.

> Esto tiene importancia, dice Sánchez Gil, ya que concibe a la autoridad responsable con independencia de su naturaleza formal, lo que deja fuera de duda que los organismos descentralizados tienen ese carácter cuando emiten actos unilaterales y obligatorios. Este problema se superó tiempo atrás en algunos casos claros, en los cuales también produjeron dificultades la especial naturaleza y la distinta personalidad jurídica de estos entes públicos. Pero actualmente, pese a esta nueva definición legal del amparo mexicano, persisten zonas grises a su respecto, para las cuales podrían ser útiles las respuestas a las cuestiones que suscita el carácter de "autoridad" que en algunos casos puede tener un particular, y que finalmente debe resolver la jurisprudencia[344].

2.4 Respecto a las personas o instituciones regidas por el derecho privado, esa naturaleza no los distingue ni separa del concepto de autoridad. El objetivo es verificar el hecho o el acto lesivo antes que el órgano del que provienen.

En tal sentido, el proceso de transformación administrativa, tras la mentada globalización que reúne los capitales en torno a la gestión privada de empresas antes

[344] Sánchez Gil, Rubén, *El concepto de autoridad responsable en la nueva ley de amparo,* Boletín mexicano de Derecho Comparado, Volumen 47 nº 139 (enero – abril, 2014), ps. 315 y ss.

administradas por el Estado, obliga a replantear la noción de "autoridad pública". El concepto de servicio público se revisa, al igual que la prestación de la fuerza de trabajo y la influencia que genera, ineludiblemente, la decisión empresaria en el orden social.

> "Hoy existe una convicción generalizada -dice Ariño Ortiz-: El Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios públicos mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus hijos. Hoy existe en grandes zonas del mundo (desarrollado y en vías de desarrollo) la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, en el fondo, su libertad: la libertad de elegir. La palabra clave es hoy ésta: Privatización, que esencialmente significa no la venta de empresas públicas, sino la devolución de actividades a la iniciativa social"[345].

De este modo, si en el nuevo modelo de administración la actividad prestadora se desplaza hacia los particulares, el concepto de "autoridad pública" se restringe a las acciones u omisiones de los órganos de la administración pública del Estado. Esta lectura elude emparentar el acto lesivo del funcionario para interpretar que el amparo procede contra todo acto u omisión de cualquier agente, auxiliar, empleado, funcionario, magistrado o gobernante público actuando en condición de tal.

3. Autoridad responsable

3.1 Esta noción no se pone en paridad conceptual con el de autoridad ejecutora, como se podría creer desde la simple lectura. En realidad corresponde a la responsabilidad del Estado en los términos de la ley 26.944, en cuanto sea aplicable, sin perjuicio de atender la implicancia del Código Civil y Comercial de la Nación en orden a las materias que están excludidas por los artículos 1764, 1765 y 1766.

> Ellos sicen […]: **Artículo 1764**.- *Inaplicabilidad de normas*. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. **Artículo 1765**.- *Responsabilidad del Estado*. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. **Artículo 1766**.- *Responsabilidad del funcionario y del empleado público*. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se

[345] Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, ps. 277 y ss.

> rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Obviamente el reducto del amparo no persigue responsabilizar al Estado, como lo diagrama y permite la ley 26.944, pero nos facilita trazar un camino para encontrar quien o quienes son autoridades responsables para emplazarlos a responder el requerimiento que se les formulará.

Es esta una nueva encrucijada, que tiene respuestas asimétricas que dependen, exclusivamente, de la naturaleza jurídica que se quiera establecer para el juicio de amparo.

3.2 La ley 16.986 acentúa el objeto del amparo antes que los sujetos que debaten. Por eso, el afectado es un término de amplia cobertura, así como la autoridad pública es un ente sin personalidad que solo debe quedar determinado concretamente cuando se dicte la sentencia (art. 12 inciso a). Antes que ello ocurra, se requerirá a la autoridad que corresponda para que realice un informe circunstanciado, siendo quien lo realiza, por lo general, aquel que se relaciona con los hechos de la causa.

Esa amplitud de la norma es la que autoriza a demandar al Estado Nacional, *lato sensu*, y si alguna precisión se quiere tener, también se puede agregar al Ministerio respectivo; pero el informe lo puede realizar cualquiera de los abogados del Estado, sea que integren la Procuración del Tesoro de la Nación, o pertenezcan a la Dirección de Asuntos Jurídicos del organismo respectivo.

En consecuencia, no existe obligación de emplazar a la autoridad responsable, pues el Estado será representado conforme el principio de unidad de la persona de derecho público, y su patrocinio jurídico quedará en el órgano que lo represente.

3.3 Un problema singular surge cuando se trata de servicios públicos privatizados, que por el artículo 6º de la ley 26.944 se establece […]

> El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

No queremos decir que en el amparo, el Estado quede excluido de informar, sino que aparece aquí la fuente de la autonomía del concesionario para tener que intervenir como sujeto pasivo del proceso constitucional.

La autoridad pública, en todo caso, quedaría alcanzada por la responsabilidad por omisión de control, si el daño fuese causado por inobservancia de su poder de policía, por ejemplo; o por acción cuando el daño sea consecuencia de una orden de obligado cumplimiento dada por la administración; o en los casos de obras y suministros, cuando sea consecuencia de la desobediencia de sus obligaciones concomitantes durante su desarrollo; o en los contratos en general cuando no hubiera ejercido el debido control sobre la actividad desplegada por el privado.

> La doctrina hace apuntes muy interesamtes […]: "El artículo 6 de la Ley 26.944 excluye la responsabilidad estatal por la actuación de los concesionarios de servicios públicos cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada. La norma me parece inaceptable -dice García Pullés-, pero lo que es peor da viento a las velas de quienes pretenden que la actividad de los concesionarios de servicios públicos es ejercicio de la libre industria y no una delegación de una actividad de titularidad estatal, pues sólo así el principio resultaría digerible en un contexto de responsabilidad. Creo que hay aquí un error a reparar, tal vez estableciendo un principio de excusión […][346].

Cuando la responsabilidad se considera objetiva, el trámite no será el juicio de amparo sino el de daños y perjuicios. El primero se reserva el derecho de controlar la constitucionalidad de la conducta de la persona pública o privada que resulta demandada por afectar derechos constitucionales cuya recuperación se pide; en cambio el resarcimiento por los perjuicios ocasionados se instruye en sede ordinaria y con trámites de igual condición.

4. Autoridades sin identificar

4.1 La demanda de amparo debe identificar al autor conocido del acto u omisión impugnado. Si no pudiera hacerlo, es decir, que no le resulte posible -en los términos del art. 6 inciso b) de la ley-, podrá requerir que sea la autoridad que corresponda quien emita el informe, dejando en ella, el deber de concretar la responsabilidad de quien asume calidad de "autoridad pública".

[346] García Pullés, Fernando, *La responsabilidad del Estado en el contexto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.* Cfr. www.derecho.uba.ar/docentes.

Esta es una diferencia notable con el proceso ordinario, en el sentido que en éste, quien pretende está facultado para demandar a quien quiera y le parezca correcto, siempre y cuando lo identifique, aunque esa individualización no tenga extremos sacramentales. Pero ostenta sí, un mínimo de seguridades a cubrir que prohíbe las enunciaciones genéricas, vagas o imprecisas (v.gr.: se demanda "a quien resulte propietario", o a "tenedores, poseedores y cualquier ocupante", etc.). Además, como el actor cuenta con las diligencias preliminares para obtener las informaciones indispensables para constituir regularmente un proceso (v.gr.: art. 323 inciso 1°, CPCC que permite exigir declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad), cabe interpretar lógico este recaudo.

4.2 En el derecho procesal mexicano hay un modelo que se aplica a cada uno de los tipos de amparo que reglamenta la Constitución y la ley, desde los cuales hace intervenir a partes materiales y partes formales, teniendo en cuenta para ello que en dicho país, el amparo tiene el formato de un juicio contencioso, bilateral y con limitaciones notables cuando se trata de accionar contra la autoridad pública.

No obstante, ellos han eliminado o diferenciado, entre los conceptos de capacidad, legitimación, representación y aptitud para obrar en juicio, permitiendo que sean sujetos del juicio constitucional todos aquellos que se consideren protagonistas necesarios.

De aquí surge el concepto de autoridad responsable, que afinca en dar intervención al sujeto que la demanda considera autor de la ilegalidad o mentor de la inconstitucionalidad, es decir, haya sido el autor o el medio que permitió vehiculizar el gravamen (una suerte de responsabilidad ideológica).

> Para la jurisprudencia local […] “autoridad responsable es todo aquel funcionario de organismos públicos que con fundamento en la ley emiten actos unilaterales por los que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que afectan la esfera legal del gobernado”[347].
>
> En el derecho público de Brasil entre la autoridad responsable y el autor del acto se establece un litisconsorcio necesario porque se entiende que la autoría es un campo y la responsabilidad funcionarial otro. Uno es quien practica el acto, causa el conflicto

[347] Cfr. Fix Zamudio, Héctor, *Derecho de Amparo.* Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, p. 128.

constitucional y por eso, se llama mandato de seguridad al pedido de información que se le pide. En cambio, sobre quien cae el peso de la respomnsabilidad es el Estado[348].

5. Conclusiones

5.1 El concepto de autoridad a los fines del amparo no distingue entre funcionarios o servidores públicos. Tampoco lo hace, como en otros sitios, tomando en cuenta quien tiene o no la fuerza pública. La idea es más simple porque depende de cómo y quien afecta las libertades personales y las garantías que tienen las personas.

Cuando el acto lesivo, o la vía de hecho, se realiza en función del poder que le otorga el ejercicio del cargo, ese sujeto es el protagonista que ejecuta el acto inconstitucional. No importa que tenga justificaciones, ni que actúe por obediencia debida, o esté cumpliendo funciones reglamentarias; él es la autoridad ejecutora.

5.2 Si por autoridad pública se comprende a toda persona investida de facultades por la ley, para dictar, según su propio criterio y bajo su responsabilidad, determinaciones de cumplimiento obligatorio y para hacer cumplir esas mismas determinaciones, resulta evidente que el poder que impone a los demás los subordina sin hacerlos responsables. En consecuencia aquél será la autoridad responsable.

En la misma línea están las instituciones que se aglutinan bajo un mandato común cuyo verdadero poder viene del proceso electoral. Se trata de las autoridades nacionales, que ejercen tareas en representación del pueblo, volviéndolos también autoridades responsables, solamente que estarán representados por su máximo exponente del sector, haciendo dos grandes grupos obligados: El Estado y sus ministerios.

348 Cfr. Valle Figueiredo, Lucía, *Mandado de segurança*. Malheiros editores, San Pablo, 1996 (2ª edición), p. 53.

CAPÍTULO XX

Actos de particulares

1. Introducción

1.1 Cuando el acto lesivo no proviene de una "autoridad pública" en el sentido amplio antes comentado, la lesión constitucional trabaja por exclusión de los sujetos, para dispensar protección exclusiva al derecho afectado que conculca un particular.

Esto quiere decir que si la amenaza, restricción o alteración llega por la acción u omisión de una persona que no inviste autoridad alguna, pero que ejerce por sí misma el acto privado ilegítimo o inconstitucional, el amparo se dirige contra el mismo con idénticas finalidades tuitivas.

> En algunas lugares, el amparo solamente se confiere contra acciones ilegales o ilegítimas del Estado. Luego, el progreso y evolución del tiempo y sus circunstancias, observaron que algunos particulares podian con sus actos alterar las normas constitucionales, dando lugar a una suerte de clasificación de supuestos donde se considera a un particular como autoridad a los fines del juicio de amparo. Por ejemplo: a) cuando el particular despliega actividades de servicio público de educación y salud; o realiza prestaciones de servicios domiciliarios (agua, luz); b) o bien, si realiza actos que afectan derechos fundamentales de otro particular situado en un mismo plano; c) en su caso, los actos de particulares cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o sean particulares respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

El acto de particulares, en estos términos, pareciera inconfundible, bastando en consecuencia analizar el carácter del agravio para considerar o no la admisión del amparo.

1.2 La duda se plantea con aquellos particulares que no se pueden identificar porque actúan por delegación. La figura de la representación vuelve responsable al que

encomienda u ordena realizar los actos, mientras que el ejecutor solo es la cara visible que cumple cuanto se le ha pedido. Por eso, la protección se dispensa al derecho constitcional afectado, para después verificar el sujeto a quien se le debe requerir el informe de actuación.

Con este piso de marcha, se cambia la prevalencia que antes de la reforma constitucional, tenía la operatividad del art. 321 inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según el cual […]

> Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498 (proceso sumarísimo) […[2º) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocido por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión por su naturaleza, no debe sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esa vía acelerada de protección.

La redacción del artícuo 43, constitucional, consagra al amparo como derecho constitucional expreso, superando cualquier limitación o restricción legal nacional o provincial que fuera reglamentado. De este modo, el ámbito de admisibilidad actual comprende a las autoridades públicas y a los actos de particulares en los límites que ofrezca la vía judicial más idónea.

Decimos que actualmente no existe posibilidad de confundir el trámite según se demanda al Estado o al particular, porque el amparo es una vía directa contra cualquier acto lesivo; pero puede traer complicaciones si queda establecida la necesidad de transitar por una vía concurrente o previa, en cuyo caso, la relación jurídica que se entabla entre la “autoridad privada” y el sujeto afectado es diferente a la tradicional.

> Este supuesto se daría si a los *entes reguladores* de servicios públicos, se les tratara como órgano para el reclamo administrativo, o la pretensión procesal del usuario o administrado fuera necesaria ensamblarla previamente ante estas entidades de control. Por suerte, la jurisprudencia no ha acompañado esta tendencia a constituir en norma jurídica obligatoria el régimen especial previsto para el control de la actividad.
>
> El progreso en este terreno es evidente, basta acreditar la calidad de usuario potencial de un servicio público para poder impugnar cualquier modificación al régimen de prestación que afecte la calidad que el ciudadano requiere.

2. ¿Rige el proceso sumarísimo?

2.1 La persistencia en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del artículo 321 inciso 2º, polemiza con la garantía constitucional que confiere el derecho de amparo a toda persona contra actos de autoridades públicas, o de particulares.

Sucede que las sucesivas reformas procesales, desde la ley 25.488 hasta la 26.589, han mantenido el trámite sumarísimo para cuestionar los actos de particulares que entablan iguales presupuestos que la Constitución Nacional, y la ley 16.986.

Inclusive, la propia Corte Nacional repite la referencia que observa al amparo como un juicio típicamente sumarísimo, sin advertir aún, que el proceso constitucional se construye con principios y presupuestos muy diferentes a los del proceso de conocimiento[349].

> El carácter sumarísimo del amparo no infiere ninguna lesión al derecho de defensa del Estado, dado que el caso no requiere, de ninguna manera, una amplitud de debate y prueba mayor que la concedida[350].
>
> Resulta indispensable para la admisión del remedio excepcional y sumarísimo del amparo, que quien solicita la protección judicial acredite, en debida forma, la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado[351].

La diferencia entre uno y otro se desarrolló en los capítulos iniciales, especialmente en el segundo, pero no esta de más insistir en las desventajas de dar un trámite diferente al proceso de amparo según provenga el acto de autoridades públicas o de particulares. De hacerlo se altera la disposición constitucional.

2.2 En efecto, el tipo procedimental (sumarísimo) supone un proceso de conocimiento, que en esencia continúa la línea de los principios generales de la teoría del proceso. Esto significa que la alegación o denuncia de una vía de hecho o de un acto lesivo sobre derechos individuales, pasa a tener el formato de la pretensión; con

349 Esta afirmación es genérica pues desde los votos de Adolfo Vázquez, hasta los actuales de Horacio Rosatti, se leen precisiones que van orientando los perfiles que trae la constitucionalización del proceso.

350 Fallos, 314:1091.

351 Fallos, 314:258.

restricciones probatorias por la limitación del conocimiento, y con un sesgado alcance de la cosa juzgada.

Lo abreviadísimo del sistema se dirige, además del conocimiento (es como un haz de luz que solo enfoca en una dirección, sin abrir el foco de iluminación como lo permite el juicio de conocimiento pleno -ordinario- o abreviado -sumario-), a otras cuestiones:

a) En la *pretensión*, el juicio de amparo que contempla el art. 43 permite denunciar el acto o la omisión de autoridad pública o de particulares que en forma actual o inminente, produzca un acto lesivo a un derecho o garantía constitucional, o reconocido en leyes y tratados. La persecución inmediata es que cesen los efectos, y por tanto, hasta se podría afirmar que el proceso de amparo tiene naturaleza cautelar. En cambio, en el sumarísimo hay un demandado claro y concreto; la demanda se dirige contra él y tiene una pretensión objetiva. El objeto procesal, en esencia, es un derecho disputado que debe ser esclarecido después de un debate de conocimiento pleno aunque sea abreviado.

b) En *el procedimiento*, el amparo procura restablecer una situación de hecho flagrante contra los derechos y garantías de las personas. Su finalidad esta en resolver la cuestión constitucional, antes que el conflicto subjetivo. Obviamente, se reducen las posibilidades de alegación y réplica; así como para ampliar la producción de la prueba disponible (principio de celeridad procesal).

c) El sumarísimo también analiza hechos y certidumbres, pero esta constricto por el principio dispositivo y la congruencia emergente de la pretensión y la resistencia. No decimos que no sea así en el amparo, solamente que el proceso constitucional no prioriza las pretensiones, porque su misión esencial es el control de constitucionalidad.

d) En *el tiempo* que insume ambos trámites hay distancias elocuentes; obsérvese que el amparo tiene plazos y términos discrecionales y que se cuentan (alguno de ellos) en horas; mientras el sumarísimo se rige por las disposiciones del art. 498.

e) Finalmente, *en las limitaciones a recursos y demás impugnaciones*, soportan únicamente el derecho a recurrir de la sentencia, el rechazo *ín límine* del amparo, o las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado (art. 15, Ley 16.986).

3. El amparo no es un juicio sumarísimo

3.1 La brevedad de las descripciones muestra las distancias que hay entre los tres mecanismos que se pueden comparar. Por un lado la ley 16.986 que establece las reglas para el amparo contra actos de la autoridad pública; por otro, el código procesal estableciendo el trámite sumarísimo para el amparo contra actos de particulares; y por último la Constitución Nacional, que si bien no define un ritual preferente, señala el camino para la vía judicial más idónea.

Remitimos a los capítulos II y IV para confrontar cuáles serían las nuevas reglas y principios que debieran aplicarse en la garantía renovada por el art. 43 constitucional.

> Con el perdòn al lector por la insistencia en repetir los votos de Rosatti relacionados con el tema, reiteramos lo dicho por el ministro de nuestra Corte Suprema […] El amparo - junto con el habeas data y el habeas corpus- constituye una herramienta cuyo núcleo es la defensa de los derechos frente a manifiestas violaciones que, al ofender de tal modo los valores constitucionales, imponen una respuesta jurisdiccional urgente, por ello, el carácter expedito de esta vía y la celeridad de su tramitación no obedece a la consagración de una formalidad procedimental, sino al imperativo constitucional de resolver sin dilaciones este tipo de pretensiones y, en su caso, restablecer en forma inmediata el pleno goce de los derechos amenazados o cercenados arbitrariamente.(
>
> Los constituyentes en el año 1994 incorporaron la "sustantividad constitucional" del amparo, en tanto no se trata de un mero remedio procesal; su inserción en la Norma Fundamental lo eleva al rango de garantía y, de esta forma, importa un umbral de tutela jurisdiccional reclamable ante las autoridades nacionales y locales.
>
> La Constitución reformada ha venido a ensanchar las posibilidades del amparo (sin por ello convertirlo en una vía ordinaria), ya que la mera existencia de otros remedios judiciales o administrativos no es suficiente para descartarlo; en tal sentido, el estándar constitucional para ponderar su procedencia consiste en determinar si dicha vía resulta ser la que posee mayor idoneidad tuitiva, valuada en términos de celeridad, profundidad y definitoriedad de la respuesta.
>
> La incorporación del amparo en la Constitución Nacional, impone a los jueces el deber de verificar, a partir de una prudente labor hermenéutica, la compatibilidad de su régimen legal con los principios y reglas constitucionales; y para llevar adelante tal cometido, se debe optar por privilegiar aquella solución que mantenga en plenitud la misión que el amparo está llamado a cumplir en la arquitectura constitucional, descartando como válida

la respuesta que -sobre la base de extralimitados formalismos- prive a este instituto de su sentido constitucional[352].

3.2 Pero hay más. La restricción de conocimiento que se quiere igualar entre el amparo y el proceso sumarísimo no es cierta. En este último, la limitación cognositiva es sobre la pretensión, que queda reducida y acotada a cuanto se pide, mientras que ninguno de los interesados sufre cortapisas en su derecho de alegación, siempre que conduzca la denuncia al problema constitucional.

Por su parte, el sujeto pasivo tampoco sacrifica el derecho al contradictorio, pues producir un informe no significa declinar el derecho de defensa. Lo que se prohíbe en el amparo legal es que el informe circunstaciado se minimice a la negativa genérica y puntual de lo dicho en la demanda de amparo.

Es decir, si el amparo persigue la restitución de derechos amenazados o violados, el juez debe atender si ese acto lesivo es de tal gravedad como para declarar en su contra expidiendo una sentencia en tal sentido. Mientras que el proceso sumarísimo es un proceso esencialmente contradictorio y bilateral, en armonía con todos los procesos de conocimiento y que obligan a resolver *secundum allegata et probata.*

4. Trámite específico

4.1 El marco previsto en torno a las características del procedimiento, reparan que debe tratarse de un trámite rápido y expedito, sencillo y eficaz. La celeridad es primordial, es cierto, pero deben respetarse los demás principios y garantías del debido proceso[353]. Por tanto, cuando se debate acerca de si la contestación a la demanda de amparo es o no un escrito por el cual se traba la "*litis contestatio*", teniendo en cuenta que no lleva una negativa puntual de los hechos que se alegan, puede observarse la dificultad para hallar los puntos precisos a resolver, esto es: los hechos controvertidos y el derecho aplicable.

352 Voto del Jez Rosatti en “Alpacor Asociados SRL c/ AFIP s/ amparo”. Sentencia del 19 de diciembre de 2019.

353 Ver capítulo IV.

La atenta lectura del artículo 8 de la Ley 16.986, no refiere a un "derecho a la controversia", pues la autoridad denunciada debe producir un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada. Sin embargo decir que en el amparo no hay contradicción sería aventurado, pues constitucionalmente el artículo 18 consagra el derecho a la defensa en juicio de todas las personas.

De igual manera, si el acto de particulares que motiva el proceso sumarísimo, pretende esclarecer la naturaleza constitucional o inconstitucional del acto sobre la base del trámite controversial dispuesto en el art. 498, hay un clarísimo equívoco que se podrá remediar aplicando las reglas aperturistas del art. 43 constitucional, o adaptando la ley 16.986 en todo cuanto resulte aplicable por no contraponerse con el pensamiento fundamental de la reforma consagrada.

4.2 En síntesis, la inconsistencia de mantener el 321 inciso 2º como norma aplicable al amparo contra actos de particulares es evidente.

Lo correcto es emplazar al amparo como única garantía eficaz para contrarrestar los actos de autoridades publicas o de particulares, contra los actos o hechos contrarios a la Constitución o a los derechos humanos.

El trámite no debe atender a las personas que litigan, sino a los derechos que se tutelan. En suma: el amparo es un proceso constitucional que privilegia el control de constitucionalidad antes que cualquier debate dialéctico sobre los hechos alegados y probados. De convertirlo en un juicio de conocimiento sujeto a las reglas del proceso común (v.gr.: legitimación restringida, disposición del objeto procesal, cargas, deberes y obligaciones probatorias, alcance y efectos individuales de la cosa juzgada, etc.) seguramente se vulnera la única esperanza que tienen los argentinos que han asentado en el amparo su punto de apoyo contra los actos del gobierno y de particulares.

.

CAPÍTULO XXI

Legitimación para actuar en juicios de amparo

1. Generalidades

1.1 La fórmula amplia que tiene la Constitución Nacional abre la puerta del amparo a "toda persona", dando a entender que no se le preguntará ¿Ud. quién es? cuando se presente en el proceso. En todo caso, la protección constitucional que pide como afectado, es para que se actúe en favor de los derechos y garantías alterados, debiendo entonces acreditar, en la antesala misma del juicio, lo manifiesto y arbitrario del acto lesivo. En clases sostenemos que el interrogante a formular sería ¿Ud. qué quiere? Y, de ese contenido, el requirente tendrá que demostrar los presupuestos generales[354].

1.2 En el Capítulo V (al dar nuestra posicion sobre quién es el afectado), se propone una visión diferente a la tradicional para dar entrada al juicio de amparo. Creemos que la continuidad de la línea argumental que trabaja como exigencias para el acceso que se acredite la legitimación para obrar, es una condición relativamente útil en el proceso constitucional, pero trae más complejidades que beneficios.

En efecto, el desarrollo de este capítulo no se detiene en dichos presupuestos, sino en las particularidades que tiene el artículo 43 constitucional, reflejadas en el tratamiento jurisprudencial que hace la Corte Suprema nacional en orden a establecer quien puede o no tener derecho al amparo.

Cuanto se quiere advertir es el cambio que se impone en la regla del artículo 5º de la ley 16.986 que dispone la puesta en marcha del proceso cuando la demanda fuera

[354] Ver Capítulo V.

llevada *por persona individual o jurídica que se considere afectada*, condición que demuestra una vez más el remanido problema de la acreditación del daño directo o del perjuicio inmediato e inequívoco en la persona que presenta la petición de tutela.

1.3 La guía de análisis para el estudio comienza con el amparo individual, donde la lógica de acreditar la personalidad procesal se justifica razonablemente. Luego surgen los vaivenes conceptuales. Se trata aquí de ver cada una de las pretensiones que se reclaman, que bajo el manto apropiado que otorga el ejercicio del control de constitucionalidad, permite intervenir a sujetos que provocan un fenómeno ajeno a la teoría clásica de la representación en juicio.

Característica común de todos ellos es que carecen de la restricción que supone la exigencia específica de legitimación personal basada en un derecho subjetivo o un interés directo, creando una categoría nueva de "legitimaciones por categoría" por la que se posibilita el acceso a los tribunales a cualquier persona mientras ella cumpla con los requisitos generales de capacidad procesal que la ley exige.

> De alguna manera, el diseño previsto en la Constitución Nacional para la entrada al proceso a través de distintos legitimados, es más restrictiva que las modalidades que diseñan los ordenamientos provinciales. Algunos de ellos conceden entrada a todo habitante, o a cualquiera del pueblo, o a simples interesados, estableciendo un estándar de mejor protección que, por ello, no es contrario a la Norma Fundamental.

Otra condición es la pertenencia a un determinado ámbito social de mayor o menor amplitud. Ambito social que, si deja entrever una afectación individual por la crisis que se recurra o por las acciones que se ataquen, configurará el supuesto de "acción popular", o el más acotado de "acción vecinal" en los que el portante del interés moviliza voluntades masificadas.

> En España, por ejemplo, los casos de legitimación vecinal suponen un punto intermedio entre la legitimación basada en un interés directo y la legitimación popular. La diferencia es poco perceptible pero se constata en los resultados del pleito, cuando el vecino puede lograr beneficios particulares en razón de su proximidad con los intereses protegidos.

En cambio, la acción popular o el amparo, cada uno en su campo, tiene una cobertura superior. En primer lugar, son garantías instrumentales del acceso a la jurisdicción. Al ser derechos, abstractamente considerados, no necesitan de titulares

específicos, de un interés personal o de un daño efectivamente comprobado en quien presenta la demanda.

Admiten que cualquiera pueda solicitar tutela jurídica, en nombre de la sociedad, y requerir el reconocimiento de una determinada situación, la declaración de un derecho correspondiente y/o la condena respectiva a persona o personas determinadas.

> Al ser una manifestación del derecho de acción (*acción quivis ex populo),* autoriza a cualquier ciudadano mientras posea aptitud suficiente para el ejercicio y goce de los derechos. El pedido expreso exige capacidad procesal, sin resultar necesario que ostente legitimación material alguna, presupuesto procesal, este último, que viene a diluirse y confundirse con la capacidad procesal y para ser parte[355].

En síntesis, así como la legitimación procesal requiere de un estudio sistémico, también el amparo debe tornar su angustia y restricciones para asumir la función tuitiva para la que fue pensada.

2. Requisitos del amparo individual

2.1 En el proceso común que tutela intereses privados la legitimación opera en función de la titularidad del derecho invocado; no basta calificar un interés ni esperar consecuencias del mismo. En definitiva, toda la cuestión se reduce por regla general a un problema de consistencia jurídica, que determina la adecuación entre la posesión que tiene en la relación jurídica que se afirma y el objeto pretendido.

En los procesos constitucionales aplicar este criterio puede ser demasiado estricto y hasta injusto. La idea fuerza que alentamos no reside en mirar a los sujetos del juicio constitucional sino a los derechos y garantías que se ventilan en el amparo.

Es evidente, así, que cuando los intereses del pleito trascienden la órbita del desenvolvimiento personal, de manera que la calidad individual se diluye frente a "lo público" que afecta los derechos en juego, las respuestas no pueden ser generales o idénticas al presupuesto ordinario.

De suyo, el interés personal acumula una serie de "interesados" que comunican sus derechos dándoles un notorio sentido colectivo. El derecho de "todos", así esbozado, difumina el sentido particular de la "legitimación *ad causam*", o al menos lo presenta

[355] Gozaíni, Osvaldo A., *La legitimación en el proceso civil.* Ediar, Buenos Aires, 1996, ps. 257 y ss.

con rasgos muy propios. Igual planteo suscitan los procedimientos penales, porque la legitimación no cubre derechos exclusivos, sino intereses masificados.

2.2 Legitimar a otros intereses diversos del derecho subjetivo para otorgarles derecho a la jurisdicción aparece en el firmamento del amparo como un tema a resolver.

> Claro está que no referimos al control de constitucionalidad porqué depende del sistema concentrado o difuso donde se inscriba el sistema político. Por ejemplo, la Constitución española introdujo en el artículo 162.1.b, una regulación enunciativa de las personas habilitadas para deducir el amparo constitucional, otorgando esa posibilidad a toda persona natural o jurídica que invoque un *interés legítimo*, así como al defensor del pueblo y al ministerio fiscal.
>
> Mientras que en nuestro país, la fiscalización por la supremacía se mantiene en el proceso ordinario dándole a todos los jueces la potestad de interpretación, pero manteniéndolos atentos a que el derecho de control lo soporte quien acredite un derecho subjetivo.

El segundo párrafo del artículo 43 consolida la orientación, y si bien es cierto pone en primer término al "afectado", inmediatamente indica otros "interesados directos" para acceder al remedio fundamental. Del primero ya vimos que no es una persona, porque en algunos casos, no siempre, el afectado es un derecho constitucional o convencionalizado. Las legitimaciones siguientes son las que tienen desaveniencias interpretativas.

> No sólo aquellos titulares del derecho fundamental presuntamente vulnerado -el afectado en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional- se encuentran legitimados para reclamar la protección de los derechos de incidencia colectiva, sino también quienes sin ser titulares del derecho tengan un interés legítimo en la preservación de los derechos o libertades de otras personas (Voto del Dr. Gustavo A. Bossert)[356].

2.3 Una de las primeras polémicas post reforma constitucional, planteó si debía continuarse la línea obstructiva de la ley 16.986 manteniendo el carácter excepcional del amparo, con restricciones de acceso a la persona, y con una suma de requisitos de regularidad formal que debían ser manifiestos para admitir la entrada.

Han pasado muchos años desde aquella, pero la incertidumbre se prolonga. Es verdad que el juicio de amparo local ha tenido más ventajas que inconvenientes, pero

[356] Fallos, 325:524.

aquella memorable frase que escuchamos alguna vez (“*lo más rápido del amparo es el rechazo in limine”*) vuelca sus principales razones críticas en la puerta de acceso.

Seguimos creyendo que el derecho a lograr la protección judicial está resguardado de manera positiva en el derecho al debido proceso adjetivo, y en el límite negativo que pone la posible o eventual indefensión, los cuales conducen a la obligación de convocar directamente al proceso de amparo a "toda persona" legitimada para ello, por poseer derechos e intereses legítimos, para que logren constituirse en sujetos procesales y ejercitar el derecho al contradictorio.

Pero cuidado, no es una legitimación para obrar tangible y perceptible en los estándares del proceso común; tampoco es la condición de parte un requisito estricto y necesario; ni la contradiccion tiene paralelo con la controversia formal.

2.4 En el amparo individual el texto constitucional impacta notoriamente, y se basta por sí solo para regular las personas que tienen derecho a ser protegidos. La norma fundamental impone una regla antes que un presupuesto de admisión, ella dispone que, toda persona tiene derecho a un proceso rápido y expedito, una vez que se verifiquen los presupuestos y las condiciones del acto o hecho lesivo.

La interpretación tiene varios desacuerdos que muestra el caso siguiente […]

> La existencia de "causa" presupone la de "parte", esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso; la "parte" debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afecten de manera suficientemente directa o sustancial, que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas en los artículos 41 a 43 de la Constitución Nacional, sin que de dichas previsiones constitucionales se siga la automática aptitud para demandar, sin el examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción , en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de "causas" (arts. 108, 116 y 117 de la Constitución Nacional)[357].

Es cierto que la necesidad de causa se mantiene como requisito que tienen los jueces para intervenir, pero no lo es que la controversia presuponga la calidad de parte. Parte es un concepto de la técnica procesal, que define al que litiga y se defiende. Es

[357] Fallos, 336:2356; 333:1212; 331:1364; 326:3007.

aquél que tiene cargas, deberes y obligaciones, y quien asume el peso de la responsabilidad por su obrar diligente y comprometido. Parte tiene, al mismo tiempo, el resabio de ver en el proceso una lucha; ser parte, identifica al beligerante.

En realidad un proceso constitucional no tiene partes, en sentido técnico, sino interesados que contraponen posiciones, sin necesidad de enfrentar más que lecturas que se definen en la interpretación constitucional que, como corresponde al proceso de amparo, se dirime con sentencias constitucionales muy distintas a las que suceden en el juicio común[358].

> La Corte Constitucional de Colombia se ha encargado de diferenciar lo que se ha entendido por partes y terceros con interés. Se ha dicho que el "concepto de parte tiene una doble acepción según se la examine desde el punto de vista puramente procesal o teniendo en cuenta el derecho material en discusión. En el primer caso, son partes quienes intervienen en el proceso como demandantes o demandados, en procura de que se les satisfaga una pretensión procesal, independientemente de que les asista razón o no; de manera que desde este punto de vista la noción de parte es puramente formal. En sentido material tienen la condición de partes los sujetos de la relación jurídica sustancial objeto de la controversia o motivo del reconocimiento, así no intervengan en el proceso". Por el contrario, de los terceros se dijo que son aquellos que "no tienen la condición de partes. Sin embargo, puede ocurrir que dichos terceros se encuentren vinculados a la situación jurídica de una de las partes o a la pretensión que se discute, al punto de que a la postre puedan resultar afectados por el fallo que se pronuncie" (…) En un evento de naturaleza constitucional, como es la accion de tutela (amparo), el interés del cual son titulares los legitima para participar en el proceso, con el fin de que se les asegure la protección de sus derechos[359].

2.5 No obstante, el interés no tiene permisos especiales para tolerar la introducción de intereses dispersos, o sin efectiva demostración de lo relevante y manifiesto que necesita certificarse en un amparo individual. Por eso, la Corte orienta al sostener que […]

> El de "ciudadano" es un concepto de notable generalidad, y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés "especial" "directo",

358 Gozaíni, Osvaldo A., *Teoría de la sentencia constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 114. Porrúa, México, 2015.

359 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 116/18.

"inmediato", "concreto" o "sustancial" que permita tener por configurado un "caso contencioso"[360].

En su lugar, el integrante de un grupo o colectivo, debidamente identificado y con evidencia notoria del derecho que viene a plantear, tiene acceso con legitimación suficiente.

Los médicos actores cuentan con legitimación para demandar a la provincia en tanto han expuesto que la situación precaria en que tienen que desempeñar sus tareas los afecta en forma personal y directa, y no meramente como miembros de la comunidad interesados en que la provincia cumpla con sus obligaciones en materia de salud, por lo que se encuentran en juego bienes jurídicos individuales y los derechos sobre tales bienes son ejercidos por su titular[361].

Aun cuando la reforma constitucional de 1994 importó un ensanchamiento de la protección constitucional, lo cual ha sido consagrado en el segundo párrafo del art. 43 con relación a determinados sujetos y materias, ello no enerva la exigencia que para todo tipo de causas consagra el art. 116 de la Constitución Nacional, acerca de que quien alegue padecer una afectación de sus derechos, demuestre un interés concreto, inmediato y sustancial a fin de viabilizar la acción de amparo[362].

Según surge de sus arts. 42, 43 y 86, la Constitución Nacional reconoce legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa[363].

La incorporación por el art. 43 de intereses de incidencia colectiva a la protección constitucional no enerva la exigencia -art. 116 de la Ley Fundamental- de que el afectado demuestre en qué medida su interés concreto, inmediato y sustancial se ve lesionado por un acto ilegítimo o por qué existe seria amenaza de que ello suceda, a fin de viabilizar la acción de amparo[364].

3. Requisitos generales para los derechos de incidencia colectiva

3.1 Delimitir el territorio que ocupan los derechos individuales, separándolos de los que habitam los de incidencia colectiva no es tarea sencilla, al punto que, en materia

360 Fallos, 331:1364.

361 Fallos, 329:4741.

362 Fallos, 327:1890.

363 Fallos, 321:1352.

364 Fallos, 324:2381.

procesal, pone una diferencia notable en los estudios sobre procesos colectivos que admiten o no el litisconsorcio entre ellos.

Por eso la distancia entre derechos subjetivos afectados que, por su acumulación o generalidad, conforman un grupo alterado por incidencia colectiva del perjuicio, respecto a aquellos que suman perjuicios individuales sin masividad, son cuestiones donde se pone en tela de juicio la representación de todos (dándoles derecho de salir del grupo para intentar la demanda invidual) presumiento el acuerdo y la voluntad general; o es mejor dejar la autonomía para el ejercicio de defensa de cada derecho, más allá de la estrategia conjunta del litisconsorcio formado al efecto.

3.2 La Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzó a definir la diferencia entre actuar con legitimación en la defensa de derechos individuales homogéneos, respecto de otras acciones destinadas a la protección de bienes colectivos, cuando en la causa "Halabi" [365] estableció tres condiciones para el acceso.

Estos son presupuestos generales que refieren a la necesidad de coincidir el efecto expansivo del perjuicio a partir de una causa fáctica común. Es decir, no interesa tanto que exista un daño individual porque importa más la proyección del daño hacia el colectivo identificado, que se iguala en el derecho individual homogéneo.

La segunda condición persigue abrir un proceso colectivo cuando la pretensión procesal tenga previsto conseguir esta suerte de efecto "erga omnes", mejor trazada en el campo del efecto expansivo de la cosa juzgada al grupo. Es decir, promover una demanda en nombre de varios que, en soledad, no entablarían una acción procesal por su nimiedad. Precisamente, este es el tercer requerimiento, la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado.

Este plano podríamos cerrarlo dentro del esquema de los hechos que dan lugar al proceso colectivo. Unidad fáctica, homogeneidad de la afectación y mínima posibilidad de reclamos individuales o en litisconsorcio.

> Justamente, el cuadro que identificó el caso "Halabi", distinguió: 1) los *derechos individuales*, donde el afectado es el principal protagonista y único legitimado para intervenir; 2) los derechos de *incidencia colectiva referidos a bienes colectivos* que se caracterizan por ser de toda la comunidad, siendo indivisible su objeto y despersonalizada

[365] Fallos, 332:111.

la protección individual, pues se dispensa la protección al derecho sin mirar concretamente el perjuicio de uno o varios sujetos (v.gr.: contaminación ambiental; protección del patrimonio artístico y cultural, etc.); y 3) los *derechos individuales homogéneos*, en los que no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles.

Quiere decir que, al entablar una demanda colectiva, quien la realice debe analizar las carácterísticas de los hechos. Tiene que haber una causa única y de efectos continuos perniciosos al grupo o colectivo; inclusive, pueden ser derechos difusos, donde no hay individualidades alteradas desde que el perjuicio anida, únicamente, en el derecho que se debe tutelar (ambiente, patrimonio, etc.)

Pero lo fundamental es encontrar los "afectados" que tienen una cuestión común y homogénea que permite proyectar la sentencia hacia todos quienes se encuentren alcanzados[366].

4. Legitimación contra cualquier forma de discriminación

4.1 El derecho al amparo lo tiene el sujeto que se considera lesionado o alterado en los derechos que presenta como arbitraria o ilegalmente afectados por un acto de la autoridad pùblica o del particular. En este tramo, que corresponde al tipo de amparo

366 En "Halabi" se sostiene […]: "Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

"El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

"El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

"Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta" (Consid.13).

individual, la noción de sujeto con capacidad para obrar queda a expensas de cuanto vimos con anterioridad.

La norma constitucional continúa y amplía el campo de los sujetos que pueden reclamar. Lo hace en estos términos […]

> "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

En escala, ordena el campo de legitimados activos para intervenir en calidad de individuos con capacidad suficiente para obrar, ante cualquier forma de discriminación, dando a entender que es una causa agregada a la tipificación del hecho o acto lesivo.

4.2 La base común del amparo es la igualdad, es decir, que toda persona tiene derecho de acceso al proceso, en las condiciones de afectado por una norma que, en forma actual o inmimente, lesione, altere, restringe o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta un derecho consagrado en los Pactos, Convenciones o en la misma Constitución Nacional.

> La garantía de igualdad solo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propòsito de hostilidad contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra indebido favor o privilegio, personal o de grupo[367].

El derecho de amparo, hasta aquí, no tiene otro ensamble requerido que verificar la relación entre quien pide y los derechos que alega como perturbados. Pero, aislado de este caso, donde se puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en juego, aparecen nuevas contingencias que amplían el campo de los sujetos que pueden intervenir. Ya no se trata del propio acto o hecho lesivo, sino de "cualquier forma de discriminación", que equivale a sostener otra serie de tipos o modalidades de amparo.

[367] Fallos, 340:1581.

No obstante, la discriminación tiene que revestir ciertas características de ilegalidad o inconstitucionalidad manifiesta, toda vez que la legislación o el gobierno, pueden contemplar en forma distinta situaciones que considera diferentes, siempre que no incurra en arbitrariedad, ni responda a un principio de hostilidad contra determinada persona, o grupo de personas, o manifieste un indebido favor o privilegio personal o de grupo[368].

El escrutinio que se hace sobre estas situaciones trabaja con estándares tradicionales, como la declaración habitual que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los establecidos en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan; adicionando al mensaje una aclaración necesaria.

Es decir, en lo que hace a los derechos civiles, no puede haber desiguadades inconstitucionales, pues de haberlas, queda expuesto el ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria porque entraría en pugna con otra norma de igual rango que la reglamentada.

Por ejemplo, la Corte nacional ha dicho que […]

> Aento que la garantía de la igualdad no impide que las leyes contemplen en forma distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, la aplicación al caso en que no se trataba de un bien destinado a vivienda de la segunda parte del art. 150 de la ley 19.551 no puede considerarse violatoria de la mentada garantía, por ser igualmente razonable la protección que la norma brinda a los adquirentes de bienes destinados a vivienda, tanto más cuanto que el acceso a una vivienda digna tiene tutela constitucional (art. 14 bis de la Constitución Nacional)[369].
>
> En cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con el art. 20 de la Constitución Nacional […].
>
> No puede constituir criterio interpretativo válido el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las

368 Fallos, 324:187; 232:3308; 316:2797, entre otros.

369 Fallos, 304:684.

demás. En lo atinente al empleo público, el concepto de idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuídos por la ley o el reglamento. La aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones, ya que no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, que ha de ser juzgada con relación a la diversidad de funciones y empleos[370].

4.3 La discriminación odiosa, en sí misma, se protege como derecho preferente reconcido, entre otros[371], en la Convención sobre la *Eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres*; o en la *Convención Interamericana para la eliminacion de todas formas de discriminación contra las personas con discapacidad,* sirviendo de fuentes y diálogo con las normas constitucionales, para dar un marco apropiado a la tutela de esta novedosa forma de actos lesivos.

El art. 8 inc. d) de la Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer establece específicamente que los Estados partes aseguran, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos[372].

La negación del acceso al escenario jurídico de cualquier grupo -especialmente si este es minoritario- debe encararse con criterio sumamente restrictivo, pues, de lo contrario, se clausuran los canales de contención jurídica de los conflictos y se promueven en forma indirecta la marginación y el recurso a formas de defensa contra la discriminación que, por ser ellas mismas marginales, son también de desarrollo imprevisible[373].

La discriminación puede ser de ejercicio o resultar de los efectos de la norma. Una ocurre cuando, haciendo uso de facultades propias del poder que se tiene, se

370 Fallos, 321:194.

371 Entre los instrumentos de protección de derechos humanos vigentes que se relacionan con el tema, además de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 1, 13.5, 17.4 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículos 2 .1, 3, 20.2, 23.4, 24.1, 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículos 2.2 y 3); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (artículo 2); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (artículos 3.b, 4.1.b, 5, 6, 7 y 12); se suman los específicos como son, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) (artículos 2 y ss.), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículos 2 y ss.) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 1.1).

372 Fallos, 322:2701.

373 Fallos, 314:1531.

adoptan decisiones que benefician a unos y postergan a otros, sin dar razones plausibles para realizar esa diferencia.

La otra sucede con la aplicación irrazonable de disposiciones legales que se fundamentan en la literalidad formal, provocando situaciones irritantes de desigualdad e intolerancia.

Por ejemplo […]

> Cabe dejar sin efecto la sentencia que revocó la decisión que había admitido la demanda de amparo y ordenado el cese de la discriminación por razones de género, disponiendo que las empresas de transporte público demandadas deberían contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes, pues al concluir el *a quo* en que no se había acreditado un acto discriminatorio, no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente ni respetó los criterios del Tribunal en materia de cargas probatorias, por lo que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra la actora en particular[374].
>
> Cabe hacer lugar a la acción de amparo promovida con el objeto de obtener la recomposición de los haberes previsionales de los actores-jueces jubilados y pensionarios-afectados por la devaluación resultante del abandono del régimen de la Ley Nº 23.982, pues una solución diferente llevaría a convalidar una discriminación arbitraria en desmedro de quienes, después de haberse desempeñado en la magistratura provincial y tener un beneficio originariamente determinado en un porcentaje fijo del sueldo de actividad y regulado al presente por las leyes del sistema nacional, han visto inmovilizados sus ingresos en un período en el que los índices generales de precios y salarios reflejaron significativos aumentos, y de no ser corregida esa situación quedarían gravemente afectados los principios de movilidad, de integridad de la prestación y de igualdad de trato consagrados por la Constitución Nacional[375].
>
> Corresponde revocar la sentencia que hizo lugar al amparo en el que se cuestionó la discriminación política de que era objeto el actor y a la que adjudicaba la demora del Consejo Académico para expedirse en el trámite del concurso, pues tal agravio se encontraba resuelto al momento en que inició la acción, ya que el mismo día en que efectuó su presentación, el órgano colegiado –de acuerdo con lo previsto en el orden del día- se avocó al conocimiento del tema y, al no alcanzar los dictámenes sometidos a su consideración las mayorías requeridas por el estatuto universitario, dispuso dejarlo sin

[374] Fallos, 337:611.

[375] Fallos, 334:198.

> efecto y convocar a un nuevo llamado. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-[376].
>
> Resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida pues, en tanto el bien colectivo tiene una esencia pluralista, ideales como el acceso a la salud, educación, trabajo, vivienda y beneficios sociales de determinados grupos, así como propender a la no discriminación, hacen al interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad democrática, al amparo de los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales incorporados en su art. 75, inc. 22[377].

4.4 Toda esta evolución se concreta en la ley 23.592, cuyo artículo 1º dispone {…]

> Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.
>
> A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Cabe agregar que la obligación de respetar, proteger y garantizar el principio de igualdad y la no discriminación recae sobre todos los poderes del Estado, pero también sobre los particulares. Y se extiende tanto respecto de aquellos casos en que la situación discriminatoria es el resultado de las acciones y omisiones de los poderes públicos como cuando es producto del comportamiento de los personas físicas o jurídicas no estatales.

Este es un estándar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que lo expresa en los párrafos siguientes […]

> Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con

[376] Fallos, 330:1407,

[377] Fallos, 329:5266.

> respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias (parr. 104).
>
> En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana (párr. 105).
>
> El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas (párr. 106)[378].

4.5 La discriminación como causal de amparo, comprende entre los sujetos que pueden plantearlo, una suerte de categorias que depende, muchas veces, de lo estructural que tiene la situación, o de la contingencia cuando sucede.

De este modo, hay polémicas actuales como las desigualdades entre hombres y mujeres, que pone límites entre lo discriminatorio y lo vulnerable, vale decir que, mientras en el primero se puede plantear un proceso entre sujetos que sufren la discriminación pero cuentan con remedios para ponerle fin; respecto a los vulnerables, hay desventajas estructurales que están bien advertidas en las Reglas de Brasilia, y admiten igualar el desequilibrio de fuerzas.

En estos casos, un colectivo formado al efecto, tendría legitimación para obrar.

> Por otra parte, se ha dicho que […] "la defensa planteada por las empresas demandadas con relación a la falta de experiencia en el ejercicio de ese oficio por parte de la actora tampoco desvirtúa la presunción de invalidez. En efecto, dicha falta de experiencia se produce, justamente, a raíz del estereotipo de género que las ha excluido históricamente del oficio de chofer de colectivos. La justificación de cualquier decisión de contratación en perjuicio de las mujeres deberá estar despojada de estereotipos y nociones fijas y arcaicas acerca de los roles y las habilidades de los hombres y las mujeres"[379].

[378] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opiniòn Consutiva 18/2003.

[379] Corte Suprema de los Estados Unidos, 'Mississippi University for Women v. Hogan', 458 U.S. 718, del 1° de julio de 1982, sección II y sus citas.

Algo similar ocurre con la enseñanza en establecimientos educativos, donde la desigualdad se puede dar con relación a un sujeto afectado, o varios que se encuentren en identidad fáctica alterada. Aquí, la discriminación sucede por la interpretación que las autoridades den a las leyes correspondientes.

La Corte Nacional ha dicho que […]

> La libertad de religión es particularmente valiosa, al advertir lo que ella aporta a la humanidad merced a esfuerzos y tribulaciones […]. La posible lesión a las legítimas creencias de un ciudadano, motivada por la obligación legal del servicio de las armas puede alcanzar no sólo a aquéllos que profesan un culto en particular sino a quienes establezcan una determinada jerarquía entre sus valores éticos, adjudicando especial primacía al de no poner en riesgo la vida de un semejante. En tal sentido, el ámbito de posible violencia estatal al fuero interno se amplía con forma considerable, abarcando el sistema de valores no necesariamente religiosos en los que el sujeto basa su propio proyecto de vida. Una interpretación diferente, nos llevaría al contrasentido de proteger el derecho a la libertad de cultos, como una forma de exteriorización del derecho a la libertad de conciencia, y no atender a este último como objeto de protección en sí mismo[380].

Finalmente, el campo extenso y variado del amparo contra cualquier forma de dscrminación, no abandona los presupuestos de representación sobre el derecho que se pide, sin que ello se ponga con las limitaciones que suelen tener las asociaciones de usuarios y consumidores. Pero, como en ellas, hay un beneficio importante.

Cuando se alega la existencia de un motivo discriminatorio corresponde al demandado probar que el acto tuvo una causa justificable que la muestra razonable y ajena al acuse de discriminación.

La ley 23.592 toma el criterio de la inversión del *onus probandi*, cuando los hechos son verosímiles, la causa es manifiesta, y la notoriedad de la injusticia pueda ser indiscutible, en cuyo caso, le corresponde al requerido a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y la evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica[381].

380 Fallos, 312:496.

381 Fallos, 334:1387.

CAPÍTULO XXII

Legitimación del usuario, consumidor y asociaciones

1. Principios generales

1.1 Los artículos 42 y 43 de la Carta Magna Nacional protegen los derechos del usuario y el consumidor ofreciendo cobertura constitucional a los conflictos devenidos de las relaciones de consumo. Pero el amparo no es para todos, en la medida que el primer precepto custodia el derecho material o de fondo; mientras que el artículo 43 le concede a las asociaciones que propendan a los fines tuitivos la garantía de acceder al juicio de amparo.

El contraste no significa incompatibilidad en la tutela procesal de los derechos derivados de las relaciones de consumo. Tan solo considera el compromiso que tienen los derechos cuando son de incidencia colectiva (que tienen permiso para el amparo a través de las asociaciones), diferenciándolo de aquellos que evidencian derechos individuales o exclusivos, los que tienen procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos (art. 42, CN).

Del marco legal surgen proyecciones para las vías de acceso que tienen individuos aislados o agrupados, sin distinguir quien es el afectado (la persona o el derecho), aunque presupone que el derecho o interés que presenta el demandante solitario se respalda en el nexo con su situación personal, que puede ser real como potencial y que no será exclusivamente de él. En consecuencia, tal supuesto no es un caso de amparo colectivo, pues la legitimación para obrar no se reconoce a cualquiera sino a quienes participan de un determinado interés grupal.

> Sostiene Quiroga Lavié que […] en el ámbito de protección de los derechos de incidencia colectiva el art. 43 determina que la tutela se encuentra dispuesta en relación con los

> derechos públicos de la sociedad y no con el de los particulares damnificados -que encuentran protección en el primer párrafo del artículo-, pues la utilización de la expresión "en general" pone de manifiesto que los supuestos mencionados anteriormente -como el de los consumidores-, son especies de derechos de incidencia colectiva[382]

1.2 . La ley de defensa del consumidor dispone en el artículo 53 las normas del proceso judicial, dejando en claro que las acciones individuales seguirán el trámite más abreviado que tenga la jurisdicción, manteniendo el poder instructorio del juez para resolver el procedimiento más adecuado.

> *Artículo 53.- Normas del proceso*. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.
>
> Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.
>
> Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.
>
> Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

El sistema parte de la base del derecho subjetivo o material, de sustento constitucional, que le confiere al que está en una relación de consumo, una protección especial. Ella se desenvuelve como reclamo administrativo o judicial, en la senda del proceso de conocimiento más breve, significando así que se desarrollará un juicio de carácter contencioso, con prueba necesaria y alcances singulares de la cosa juzgada. Es decir, no es un proceso constitucional.

382 Quiroga Lavie, Humberto, *El amparo, el habeas data y el habeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional*, en "La Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción". Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1994 , p. 143.

Para que lo sea se debe reunir otras características. Una llega con las propiedades del acto o el hecho contra el que se actúa. Otra considera la pretensión que se reclama, y finalmente, los resultados que se espera obtener.

1.3 Cada sistema de protección piensa diferente. En las relaciones de consumo se persigue, genéricamente, asistir al más débil, permitiendo que pueda reclamar contra el abuso promoviendo acciones que restituyan sus derechos y sancione al infractor. Puede pedir reparaciones económicas y daño punitivo.

El proceso constitucional, por su parte, protege al derecho material antes que al individuo, sea particular afectado o grupo alcanzado por el acto lesivo. La finalidad es guarecer el derecho y mantener intangible la garantía que prometen los artículos 42 y 43 constitucional. El juicio de amparo se le concede a las asociaciones, y la cosa juzgada alcanza al demandado y a todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.(art. 54 párrafo segundo, Ley de Defensa del Consumidor, texto según ley 26.631)

Esta es una creación de enorme trascendencia, porque facilita por vez primera la legitimación para obrar en el proceso ofreciendo distintas alternativas para la defensa de los derechos afectados. La única restricción puede estar en que los organismos intermedios deben estar inscriptos, en razón de que sólo aquellos legalmente constituidos serán reconocidos para la defensa de los derechos de incidencia colectiva.

1.4 En consecuencia, para sistematizar quienes pueden trasponer la antesala para tener derecho al amparo, tendremos que verificar las categorías donde se instalan los sujetos, y desde allí comprobar la vigencia de la ley de Defensa del Consumidor (en especial, los arts. 55 y 56), y en su caso, ratificar o desmembrar la posibilidad de representación de los grupos y las posibilidades de actuar por sí mismos.

El problema está en los nombres e interpretaciones que tienen los derechos afectados. Cuando se trata de discriminación, propiamente dicha, de algún modo se requiere personificar al “dueño” del perjuicio, salvo que sea estructural e incida directamente sobre el derecho o la garantía. En cambio, cuando se analizan los derechos con relación a su pertenencia, aparecen conceptos huidizos para la doctrina y

jurisprudencia, cuya multiplicación de contenidos y conceptos, confundió al legislador del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que dejó solamente la titularidad para el ejercicio del derecho de acción a los derechos individuales y los de incidencia colectiva (individuales homogéneos).

En este territorio se debe construir una teoría concisa y clara para que se pueda articular el proceso con la Constitución, porque la suerte del consumidor individual o representado; del usuario residencial o empresario; y de las propias asociaciones o grupos que intenten una representación del derecho, pueden tener, como de hecho lo padecen, severas complicaciones.

En consecuencia, a los fines de la legitimación procesal y, del efectivo acceso a la justicia, no bastará con el registro y aceptación de personería en las asociaciones de usuarios y consumidores; o la acreditación de categoría en las personas físicas o jurídicas; habrá que agregar una fórmula mínima de sustento a estas proyecciones del derecho subjetivo que, siendo diferentes, resultan bastantes para otorgar un tratamiento diferenciado.

En este sentido la Corte formula algunas aclaraciones al decir que […]

> Cuadra admitir la vía del amparo para promover el reclamo de las asociaciones que luchan contra el virus VIH/SIDA, teniendo en cuenta que no existe ley alguna que determine los requisitos de registración y formas de organización de estas asociaciones, si de los objetivos establecidos en sus estatutos y actas inscriptas ante la Inspección General de Justicia de la Nación, surge que protegen a quienes padecen SIDA al resguardar derechos tales como la vida, la salud y a la dignidad, así como también la satisfacción del bien común[383].

2. Legitimación individual del consumidor

2.1 Para la ley, consumidores y usuarios son categorías idénticas, […]

"… entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines"[384].

383 Fallos, 323:1339.

384 Art. 1 Ley de Defensa del Consumidor, texto según ley 26.361.

La tutela que se otorga no atiende al sujeto particular, sino al público, consumidor potencial de las cosas que se ponen en el comercio o a él se ofrecen. Consumidor es alguien, pero la relación de consumo es el vínculo cuya protección se resguarda en escenarios diferentes, como son la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; información adecuada y veraz; la libertad de elección, y a tener condiciones de trato equitativo y digno (art. 42 CN).

> La reforma constitucional no ha ampliado el universo de sujetos legitimados para la defensa de cualquier derecho, sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos mencionados en el segundo párrafo del artículo 43 del texto constitucional, es decir, los que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general[385].

2.2 La definición de un derecho siempre tiene como referente un destinatario. Esto es, que los derechos se piensan en abstracto (para todos), pero se resuelven en casos concretos (la individualización del conflicto). La novedad del siglo XX fue la consagración del derecho de masas, despersonalizado, que no tenía un dueño particular ni un único afectado. Los derechos de incidencia colectiva, fueron aquellos que reconoceron una parte de la titularidad procesal (la subjetividad del derecho de acción) en varios legitimados: grupos o asociaciones, Ministerio Público, Defensor del Pueblo, etc.

En este siglo se ha mejorado la inserción, pero en los procesos judiciales hay una notable confusión entre derechos representados y sujetos clasificados por categorìas. De este modo, se asimila al consumidor con el usuario. Siendo que puede haber consumidores que sean usuarios, pero usuarios que no son consumidores.

La Corte nacional resolvió en la causa “Padec”, esta diferencia de categorías, comenzando en este fallo a esclarecer el alcance del amparo tras la reforma constitucional. Allí dijo […]

> Cabe dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción opuesta por la demandada y consideró que la asociación actora no estaba legitimada para demandar a la empresa de medicina prepaga con el objeto de que se declarara la ineficacia de determinadas cláusulas del contrato de adhesión que aquélla suscribe con sus afiliados y que la habilitan a aumentar el valor de las cuotas mensuales que éstos abonan, dado que dicha asociación tiene entre

[385] Fallos, 333:1212.

> sus propósitos la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios tutelados por el art. 42 de la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional y la defensa de aquéllos cuando sus intereses resulten afectados y/o amenazados, mediante la interposición de acciones administrativas y judiciales y la petición a las autoridades ya sea en representación grupal, colectiva o general, por lo que no se advierten óbices para que deduzca, en los términos del párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución Nacional, una acción colectiva, sin que obste a ello la circunstancia de que se haya demandado por la vía de un proceso ordinario, pues el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes […].
>
> Interpretar el caso como se ha hecho […] podría conducir a vaciar de contenido la protección que el art. 43 de la Constitución Nacional otorgó a los consumidores, al legitimar a las asociaciones para la defensa de sus derechos, sin que la Cámara tenga en cuenta que la diversidad en materia de intereses económicos es una característica que necesariamente se da entre los consumidores de cualquier producto o servicio, omitiendo considerar que toda afectación de los intereses del grupo repercutirá de manera distinta en sus integrantes, de acuerdo con la situación económica individual de cada uno de ellos. (Voto del juez Enrique S. Petracchi). […]
>
> El derecho cuya protección procura la actora es de incidencia colectiva, referente a intereses individuales homogéneos y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer valer una acción colectiva en los términos del precedente "Halabi" (Fallos: 332:111) y de no reconocérsele legitimación procesal se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, ya que no aparece justificado que cada uno de los afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable[386].

2.3 Lo singular de la atención se concentra en el hecho generador que lesiona los derechos individuales. Si ellos son ciertos y evidentes, manifestando notoriamente la violación a los derechos constitucionales (v.gr.: derecho de propiedad), el sujeto tiene la calidad de afectado y puede reclamar en vía de amparo la restitución de los derechos amenazados o perdidos.

Pero si ese derecho tiene efectos comunes en otros y cada uno de sus integrantes unifica el perjuicio sobre un bien común, la demanda individual pierde sentido. Lo

[386] Fallos, 336:1236.

homogéneo de la alteración sobre un derecho de clase, unido a la generalidad del perjuicio que genera ese hecho, es cuanto habilita el proceso colectivo. Sin embargo es un derecho potestivo del titular resignar su demanda para dejar que otros lo representen en un amparo colectivo. De todos modos, las acciones de grupo significan un cambio importante en la consideración de las reglas del mandato y la representación tradicional.

2.4 Las necesidades pueden ser individuales, es cierto; pero también lo es que, en el caso del derecho del consumidor o usuario, fundamentalmente, son colectivas o genéricas, y se integran al concepto de perdurabilidad de las situaciones aflictivas. Es decir, que aun siendo invocadas por uno sólo de los afectados, existe un grupo también interesado por la magnitud de la crisis y su posible continuidad si la cuestión no se compone "para todos".

Si el interés colectivo o difuso no tiene ubicación específica en nuestro ordenamiento legal, no hay duda que se le debe abrir espacio partiendo de la base de los conceptos existentes y las exigencias de la realidad; paralelamente, las vías procesales tendrán que ser adecuadas a los fines del juego de los derechos inherentes a tales intereses.

De esto nos vamos a ocupar con más detalle y precisión, porque justamente es el problema que pretendemos marcar en este libro, donde el único modelo procesal para desenvolver la crisis y buscarle soluciones, tiene reglas que nunca previeron otra forma de suscitar el juicio que no sea mediante la lucha entre partes, y está visto que, entre otras finalidades, lo que persigue el derecho del consumidor es eliminar esa diferencia entre fuerzas.

2.5 Las conclusiones tienen, de acuerdo con lo expuesto, cierta inconsistencia. Una cosa es la tutela diferenciada que ofrece la norma constitucional del artículo 42, que radica en la persona física o jurídica que se inviste como usuario o consumidor; y otra es el derecho al amparo que, por vía de principio, solamente se confiere a las asociaciones debidamente registadas para la defensa del derecho colectivo.

Ahora bien, indistintamente si nos referimos a consumidor y/o usuario, lo cierto es que se trata de un nuevo sujeto del proceso económico que merece una protección especial por ser la parte más débil de la relación jurídica de consumo. Esta es la primera

línea de defensa, que se disemina en el art. 42 con una diversidad de acciones que se relacionan con la propia situación afectada. Desde ella podrá reclamar la reparación del bien; la sustitución del mismo; la reducción del importe pagado o la resolución del contrato de venta; sin perjuicio de los daños y perjuicios y el daño punitivo que quiera impetrar

> En otro lugar hemos señalado que […]: "En un primer momento, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos gratuitamente, a menos que ello resulte imposible o desproporcionado. Toda reparación o sustitución deberá completarse en un plazo razonable y sin ninguna molestia importante para el consumidor.
>
> "Cualquiera de estos dos resarcimientos será desproporcionado si supone unos gastos para el vendedor que, en comparación con el otro resarcimiento, no sean razonables habida cuenta del valor que tendrían los bienes si no hubiera defecto de conformidad, de la importancia de este último y de si el resarcimiento alternativo pudiera realizarse sin ninguna molestia importante para el consumidor.
>
> "En caso de que el consumidor no pudiera exigir la reparación ni la sustitución o de que el vendedor no hubiera dado satisfacción al requerimiento del comprador en un plazo razonable y sin ninguna molestia importante para el consumidor, el consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato"[387].

La segunda línea de reguardo constitucional es la inteligente adopción de la defensa colectiva del derecho afectado, dando lugar a que las asociaciones de protección del usuario y consumidor puedan encaminar la defensa sustantiva a través del amparo colectivo.

3. Legitimación del usuario

3.1 A los efectos de entrar al proceso de amparo la condición de usuario y consumidor no tiene diferencias. La distinción es importante cuando se invoca solo una de las calidades. A veces, la disparidad entre ellos parte de la base de encontrar algunas características que no son comunes. Por ejemplo, comprador es la persona que adquiere un producto y paga por él. Lo puede tener para sí y aprovecharlo, o venderlo generando una cadena de consumo. Consumidor es quien lo utiliza dándole destino final; en tanto que usuario es el que aprovecha servicios de importancia, sobre los cuales tiene un derecho de uso.

[387] Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Protección procesal del usuario y consumidor*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2005 (1ª edición), p. 46.

> En el capítulo VI de la ley de defensa del consumidor, se establece una categoría dentro de los usuarios de servicios públicos, que se nominan como "domiciliarios", esttableciendo elementos que caracterizan y diferencian el uso. La principal particularidad es que llegan de forma continua y permanente a los domicilios (arts. 28 y 30); la prestación utiliza instalaciones específicas o artefactos (art. 28); y el consumo del servicio se mide, generalmente, con instrumentos o unidades de medición (art. 29) a lo largo de cierto período (v.gr., un mes o un bimestre). Por último, el precio se fija en una tarifa referenciada (art. 31) cuyo importe se consigna en una factura impresa, a pagar en fechas ya fijadas de antemano. La misma ley cita como ejemplos a los servicios de energía, combustible, comunicaciones, agua potable (art. 29), lo que no agota la lista, pero resultan acorde con las características señaladas[388].
>
> Las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación; se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos[389].

No obstante, la categoría de usuarios no supone variar el alcance del art. 42 constitucional, pues la norma no establece requisitos o condiciones, ofreciendo la protección procesal a toda persona que haya tenido una relación de consumo. Inclusive, medie o no contrato, el auxilio es aplicable, porque existe una obligacion constitucional que controla la eficacia de la relación en beneficio de consumidores o usuarios, como para los prestadores de servicios, sean productores u oferentes de consumo.

3.2 Un caso resuelto por la Corte Suprema permitió dejar expuesto cuántos intereses divergentes se presentan ante un mismo reclamo por el uso de servicios publicos esenciales. Se trata del amparo (revertido como colectivo) deducido por el Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS)[390] que confronta con el Estado Nacional (Ministerio de Energía y Minería de la Nación), requiriendo que los usuarios del servicio de gas residencial tuvieran derecho a participar en la formación del cuadro tarifario. El derecho se fundamentó en la garantía de estar

388 Vázquez Ferreyra, Roberto A, - Romera, Oscar E., *Protección y Defensa del Consumidor*. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 23.

389 Fallos, 339:1077.

390 Fallos, 339:1077.

informado y tener la posibilidad de debatir en audiencias públicas, el alcance del aumento del servicio que cada residente debió abonar.

La crisis planteada en este juicio era similar al de varios más que cuestionaban el alza de las tarifas, las que se consideraban desproporcionadas y abusivas. De este modo, existían agrupados en la causa referida, muchos “legitimados” que, siendo usuarios indirectos, declaraban intereses diferentes.

Estaba CEPIS como cabeza del colectivo; pero asi también se incorporó a un grupo de legisladores, ciudadanos, intendentes, el Defensor del Pueblo y varios más que se consideraban afectados y representantes.

Lo que ocurrió fue que la sentencia trazó distinciones importantes. CEPIS defendía un sector de los usuarios unidos por una causa común de afectación como es propio de quienes se agrupan en asociaciones. La característica que los identifica es el interés de una parte de la sociedad, que puede reconocer las personas integrantes en todo tiempo, si es que la demanda no los menciona desde el comienzo. El modelo de representación es institucional, por ser exigible la composición previa a los hechos, el registro de la entidad, y la vinculación del objeto social con el fin propuesto en las acciones judiciales.

3.3 Este sería el tipo de las acciones de grupo donde es posible que el proceso comience sin otro requisito que acreditar la causa común que los aglutina, para encontrar los beneficiarios recién en la etapa de liquidación. De este modo, la representación del colectivo, para que sea adecuada, necesita de exigencias y presupuestos que puedan relacionar sin inconvenientes a las personas alcanzadas con los fines y objetivos del representante.

> La causa presentada, sigue la finalidad de la *acción de clase* estadounidense, que persigue facilitar el acceso a la justicia mediante la acumulación en un solo procedimiento, iniciado por una o varias personas representantes de un grupo, de la suma de reclamaciones que, individualmente (es decir, en el ámbito de una acción de reclamación individual), cada uno de los miembros del grupo podría iniciar en relación con un derecho o interés propio. Se trata de evitar que, por la ineficiencia que pueda suponer cada reclamación individual, se

> dejen de interponer multitud de reclamaciones. Estamos, en definitiva, ante una institución procesal inspirada por el principio/deseo de justicia efectiva[391].

La Corte entiende que el identificador común y los efectos iguales que tienen los representados no registrados por la asociación actora, son suficientes para "certificar la clase", solo que procesalmente no es igual a acreditar la personalidad procesal. Aquella se refiere a delimitar claramente el sector alcanzado por el operador económico, sin necesidad de verificar a cada uno de los integrantes del grupo vulnerado. Esto, en hipótesis, será menester en la etapa de realización de la condena.

> La trascendencia institucional que exhibe el conflicto a que han dado lugar las resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, generando una litigación de características excepcionales, exige de la Corte una rápida decisión que deje en claro -ante la sociedad, ante las diversas autoridades de la Nación y ante el resto de los tribunales- las reglas constitucionales que constituyen las vigas maestras para la resolución de esta clase de procesos, poniendo en ejercicio la jurisdicción que ha calificado como la más alta y eminente, connatural con la responsabilidad institucional que le corresponde como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (art. 108 CN)[392].

3.4 En consecuencia, el usuario comenzó a desgranarse como calidad o sujeto personalizado en la defensa de sus intereses. La Corte sostiene que, solo respecto de los "usuarios residenciales" es posible sostener un caso, pues la entidad que los agrupa cuenta con representacion de aquellos que tienen una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional.

Respecto de los *usuarios no residenciales* no se ha demostrado -dice el fallo- ni resulta de manera evidente de las constancias de autos, que el ejercicio individual de la acción -en la que se reclama a partir de las nuevas tarifas del gas- no aparezca plenamente posible en atención a la entidad de las cuestiones planteadas, lo que impide tener por corroborada, con una certeza mínima, que se encuentre comprometida la garantía de acceso a la justicia que resulta necesaria para habilitar la vía intentada, por lo que los efectos de la sentencia que dicte el Tribunal no pueden alcanzarlos.

391 "C*lass actions permit the plaintiffs to pool claims which would be uneconomical to litigate individually*" *Phillips Petroleum, Inc. v. Shutts*, 472 US. 797, 809, 86 L. Ed. 2d 628, 105 S. Ct. 2965 (1985). Cfr. Ferreres Comella, Alejandro, *Las acciones de clase ("Class action") en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, Madrid, noviembre -2005, p. 39.

392 Fallos, 339:1077.

Desde esta exclusión, empieza a sub dividir los intereses, tomando como fundamento la necesidad de esclarecer quienes, y donde está, el conjunto de perjudicados por la conducta o acto del Estado o del prestador del servicio. Actuando de este modo, consigue limitar el alcance de la cosa juzgada, que además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan comprobar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción.

Únicamemte a partir de un certero conocimiento del colectivo involucrado (y de sus eventuales subcategorías) el juez podrá evaluar si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva.

El siguiente expulsado fue el Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus arts. 86 y 43, pero como es un cargo vacante, el tribunal entendió suficiente para denegarle legitimación.

Esto significó interpretar la legitimación del ombusman como *intuito personae* descartando que la garantía del artículo 86 constitucional, fuera de la institución.

Y así llegó a una conclusión simple […]

> La cláusula del art. 42 de la Constitución Nacional -incorporada por la Convención Reformadora de 1994- reconoce en esta materia la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas y cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador, al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso.
>
> El derecho consagrado en favor de los usuarios y consumidores en el art. 42 de la Constitución Nacional es un derecho operativo, ya que su obligatoriedad inmediata no está condicionada a actuación reglamentaria ulterior del Congreso de la Nación, aunque por cierto se deje en manos de la autoridad legislativa, como sucede en el campo de todos los derechos (art. 28), la determinación circunstanciada de los diversos procedimientos y situaciones bajo los cuales tendría lugar el nuevo derecho[393].

4. Legitimación de las asociaciones

[393] Fallos, 339:1077.

4.1 De acuerdo a las disposiciones del art. 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, siempre que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos, que la pretensión esté concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase involucrada y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente al acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir[394].

La legitimación por representación del colectivo damnificado tiene la ventaja de agrupar en una asociación los intereses de un sector que, trabajando individualmente, tendría desventajas operativas, expresadas en debilidades posibles del demandante solitario (económicas, probatorias, eficacia funcional, etc.). Esta representación tiene figuras alternativas, según la composición del interés legalmente inscripto al tiempo de la conformación asociativa, o resulte una integración ocasional a causa de un hecho principal que le da origen (v.gr.: perjudicados por un hecho fortuito o inesperado).

Todos son espacios a ocupar como defensores de los derechos de incidencia colectiva, es decir, los que tienen por objeto bienes colectivos, que conforme al art. 43 constitucional, le otorga legitimación para obrar al Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés de los grupos y al propio afectado, como son los usuarios o consumidores.

4.2 Los derechos individuales que dan derecho al amparo quedan en cabeza de los sujetos que se consideran alterados, sin perjuicio de la actuación que pueden tener las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran, para intervenir como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas (art. 52 párrafo segundo de la ley de defensa del consumidor).

El amparo o el proceso de conocimiento que pueda promover el interesado, no exluye a la asociación, solo la adhiere como litisconsorte facultativo. Es esta una

[394] Fallos, 338:1492.

solución para el apoyo que pueden recibir los consumidores no identificados en la eventual y posible extensión del daño reclamado aisladamente.

Pero los procesos con pluralidad de partes no resuelven el problema de la representación procesal de los grupos, circunstancia que lleva a tener que admitir legitimación para obrar a quienes ostenten un interés suficiente o bastante. Pero desde este emplazamiento se puede otorgar personalidad a todos los integrantes del grupo, solo a uno, o al ente *in solidum*. Por lo cual, la crisis de identidad se mantiene y socava la necesidad de seguridad jurídica que el caso requiere.

4.3 La "categoría" se vincula con un sistema de reconocimiento al interés sectorial; dicho en otros términos: equivale a decir que debe actuar antes que en representación del afectado, en defensa del interés grupal (v.gr.: asociación que se agravia por la venta en mal estado de un producto, sin patrocinar el daño individual sufrido por algún miembro de la colectividad sea o no integrante de la entidad).

La tutela que se quiere hacer valer es expansiva no particular, en cuyo caso, la representación ha de ser "adecuada", porque no se podrían otorgar legitimaciones de tanta amplitud como para generar una acción popular que en nuestro sistema es inexistente, salvo contadas excepciones.

> La jurisprudencia italiana diseña algunos criterios para localizar la categoría, los que permiten valorar la legitimación del sujeto colectivo. Uno es la *localización territorial*, dando preferencia a los grupos locales sobre los extraños (v.gr.: tendría ese carácter la demanda de una asociación vecinal sobre la de una entidad de carácter nacional). Otra es la *adecuación de los fines estatutarios*, conforme establece la pauta del art. 43 de la Constitución Nacional.
>
> Aun cuando algunos sostienen que este criterio resulta insuficiente pues requiere una lesión propia y esto puede ser difícil de determinar cuando están en juego intereses colectivos en sentido estricto, es decir, indivisibles entre los miembros del grupo. Cuestión distinta sería que la asociación, en vez de ser un miembro más del grupo, fuese en sí misma la formación exponente del interés colectivo, pero en tal caso no estaríamos ya ante un supuesto de interés difuso, sino simplemente de una lesión del interés institucional, plenamente protegido en los ordenamientos jurídicos actuales[395].

[395] Silguero Estagnan, Joaquín, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*. Dykinson, Madrid, 1995, p. 267.

Los fines institucionales pueden estar legalmente expresados en un estatuto de conformación social que, para ser aplicados en un proceso judicial, exigen la instrumentalidad y el registro respectivo en el órgano del Estado que verifique el control de legalidad.

> La omisión de demostrar la inscripción del Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA) en el registro especial para las asociaciones sindicales obsta a la posibilidad de encuadrar el reclamo relacionado con el abono de una retribución como una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada en los precedentes "Halabi" y "PADEC", ya que el art. 43 de la Constitución Nacional sólo otorga legitimación para demandar en defensa de derechos de incidencia colectiva a aquellas asociaciones que se encuentren registradas conforme a la ley[396].
>
> La omisión de acreditar la inscripción del SUTPLA en el registro especial para las asociaciones sindicales obsta a la posibilidad de encuadrar el reclamo como una acción colectiva en los términos de la doctrina del precedente "PADEC" pues para accionar como asociación invocando la defensa de los intereses de los trabajadores la entidad, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, el demandante debió -cuanto menos- demostrar que había cumplido con las normas legales que expresamente la habrían habilitado para ejercer dicha representación (Voto del juez Rosatti)[397].
>
> No resulta aplicable la doctrina del precedente "Asociación de Trabajadores del Estado", que se refiere a la legitimación de las asociaciones sindicales simplemente inscriptas si del texto de la demanda y de la documentación adjuntada simplemente surge que el Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA) solicitó su inscripción como entidad gremial con arreglo a las disposiciones de la ley 23.551 pero no que esa inscripción en el registro respectivo haya sido dispuesta por la autoridad de aplicación[398].

Pese a estos criterios, lo cierto es que no existe una tendencia jurisprudencial homogénea, porque en un primer momento se reconoce como determinante la previa existencia de personalidad jurídica para estar legitimado en la tutela de un interés difuso o colectivo (tal como lo estaría planteando nuestro art. 43, constitucional); de modo que al ser necesario el título cualificante, excluye la posibilidad de legitimar al grupo.

Otros casos revelan que se potencia la necesidad de acreditar el interés, porque si se trata de un supuesto donde el Estado debe intervenir por ser la causa de “interés

[396] Fallos, 342:197; 338:1291.

[397] Fallos, 342:197.

[398] Fallos, 338:1291.

público", el Ministerio Fiscal posterga al ente exponencial. En estos supuestos, los grupos de formación espontánea son directamente relevados.

> No obstante, sostiene Silvero Estagnan, que […] "estos avatares de la jurisprudencia no impiden que la doctrina italiana se refiera a la "legitimación por categoría", la cual se define por Denti, como la legitimación que se refiere conjuntamente a una serie indefinida de sujetos, titulares de una situación que necesariamente viene tutelada en su subjetividad plural"[399].

4.4 La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Cavalieri, Jorge y otros c/ Swiss Medical SA"[400] comienza a acentuar las líneas premonitorias del caso "Halabi"[401], donde perfila el procedimiento a seguir en los procesos colectivos mientras no exista una ley reglamentaria.

Recuérdese que en dicha oportunidad se dijo que existían tres tipos de derechos o intereses posibles de tutela en el territorio de las que llamó "acciones de clase": 1) los *derechos individuales*, donde el afectado es el principal protagonista y único legitimado para intervenir; 2) los derechos de *incidencia colectiva referidos a bienes colectivos* que se caracterizan por ser de toda la comunidad, siendo indivisible su objeto y despersonalizada la protección individual, pues se dispensa la protección al derecho sin mirar concretamente el perjuicio de uno o varios sujetos (v.gr.: contaminación ambiental; protección del patrimonio artístico y cultural, etc.); y 3) los *derechos individuales homogéneos,* en los que no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles.

> Agrega la Corte: […] "hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño" (Consid. 12 "Halabi").

399 Silguero Estagnan, ob. cit., p. 280.

400 Fallos, 335:1080.

401 Fallos, 332:111.

Esta forma de partir el derecho colectivo que es llevado a juicio parece llegar del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, que por vez primera se aparta de la polaridad entre derechos o intereses difusos y colectivos, agregando los individuales homogéneos (con la diferencia que en este sistema, no hay control sobre la capacidad procesal de representación o legitimación para obrar).

En cambio, la Corte Suprema define esta relación obligando al que pide a identificar al conjunto o colectivo afectado; a verificar la idoneidad de la representación y a probar que existen cuestiones comunes y homogéneas que permiten proyectar la sentencia hacia todos quienes se encuentren alcanzados.

Esto significa que se inclina decididamente por el modelo de las "class action" americana donde lo más importante es "certificar" la clase, que dicho en otros términos significa tener que demostrar la legitimación y la representación del colectivo que se invoca.

4.5 El encuadre no parece advertir que, mientras el sistema norteamericano prefiere la representación de la clase por una organización adecuada, el modelo propuesto encarrila igual exigencia pero del legitimado, a quien le aplican las reglas tradicionales del proceso común.

Dicho en términos docentes, parafraseando lo ya expuesto: Las *class action* quieren saber cual es el *derecho* que se invoca para protegerlo con la representación del grupo; y el derecho latinoamericano (por ejemplo, nuestro proceso civil y también el constitucional piden que se verifique "el afectado"), en cambio, pregunta ¿quién es? antes de oír la pretensión concreta que se promueve.

En los hechos no es muy diferente el resultado porque ambos persiguen: *a)* la adecuada representatividad del legitimado; *b)* la relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas.

Solo que cuando se sigue el esquema de las *Rules 23* americanas es común descartar toda acción que pueda ser propuesta individualmente, porque de así resultar, la acción no es de clase sino de reparación de daños subjetivos. Mientras que para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados recién como a) y b), es también necesaria la demostración del predominio de

las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto.

La asimetría con el criterio anglosajón impuesto en las acciones de clase, se podría despejar si se convalida a la asociación que se arroga la representación de un grupo o colectividad determinada, cuando ella permanece pasiva o inactiva, o nada contradice cuando la agrupación solicita la tutela jurisdiccional. Esto se llama ente exponencial: El *grupo exponenciado* es el sector protegido, y el *ente exponencial* la entidad organizada o la persona o personas que pretenden la atención judicial. Aquí no sería requerida inscripción ni registro, pues solo se atiende el derecho a defender.

No debe vincularse esta legitimación con la que solicite una entidad organizada (v.gr.: Liga de defensa de los derechos del consumidor, u otros similares), pues aunque estos pueden investirse de representación suficiente y ser partes procesales (al vincular el objeto de su constitución con la materia específica que plantean en la demanda), en el caso se busca tutelar el interés colectivo que mantiene una fluidez y heterogeneidad más elástica que los moldes estatutarios.

> Por eso, bien apunta Bujosa Vadell, que "la protección de los intereses de grupo de ninguna manera puede depender exclusivamente de formas de organización colectiva de defensa de este interés, por tanto la asociación, el grupo organizado [...] no son más que formas posibles de manifestación y de realización de una reacción que en el caso de ser individual debería estar igualmente legitimada para pedir la protección jurisdiccional. Habrá casos en los que el ámbito del interés del grupo coincide con el de la organización (así sería el caso de los intereses profesionales de los abogados, cuya defensa se atribuye por ley a los colegios profesionales), por esa simple coincidencia la organización es un ente representativo del grupo; pero en otros supuestos el ámbito no coincide y el grupo organizado sólo integra una parte de los titulares del interés difuso o colectivo..." [402].

La diferencia de situaciones puede tener otra lectura. Mientras un grupo organizado pretende lograr beneficios generales, generalmente preventivos; la persona individual que invoca un interés colectivo se arroga la defensa con pretensiones heroicas, aunque justas y razonables.

En el sistema americano esta distinción se reconoce por la dimensión del problema, mientras los *rights without a holder* (derechos sin titular pues toda la colectividad tiene la pertenencia) admiten las legitimaciones indirectas y difusas; los

[402] Bujosa Vadell, ob. cit., p. 222.

rights too small (derechos demasiado pequeños), por su parte, permiten una protección individual que no requiere de mayores exigencias de representación.

En ambos casos, como se aprecia, el sentido técnico que tiene la legitimación procesal desaparece, al darse preferencia a las situaciones en crisis que se alegan en las demandas promovidas.

4.6 La otra faceta del presupuesto procesal de admisión asienta en la representación del grupo afectado. En este sentido no existe claramente diferenciado en el sistema procesal argentino cuanto significa "representación adecuada", tema que veremos al estudiar el amparo colectivo.

En la causa "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Citibank NA"[403] la Corte comienza a elaborar una línea ideológica que no parece demasiado precisa, aunque no se puede desconocer la definición que comienza para la representación colectiva.

Recuérdese la advertencia que la homogeneidad del perjuicio no es suficiente para la representación en juicio, siendo indiferente a las reglas de la capacidad y representación procesal. Con ello ponemos un alerta para que no se confunda al proceso colectivo con una especie de acción popular por la que toda persona, invoque o no un perjuicio propio, asume la representación de un derecho vulnerado buscando su restitución o reparación. La representación no es procesal, sino sustancial, como veremos de inmediato.

Representar significa defender una situación jurídica subjetiva en nombre y representación del individuo afectado. Cuando son muchos los afectados, al punto de exceder la figura del litisconsorcio, la cualidad del grupo permite quedar encarnado sin los términos formales del Código Civil y Comercial. El modelo argentino es el que reglamenta la Ley de Defensa del Consumidor.

La informalidad del artículo 53 al establecer que […]:

> "Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación", *prima facie* parece bastante, pero no lo es. Es un supuesto de

[403] Fallos, 340:1969.

> representación del usuario singular, del consumidor aislado que encuentra en una entidad previamente organizada y autorizada por el Estado, la posibilidad de actuar en juicio bajo su tutela.

En este caso, la ley se ocupa más de los problemas de documentación persiguiendo facilitar el acceso y la verificación rápida de la personería; por eso parte del principio general que el acta poder es suficiente, aunque la forma de conseguirla obstruye el informalismo predispuesto.

El supuesto es simple: la asociación tiene que estar debidamente constituida y registrada y, sin necesidad de acreditar mandato alguno de la persona que representa invocando el interés en su protección, acredita personería con los estatutos y el acta que designa representantes legales.

4.7 Sin embargo es una disposición obvia que suele no ser comprendida. Sucede que la ley observa atentamente que la actuación del grupo representado no es un supuesto de sustitución procesal sino de legitimación representativa, tal como lo formula el art. 43, constitucional. Inclusive, el alcance que tiene el artículo 55 también genera confusiones. Este artículo dice:

> *Legitimación*. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley. Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita (Texto según ley 26.361).

El error de aplicación proviene de usar este cuadro de legitimación institucional con tanta apertura que se olvida atender al objeto destinado en su formación. Si hablamos de una asociación de usuarios y consumidores, no tendría sentido ni orientación adecuada, que la representación en juicio persiguiera reparar un daño ecológico.

La Corte en “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cia. Industrial Argentina S.A. y otros” apenas sugiere cierta inadecuación del representante cuando afirma que […]

> “Es imposible soslayar que pese a que la acción ha sido iniciada con expresa invocación de las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor, la conducta por la que se reclama

> la reparación pecuniaria involucra un bien (cemento portland) que, atento a sus características y el destino para el que es empleado, en muchos casos no es comercializado por las demandadas en forma directa con consumidores. Esta circunstancia, que marca una clara distinción con otros supuestos examinados por esta Corte -en los que la relación entre el proveedor del servicio y el consumidor no aparecía intermediada-, impide afirmar que el comportamiento que se imputa a las demandadas haya afectado, de igual forma, a todos los sujetos que integran el colectivo que se pretende representar y, por lo tanto, no permite tener por corroborada, con una certeza mínima, la existencia de efectos comunes que, conforme la doctrina sentada en el precedente "Halabi" (Fallos: 332:111), permitan tener por habilitada la vía intentada"[404].

La relación es clara si nos atenemos al régimen tuitivo de la Ley de Defensa del Consumidor que atiende y controla las relaciones derivadas del consumo. Vale decir que solo puede actuar la legitimación por representación individual o colectiva, cuando el que adquiere bienes o servicios los usa con provecho propio (destinatario final de la mencionada relación de consumo).

Aquí el problema señalado es la inconsistencia entre el objeto de la acción y los sujetos pasivos involucrados, porque cada demandado tiene actuaciones de intermediación que difuminan la responsabilidad y sus consecuencias, donde si bien el régimen de solidaridad permite traerlos por estar en la cadena de venta del producto, no hay entre ellos una afectación uniforme que iguale la culpa o responsabilidad.

La afirmación que se realiza respecto a no advertir que concurra el presupuesto de imposibilidad de actuar por sí, o que esté menguada la eficacia del proceso individual, demuestran a la Corte que el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir, pueda verse comprometido si la cuestión no es llevada ante un tribunal de justicia por la asociación actora en el marco de una acción colectiva.

Lo curioso está en que los fallos del tribunal cimero, no cuestionan la legitimación para obrar sino la definición precisa del sujeto representado. Para ser más claros, la Corte no le está diciendo a las asociaciones que carecen de legitimación para representar los derechos, sino que para ello, deben precisar el universo de la clase afectada, o la unidad de afectación entre los sujetos que dice representar, así como la ineficacia de la accion singular.

[404] Fallos, 338:40.

De esta manera, la jurisprudencia hace un giro y sostiene que al no estar debidamente identificado el sujeto afectado, no es posible uniformar la legitimación por representación, en la medida que son diferentes los tipos de actuación que tiene cada sujeto interviniente en la relación de consumo.

4.8 En síntesis, la primera regla para conceder a las asociaciones legitimación para obrar, consiste en acreditar que el objeto de su constitución y estatuto coincide con el objeto que promuve en el amparo. La identidad hace a la personalidad procesal y se da no solo para usuarios y consumidores, al aplicar el estándar a todo tipo de presentaciones de colectivos agrupados, o instituciones que reclaman.

Por ejemplo, ante un amparo ambiental promovido por una universidad, la Corte dijo […]

> Cabe hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesto por la provincia demandada, respecto de la Universidad actora que promovió una acción de amparo a fin de que cese la supuesta quema de pastizales, pues ello excede las facultades propias de dicha entidad autónoma, dado que las personas públicas tienen un campo de actuación limitado por su especialidad, sin que pueda fundar su legitimación en la previsión contenida en la parte final del citado artículo 30 de la ley 25.675- que dispone que "toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras del daño ambiental colectivo"-, ya que no puede asumir la gestión de los asuntos ambientales sin invadir las esferas de competencia institucional propias del órgano integrante del Estado Nacional con competencia específica en la materia, cual es, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable[405].

La entidad gremial, como colegios profesionales, sindicatos, agrupaciones políticas, cuentan con igual placet, pero hay situaciones que merecen ser distinguidas. Cuando la afectación es general, la representación del colectivo es válida si la pretensión asume que la sentencia será expansiva para ese grupo (derechos de incidencia colectiva); en cambio, si el amparo institucional moviliza intereses no sectoriales, la demanda puede ser repelida. Observemos […]

> La Constitución Nacional reconoce en su art. 42 legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa por el acto u omisión, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la aquélla, un

[405] Fallos, 337:1447.

> tratado o una ley, y de tal previsión constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimaciónprocesal para requerir el amparo, no se sigue la automática aptitud para demandar, sin examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción[406].
>
> El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal acciona en defensa de un derecho propio y cuenta con legitimación suficiente para actuar en el juicio en el cual se impugna el decreto 1204/01- que pretende relevar a los abogados del Estado de la obligación de inscribirse en la matrícula que la ley 23.187 pone a cargo del Colegio y de pagar el derecho fijo establecido en su artículo 51-, pues a su entender-en contra de lo que dispone le ley 23.187-, excluye de su control a una categoría de abogados que integran su matrícula (los que ejercen labores en el Estado) al tiempo que lo priva de los fondos que éstos deben abonar por su actuación en todo proceso judicial y que contribuyen a formar el patrimonio de la entidad. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-[407].
>
> A diferencia del caso anterior, en conocida cause el tribunal señala […]: La Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGEERA), no tiene legitimación para actuar en la causa tendiente a que se declare la nulidad de la resolución de la Secretaría de Energía de la Nación 406/92, toda vez que las razones en las que intenta sustentar su demanda, antes que proteger intereses colectivos de sus socios o demostrar el perjuicio que le acarrearía a la asociación el acto que impugna, tienden a defender los intereses individuales de aquéllos. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-[408].

Estas son generalidades que definen la capacidad para obrar que tienen los portadores de intereses de grupo, advirtiendo con ellas, que se ha concedido más fácilmente a los que tienen una cohesión anterior al hecho, por ejemplo, los colegios profesionales; mientras que, la exigencia de registro establece una limitación a la capacidad para obrar, la cual, a los fines de establecer la titularidad del interés alegado, no significa impedirles la presentación ante la justicia.

En segundo lugar, Cuando una asociación promueve una acción de amparo en defensa de un bien colectivo e invoca para ella la legitimación procesal especial reconocida en el art. 43 de la Constitución, debe identificar y describir de manera clara

[406] Fallos, 331:1364.

[407] Fallos, 331:2406.

[408] Fallos, 330:3836.

y precisa cuál es el bien de carácter colectivo que se encuentra lesionado o amenazado por aquellos sujetos contra los cuales se dirige la demanda[409].

Superado el problema del reconocimiento jurídico a las entidades intermedias que agrupan intereses colectivos o derechos difusos, corresponde observar el funcionamiento procesal de ellos cuando proponen o reclaman ante los tribunales.

[409] Fallos, 340:1614.

CAPÍTULO XXIII

Legitimación del Defensor del Pueblo

1. Artículo 86 de la Constitución Nacional

1.1 El artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando incorpora la institución del ombudsman, al comienzo del párrafo segundo, sin mayores aclaraciones, dice que "*el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal*".

La norma impone una garantía directamente operativa que le asigna el derecho de intervenir en un proceso judicial, con el fin de cumplir las finalidades que se tuvieron en miras al ser creada la institución.

El objetivo, entonces, es claro; pero no lo son las reglamentaciones procesales que se disponen al efecto, que con diversidad de criterios, han determinado en cada provincia o municipios, modalidades diferentes que acentúan limitaciones antes que potestades de control.

En el caso del ombudsman resulta interesante ver cómo funciona el presupuesto de la legitimación en la causa, en la medida que la personalidad que tiene para obrar en los procedimientos está previamente reconocida en la norma constitucional. En estos casos, más que de una personalidad que se identifica con el derecho a representar, se observa una acreditación que transforma la revisión de los presupuestos de entrada al juicio, obligando al juez a considerar el alcance que tiene esa amplia fórmula que le otorga al Defensor del Pueblo, legitimación procesal.

1.2 En Argentina, el derecho para obrar en los procedimientos que posee la institución es representativa. Tiene legitimación procesal, dice la Constitución, de forma

que no se analiza ni piensa en el vínculo obligacional que debe portar quien deduce un reclamo ante la justicia, sino, antes que nada, en la importancia de los valores que defiende.

Podríamos afirmar que es un mandato preventivo, por el cual se propicia que los jueces, en el análisis de admisión de una demanda, tienen la potestad de flexibilizar el presupuesto de entrada al amparo relacionado con el carácter de afectado, para discurrir que el párrafo constitucional del artículo 43 se suma a la elasiticidad que formula el artículo 86, dando lugar en conjunto a que se atienda la esencia fundamental de la tutela que se solicita.

Esta opinión se funda, además, en que el art. 43 distingue en la procedencia del amparo, las categorías de sujetos que pueden reclamar ante el acto ilegítimo, la agresión discriminatoria, la protección del consumidor, la defensa al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o los de incidencia colectiva en general, como son: a) el afectado, b) el Defensor del Pueblo, c) las asociaciones registradas, d) el Ministerio Público.

1.3 La misión del Defensor del Pueblo es la tutela y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses que la Constitución Argentina y las leyes contienen al respecto. El enunciado, lejos de ser genérico, apunta a aspectos muy particulares de la función que lleva a cabo, que se completa en el párrafo final del apartado, cuando agrega que tiene en su cometido, el control del ejercicio de las actividades administrativas públicas.

Los demás derechos parecieran referirse a lo que podriamos llamar el "bloque de constitucionalidad", atrapado por las normas y tratados con jerarquía constitucional que se incorporan reconocidos al texto de la ley superior.

Sería el caso, también, de las defensas contra cualquier forma de discriminación, las relativas a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva, que deben esperar de sus normas reglamentarias, pero que no empecen el obrar protector del Defensor del Pueblo.

1.4 Esta apertura en la legitimación procesal que la Constitución asigna, enfoca más que a la faceta del derecho de petición (art. 14), al derecho de tener un proceso útil y efectivo (art. 18), por el cual se pueda obtener el ansiado derecho a la tutela jurisdiccional, que se encuentra tan bien perfilado en el art. 24 de la Norma Fundamental española.

La garantía incluye la facultad de deducir la inconstitucionalidad de las leyes (art. 43, párrfo primero, apartado final) cuando ellas afecten los derechos e intereses legítimos, y tanto más, cuando la agresión sea sobre derechos humanos.

El último eslabón que asume la defensa prevista, está indicado para los "intereses" (demás derechos, garantías e intereses, dice la Constitución). Estos se refieren al conjunto de acciones que el individuo tiene derecho a sostener y no los encuentra entre los anteriores. Cada uno de ellos pueden radicar también en el Defensor del Pueblo que, como protector del ciudadano respecto a intereses categorizados como de "incidencia colectiva", le otorga especial reconocimiento para la actuación en juicio.

2. Legitimación del funcionario o de la institución

2.1 La Defensoría del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actúa con plena autonomía funcional y sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. La cabeza institucional es el Defensor del Pueblo.

La duda que ha puesto la jurisprudencia asienta en la afirmación del artículo 86 de la Constitución Nacional, respecto a que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal, es decir que está facultado para presentarse en sede judicial. El interrogante proviene de la Corte Suprema cuando dijo […]

> El cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus arts. 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios, por lo que, habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos del Estado, corresponde exhortar al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el art. 86 citado[410].

[410] Fallos, 339:1077.

Desde este fallo, conocido como el caso CEPIS, se concretó una tendencia insinuada en otro famoso precedente judicial de la Corte que lo había advertido.

Aquí exhortó, diciendo que, en atención a la prolongada vacancia de la institución Defensor del Pueblo de la Nación, dada la relevante función que la Corte atribuyó a dicho órgano y toda vez que su acefalía impide su adecuado funcionamiento, corresponde exhortar a la Cámara de Diputados y al Senado de la Nación, para que en el marco de sus respectivas atribuciones constitucionales, dispongan en el más breve lapso posible, la designación de un nuevo titular de dicha institución y establecer que, entre tanto, el cuerpo colegiado creado por anterior pronunciamiento de la Corte, delibere y adopte sus decisiones por mayoría absoluta[411].

2.2 No podemos decir que no se haya señalado la diferencia entre funcionario e institución, sobre todo cuando en el caso "Abarca", el Defensor del Pueblo que intervenía en un proceso estaba investido por la propia institución -como representante transitorio- siendo despojado de legitimación con el siguiente argumento […]

> El mandato del Secretario General se limita a los meros actos conservatorios concernientes al funcionamiento de la institución y a la preservación de sus recursos, pero lejos está de resultar una habilitación para que asumiera un conjunto de funciones que comprendieran un virtual reemplazo del Defensordel Pueblo y la autorización para ejercer las altas responsabilidades puestas en sus manos, máxime cuando la designación de esa autoridad corresponde a la Legislatura por mandato constitucional, limitándose la Comisión Bicameral al proceso de selección y proposición de una terna de candidatos, careciendo de toda atribución para efectuar la designación definitiva o transitoria de esta Autoridad Provincial[412].

Ahora bien, el Defensor del Pueblo actúa ante los tribunales de justicia cumpliendo una función encomendada por la Constitución. Si ella fuera leída como atribución del Estado, tendría cierta lógica exigir la acreditación de ese poder especial de actuación en representación del pueblo, pero apenas se termina la lectura, se advierte lo incomprensible que tiene en sí misma.

Inclusive, cuando fue la propia Corte quien le reconoció a la institución el cumplimiento de una función social por expreso mandato constitucional, para el que no

411 Fallos, 339:1562.

412 Fallos, 339;1223.

necesita un poder individual otorgado por los integrantes de un grupo determinado, al provenir su legitimidad originaria de la Constitución, que le impone el deber de accionar judicialmente en defensa de los derechos de incidencia colectiva en ella consagrados y, en definitiva, en beneficio de la comunidad en su conjunto[413].

La autonomía funcional que tiene la institución, solo controlada por el Congreso de la Nación con los límites que tiene para evitar una injerencia indebida, suele confundir el alcance que supone darle una capacidad de obrar en todo tipo de procesos, sea como actor o litisconsorte coadyuvante.

> Los constituyentes no utilizaron el término autonomía como un concepto unívoco, que tuviera en todos los supuestos el mismo significado y extensión; sino que, por el contrario, en nuestro ordenamiento constitucional la noción de autonomía, su contenido y alcance, difieren en cada caso, según cuál sea el ente del que se predique el carácter de autónomo: las provincias, la Ciudad de Buenos Aires, los municipios, las universidades nacionales, la Auditoría General de la Nación o el Defensor del Pueblo de la Nación (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco)[414].

2.3 Asimismo, la institución cumple funciones de control y supervisión de organismos administrativos bajo su competencia, vale decir que, toda la administración pública y las empresas prestadoras de servicios públicos, aún las privatizadas, quedan fiscalizadas en relación a temas de amplia cobertura como pueden ser el mal funcionamiento, la ilegitimidad de los actos, la falta de respuesta a reclamos efectuados, o la mala prestación, atención o trato, insuficiencia de información, violaciones a los derechos humanos, del usuario y del consumidor, cuestiones atinentes a la preservación del medio ambiente, casos de incumplimiento de sentencias judiciales por parte del Estado, entre otros.

Quiere decir que no es solo la actividad judicial la que regula el artículo 86 constitucional, al punto que, de ser desconocido la legalidad de sus actuaciones de control, podría quedar emplazada a desaparecer la institución del Defensor del Pueblo por no tener un funcionario que la represente.

413 Fallos, 339:464.

414 Fallos, 342:533.

Si fuese interpretado el texto legal, se obervaría sin interpretaciones diferentes, que se habla de una creación institucional de la Constitución, con un funcionario representante que será elegido por el Congreso Nacional.

Dice el artículo 1º de la ley 24.284 […]

> *Creación*. Se crea en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación la Defensoría del Pueblo, la cual ejerce las funciones que establece la presente ley, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. El objetivo fundamental de esta institución es el de proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional, que se mencionan en el artículo 14.

2.4 Los desaciertos resultan del enclave que el sistema procesal presenta para actuar en el proceso sobre el presupuesto de la legitimación en la causa, en la medida que la legitimación para el procedimiento está previamente reconocida en la Constitución nacional. Es decir, la Norma Fundamental le permite intervenir en los procesos donde el interés a salvaguardar se encuentra entre las funciones que tiene previstas; pero la calidad procesal, esto es, la relación que tiene con el derecho material que resguarda, no es clara, sobre todo, porque tampoco está esclarecido el concepto de derechos e intereses que es posible defender.

De allí que repetidamente se haya negado legitimación para obrar por la inexistencia de causa o controversia, o cuando se cuestiona la condición de parte en el sentido de ser legítimo representante de los derechos que persigue tutelar[415].

3. Legitimación por representación[416]

3.1 Esta incertidumbre sobre dar legitimación al funcionario o a la institución, puede despejarse de aplicar el principio de la legitimación por representación, que surge no solo de los términos como definitivamente pronuncia el artículo 14 del Código Civil y Comercial, sino de los demás derechos que, pese a no estar indicados en forma puntual en nuestro sistema codificado, igualmente existen y son operativos por la

[415] Gozaíni, Osvaldo A., *Legitimación procesal del defensor del pueblo* (*Ombudsman*), La Ley, 1994- E, 1378.

[416] Seguimos lo expuesto en nuestro libro *Legitimación, capacidad y representación*, cit., Capítulo XXVII.

jerarquía constitucional que ostentan los derechos insertos en Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos (art. 75.22, constitucional)

La duda central está en resolver si el Defensor del Pueblo es un órgano de control como se diseña en los países que dieron origen a la figura, como Suecia y Noruega, donde no se permite –en principio– que el ombudsman actúe en la justicia como parte, porque su función esencial es facilitar a las personas su relación con la Administración (función mediadora); o se asigna un rol más activo que habilita la actuación ejecutiva y contrapuesta con los intereses del Estado, tal como se dispensa en otras legislaciones como la española que lo faculta a interponer recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, o la directa cita de nuestro país que sin establecer resignación alguna dice que el Defensor del Pueblo "tiene legitimación procesal".

3.2 Es evidente, entonces, que hablar de legitimación supone un plus al reconocimiento institucional; y por eso, la mención inserta en la Carta Magna es fundamental porque trasciende el perfil ideológico como trata el derecho procesal a las cuestiones de legitimación o acceso a la justicia. En estos casos, más que una personalidad que identifique el derecho reclamado, se observa una representación que transforma la tipicidad habitualmente exigida.

En Argentina, la legitimación procesal de fuente constitucuional es inédita, pero se justifica cuando el análisis principal no se analiza ni piensa en el vínculo jurídico que debe portar quien deduce un reclamo ante la justicia, sino, antes que nada, en la importancia de los valores que defiende.

> La legitimación del Defensor del Pueblo (de la Nación) para interponer amparos judiciales en representación del pueblo pone de manifiesto, ahora de una manera inequívoca, que el derecho protegido no es un derecho individual de incidencia colectiva, sino que es grupal. A qué viene lo de la incidencia colectiva resulta válido preguntarse. Tiene el sentido de definir el efecto de la legitimación de órganos que no actúan en nombre propio, sino a nombre del sector o clase grupal, cuyos derechos colectivos se encuentran afectados. La incidencia cumple la función de personificar el ente colectivo (sociedad o grupo social de pertenencia), a partir de la legitimación procesal que no es la acción popular. En el caso del Defensor del Pueblo (de la Nación), no podría actuar si no hubiera un pueblo a quien él representa o defiende, por imperio de la Constitución. Se corrobora esta función del Defensor con la competencia que a dicho órgano del Estado le reconoce el art. 86 de la Constitución Nacional cuando en su segundo parágrafo sostiene que el Defensor del Pueblo

tiene legitimación procesal […]”[417].

3.3 Ahora bien, este marco de consideración amplia y sin demasiadas restricciones no es tan eficaz para abrir sin negaciones la legitimación del Defensor del Pueblo en las causas relacionadas con derechos patrimoniales. Sucede que la intervención directa en juicios donde existen afectados que se pueden individualizar, suele postergar la acción del ombudsman por interpretarse que no es de su función sustituir el interés ajeno aunque repercuta en toda la sociedad el acto o hecho lesivo.

Es verdad que la tendencia legislativa propicia abandonar esta lectura, que en los hechos es más acorde con la evolución de la figura. Lo cierto es que, mientras en sus orígenes la institución fue un mecanismo de control sobre los actos de la administración pública, en la actualidad, se agrega la autorización para ejercer actuaciones ante la justicia, obrando con legitimación y sin necesidad de adecuar la representación en los moldes tradicionales de la legitimación para obrar.

> El Defensor del Pueblo representa y aboga por intereses subjetivos públicos colectivos, es decir por fines que son comunes a toda la sociedad; ante hechos, actos u omisiones de la administración. Su gestión se ejerce en pro de la generalidad del bien común. Por el contrario, no es representante de un sector en particular de la sociedad, dado que entonces su gestión iría en contra del resto de los otros sectores que forman parte del todo social, en tanto que, por definición, en el seno comunitario late el fenómeno de la puja distributiva. La denominación atribuida “Defensor del Pueblo”, implica el concepto de generalidad, totalidad, universalidad. No es, en síntesis, por más trascendentes, dignos y necesarios de protección que son los derechos del sector pasivo, el defensor de los jubilados, como no podría ser el defensor de los agentes públicos o de los locatarios o pequeños productores rurales, etc.
>
> El ensanchamiento de la legitimación procesal para interponer la pretensión de amparo contra cualquier forma de discriminación, en lo relativo a los derechos que protegen el medio ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general, que la Constitución Nacional reconoce al Defensor del Pueblo de la Nación y a las asociaciones que propendan a esos fines, no puede entenderse con un grado de amplitud tal que importe en los hechos desbaratar el concepto mismo de derecho subjetivo, interés difuso e incluso el de derechos de incidencia colectiva de flamante prosapia constitucional. Por ello me parece a todas luces desacertado encuadrar en

[417] Quiroga Lavié, Humberto, *El Defensor del Pueblo ante los estrados de la Justicia*, La Ley, 1995-D, 1058; del mismo autor: *Réquiem al amparo colectivo*, La Ley, 1998-C, 1337.

la hipótesis legal –como lo pretende la actora– a los derechos subjetivos compartidos por un universo de personas que se encuentran en similar situación[418].

4. Formas de actuación

4.1 La función de control se ejerce de oficio o por denuncias recibidas, en cuyo caso, la legitimación diseñada le autoriza a ostentar representación suficiente en cada caso, debiendo después resolver los alcances de la cosa juzgada. Si la acción se intenta solitariamente, la legitimación para obrar no admite discusión técnica por estar respaldada en la Constitución.

Pero como en materia de amparo hay una clara distancia entre los actos y hechos que permiten llegar al tipo de procedimiento adecuado, se torna notorio que el reducto del Defensor del Pueblo, es el amparo colectivo.

Por ello es que no puede intervenir en conflictos entre particulares, cuando respecto a la cuestión planteada se encuentre pendiente la resolución administrativa o judicial y/o cuando hubiera transcurrido más de un año calendario contado a partir del momento en que ocurriere el hecho, acto u omisión motivo de la queja[419].

4.2 El interés que se ponga de manifiesto no podrá ser personal, porqué la función es preventiva y sancionatorio de las conductas negligentes o imprudentes que afectan al ciudadano. Lo cual incide, naturalmente, en la condición de parte y en las obligaciones que como tal pueden imponérsele (v.gr.: costas, multas, etc.)[420].

En este sentido, la Corte ha resuelto que […]

[418] CFSeguridad Social, Sala II, 28 de mayo de 2003, "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional"; misma Sala, 10 de septiembre de 2002, "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional".

[419] Aun cuando en la causa "Frías Molina" (Fallos, 318:384) la Corte Nacional dijo que el Defensor del Pueblo carecía de competencia para formular exhortaciones sobre causas en trámite". Lo que llevó a interpretar que la Corte consideró que el defensor actuaba como un contralor administrativo de las funciones del Alto Tribunal, y por eso resultaba ajena a su competencia esa actividad; porque según la Ley Orgánica, la administración de justicia está excluida del control.

[420] El art. 43 de la Constitución reformada no ha consagrado una suerte de acción popular que desvincule absolutamente la ilegalidad del perjuicio, ni transformó la sujeción al principio de legalidad en un verdadero derecho subjetivo del particular con la subsiguiente posibilidad de articularlo ante el Poder Judicial, aun en ausencia de vinculación del pretensor con la relación jurídico material deducida en el proceso (CNFed. Contencioso administrativo, Sala I, 20 de octubre de 1995, "*Consumidores Libres Coop. Ltda. c. Estado nacional*", La Ley, 1995-E, 470, con nota de Juan Carlos Cassagne - DJ, 1996-1-337).

> El constituyente de 1994 otorgó rango constitucional a la figura del Defensor del Pueblo y dotó a este funcionario estatal no gubernamental de autonomía funcional y administrativa, asignándole un rol institucional relevante en la defensa del orden público, social y la efectiva vigencia de los derechos fundamentales (art. 86 de la Constitución Nacional) […]. La actuación de este órgano estatal procura garantizar la tutela judicial efectiva de sectores desprotegidos o que se encuentran muchas veces en condiciones asimétricas respecto de quienes afectan sus derechos. Ello en consonancia con la especial atención que el texto constitucional demuestra por la consecución de una igualdad real de oportunidades y de trato para todos los habitantes de la República Argentina (confr. art. 75, incs. 19, tercer párrafo y 23, primer párrafo) . Estos calificados objetivos, explican la razón por la cual los recursos humanos y materiales con los que debe hacer frente a sus funciones se solventan con partidas contempladas en el presupuesto nacional (confr. art. 36 de la ley 24.284). En consecuencia, los altos fines encomendados a este funcionario no pueden verse en forma alguna afectados por condicionantes económicos que pudieran llegar a desincentivar su actuación. Por ello, resulta necesario compatibilizar las disposiciones procesales contenidas en el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con los propósitos que determinaron la inclusión de la figura del Defensor del Pueblo al texto constitucional.
>
> En efecto, no puede dejar de advertirse que hacer soportar al funcionario los gastos causídicos del proceso podría conspirar contra su actuación judicial y, en definitiva, convertir el mandato constitucional del arto 86 en una mera declamación sin efectos institucionales concretos[421].

Es evidente que estas reticencias para conceder legitimación suponen ser consecuentes con el dualismo ancestral que exige acreditar derecho propio y perjuicio individual (guías del derecho de propiedad que otorga acción solamente a quien es titular del derecho subjetivo) para poder estar en juicio y constituirse en parte.

A diferencia de la doctrina vertida en pos del reconocimiento de la legitimación del Defensor del Pueblo la Corte Suprema nacional ha tenido un criterio restringido en cuanto a su otorgamiento.

Así, ha negado su intervención, juntamente con la de los legisladores, por haberse adherido el Defensor a la medida cautelar solicitada por ellos, sin entrar a especificar en particular los fundamentos, más allá de lo general de su rechazo[422]. En otra oportunidad rechazó su accionar por procurar el interés general en que se cumplan

[421] CS, "*Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN-Mº Planificación-resol 1961/06 s/proceso de conocimiento"*. Sentencia del 9 de abril de 2016.

[422] Fallos, 320: 2851.

la Constitución y las leyes y por ausencia de perjuicio inminente[423], por no ser titular de la relación jurídica sustancial y por haber actuado persona interesada[424]. Así también fue denegada su intervención en oportunidad de la impugnación de la ley 24.977, por el cual se obligaba a determinados contribuyentes a inscribirse como monotributistas, aduciendo que carecía el Defensor de legitimación para interponer acción de amparo a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos de la norma[425] [426].

5. Intervención del Defensor del Pueblo en el amparo

5.1 Cuando se piensa en el contenido de derechos o intereses a tutelar en la dimensión de las facultades del ombudsman, no se especula desde el individualismo, como si fuera aquél un derecho estrictamente subjetivo y personal. Lo colectivo está implícito en la mensura de la cuestión, porque son derechos derivados de una relación muy particular como es el control sobre las conductas públicas, donde la demanda solitaria puede resultar estéril y hasta provocar un dispendio jurisdiccional que solo favorecería los intereses del inescrupuloso.

En esta perspectiva, los presupuestos procesales para estar en juicio no se miden con la vara del proceso común, porque estamos ante un nuevo tipo de procedimiento como es el amparo colectivo, donde el acceso, el trámite y la definición se nutren con variables muy distintas.

5.2 Cuando se propicia integrar la litis para que la sentencia sea válida, no se advierte que es una modalidad propia del juicio entre justas partes; pero en el proceso colectivo la dinámica se mueve en torno a los intereses y no al derecho que tienen las personas individualmente consideradas. Si así fuera, todo se reduciría al problema de encontrar culpables y resarcir el daño causado.

[423] Fallos, 319:1828.

[424] Fallos, 323:4098.

[425] Fallos, 326:2777.

[426] Avalos Blacha, María Verónica, "*Defensor del Pueblo*", en "Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo, AAVV (Marcelo A. Bruno dos Santos [Director] - Natalia Cogliati [Colaboradora]. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2012, p. 136.

Si el Defensor del Pueblo “tiene legitimación procesal” (art. 86, CN), y ella se consolida con las acciones positivas del art. 42 y en el modelo de participación que le asigna el art. 43, ambos de la Constitución Nacional, es natural que la intervención en juicio se debe apuntalar mirando el objeto reclamado antes que resolver si quien pide tiene o no derecho, e inclusive, se debo encontrar a la persona formalmente designada o reconocer la legitimación que consigue de una representación delegada. En todo caso, esto se debiera analizar al tiempo de dictar sentencia.

Propuesta la demanda en ejercicio de la representación constitucional que ejerce en defensa de todos los ciudadanos, no es posible limitar el acceso a la justicia invocando que los derechos no son propios.

Para resolver estas diferencias la Corte atiende el carácter inicial del primer despacho dictado en el expediente, donde si al Defensor del Pueblo se lo tiene como parte, evidentemente la cosa juzgada dejará de ser individual […]

> El reconocimiento implícito de su carácter de legitimado activo supone la existencia de una especial vinculación con la cuestión debatida y que las consecuencias de lo resuelto, pese a que se trata de un sujeto diferente de los afectados, producirá de todos modos efectos jurídicos, pues al haber tenido éxito su pretensión, reportará alguna utilidad o beneficio a quienes representa o, desde otra perspectiva, evitará un perjuicio o un menoscabo en sus derechos[427].

5.3 Como hipótesis de trabajo, se puede requerir que se integre a la litis, voluntariamente, convocándolos al proceso mediante la citación por edictos o cualquier otro medio fehaciente. Recordemos que se denomina intervención voluntaria a la incorporación al proceso de cualquier interesado, que acredite que la sentencia que entre las partes se dicte, lo puede afectar de manera directa.

Por supuesto que se trata de una petición fundada […]

> Corresponde desestimar el requerimiento de que se cite como tercero al Defensor del Pueblo de la Nación en los términos previstos en el art. 90, inc. 1°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación si la actora ni siquiera menciona las razones por las que considera procedente o necesaria su intervención en la causa[428].

427 Fallos, 332:1759.

428 Fallos, 327:2967.

Es una solución para quienes dudan de la legitimación directa del Defensor del Pueblo, pero una hipocresía con el mandamiento constitucional y las disposiciones que surgen de los tratados y convenciones internacionales[429], sin que ello signifique desconocerle razón a la exhortación constante de nuestra Corte ante la evidente omisión inconstitucional.

Esta desigualdad se tornó evidente cuando en épocas de emergencia económica el Defensor del Pueblo obtuvo una declaración de inconstitucionalidad que por sus efectos debía redundar en beneficio de cada sujeto afectado por la norma cuestionada, sin embargo se dijo […]

> Queda exceptuada de la legitimación del Defensor del Pueblo contemplada en el art. 43, segundo párrafo, de la Carta Magna la protección de los derechos que son de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados[430]. En estos casos será cada individuo, titular del derecho lesionado quien podrá demandar su reparación. La reforma de 1994 de ningún modo ha querido conferir la legitimación al Defensor del Pueblo para reemplazar a los particulares en la defensa de sus derechos patrimoniales. Es que, la legitimación se encuentra condicionada a que la acción u omisión que se intenta cuestionar por vía judicial, provoque un perjuicio a un derecho supraindividual, indivisible y no fraccionable en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares. En consecuencia, esta legitimación es improcedente en los casos en los que se encuentra en juego solamente el interés particular[431].

En otro supuesto, si la pretensión la desenvuelve un particular y el objeto reclamado trasciende por sus efectos la dimensión personal del beneficio a lograr, el Defensor del Pueblo puede concurrir como tercero adherente o coadyuvante.

> El Tribunal debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso […]. Que la conclusión alcanzada con respecto a la inadmisibilidad de la ampliación de demanda perseguida no conlleva a denegar la participación en el *sub lite* requerida por el Defensor del Pueblo de la Nación, pues una decisión en ese sentido sería frustratoria de las facultades procesales reconocidas a dicho órgano por el art. 86 de la Constitución Nacional y, con particular referencia a causas en que se persigue la recomposición del ambiente dañado, por la ley 25.675, en cuyo régimen está típicamente reglada la intervención como terceros de

429 Gozaíni, Osvaldo A., "*Legitimación procesal del defensor del pueblo* (*Ombudsman*)", La Ley, 1994-E, 1378.

430 Doctrina de Fallos, 326:2998 y 3007

431 Fallos, 330:2800.

> los sujetos legitimados cuando se trata de un proceso promovido con anterioridad por otro de los titulares habilitados (arts. 30, 31 y 32). De allí que, en definitiva, corresponda admitir la participación del Defensor del Pueblo de la Nación como tercero interesado en los términos de la ley 25.675 y de acuerdo a lo previsto en el art. 90 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación[432].

Si bien el art. 91 del Código Procesal establece que esta modalidad de intervención debe ser accesoria y subordinada a la de la parte a quien apoya, lo cierto es que el ombudsman tiene un derecho conexo con el principal, pero autónomo al mismo tiempo. De todos modos, en el amparo colectivo la figura es discutible, cuando de lo que se trata es de configurar adecuadamente la representacion del grupo afectado,

En tal caso, ese derecho que hace valer está conectado con la pretensión del usuario o consumidor, o con el particular que promueve el proceso, en las modalidades de verificación y prueba, pero con resultados muy distintos desde que no persigue restituciones personales.

5.4 Lo mismo sucede respecto a los grupos que han de generar las asociaciones de consumidores, usuarios, de mercados, etc., previstos en el párrafo segundo del artículo 42, constitucional. Por ello, la *legitimación puede ser coadyuvante*, si obran asociadas o en litisconsorcio, o individual cuando estas entidades no tengan el registro u oficialización que debe reglamentarse.

La legitimación constitucional que tiene el Defensor del Pueblo se refiere, obviamente, a la aptitud de ejercer ante la justicia jurisdiccional y administrativa, reclamos en nombre de los habitantes a quienes representa. El *Pueblo* es su grupo, y el interés general su preocupación. La dimensión donde opera, sin embargo, no visualiza con demasiado énfasis esta faceta, porque el proceso judicial permanece enquistado con el signo de la controversia, en el cual la sentencia determina una victoria y una derrota. Alguien que ganó frente a otro que ha perdido. Ni más ni menos que la dicotomía clásica de la lucha entre partes.

Cuando al ombudsman se lo convierte en parte procesal hay que tener en cuenta estas particularidades, porque es determinante resolver las características del proceso y

[432] Fallos, 329:3445.

los presupuestos donde actuará; mucho más si se tiene presente lo dicho en párrafos anteriores respecto a suscitar intervenciones en litisconsorcio.

Los derechos *de pertenencia colectiva o difusa* corresponden a una categoría de intereses que el proceso tradicional no ha tenido en cuenta. Si bien es cierto que con el proceso por audiencias que fatigosamente se quiere poner en marcha, se deja en poder del juez la facultad de encausar los hechos litigiosos y determinar la prueba a rendir por las partes, de manera que sería en principio posible sostener que el proceso constitucional puede sustanciarse con estas reglas propias del activismo jurisdiccional; también lo es que la figura de la lucha entre gladiadores con victorias y derrotas, es una constante que condiciona y caracteriza nuestro sistema judicial.

De allí que sea necesario poner en cauce un modelo para los procesos colectivos, para evitar que se reiteren confusiones entre legitimación y representación, y mucho más cuando no se interpreta adecuadamente el significado de tener legitimación por representación.

> Elaborar un criterio restrictivo de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo con sustento en los tipos de proceso conduce a contradicciones manifiestas, ya que no considera que la acción de amparo, en su condición de vía excepcional, no es admisible para el tratamiento de cuestiones que por su complejidad requieran mayor debate y prueba, circunstancia que demuestra que si la convertimos en la única vía procesal habilitada para el Defensor del Pueblo, en la práctica el mandato constituyente del art. 86 se convierte en una mera declamación sin efectos constitucionales concretos […].
>
> Excluir la actuación del Defensor del Pueblo por la intervención del particular afectado, o de una asociación, desnaturaliza el texto constitucional en la materia […]. Por aplicación del principio de supremacía constitucional, y en razón del carácter operativo del art. 86 de la Norma Fundamental, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo para iniciar acciones judiciales ha sido expresamente reconocida, por lo que debe interpretarse que ella le es otorgada para el ejercicio de sus funciones, en todo aquello que hace a su competencia, tanto en el ámbito nacional como ante órganos o tribunales internacionales. […].
>
> Carece de fundamento constitucional, y sería contradictorio, reconocer que el art. 43 de la Constitución Nacional permite al Defensor del Pueblo cuestionar la constitucionalidad de una ley o norma y negarle la facultad cuando se trate de otro tipo de acción que, por la diversa naturaleza respecto del amparo, permite un examen exhaustivo de los hechos y normas cuestionados y que, probablemente, son la razón de la intervención del Defensor del Pueblo, lo que conducirá inevitablemente al análisis y decisión sobre la prelación de las normas invocadas y su adecuación o no a los preceptos constitucionales. La función del

Defensor del Pueblo, la naturaleza de los derechos y garantías cuya protección le incumbe y los fines invocados para su incorporación institucional avalan esta interpretación […].

La intervención del Defensor del Pueblo responde a la facultad amplia para promover diversos tipos de acciones en las que la controversia se centra en la defensa del orden público, social y en la efectiva vigencia de los derechos fundamentales. La legitimación procesal encontrará sus límites en la defensa del interés colectivo y general (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda)[433].

[433] Fallos, 330:2800.

CAPÍTULO XXIV

Amparo individual

1. Concepto

1.1 El amparo individual es el modelo típico que tiene la legislación nacional. Nace con la ley 16.986 como medio de limitar el avance de los juicios contra el Estado, de allí que la norma solo estableciera la procedencia cuando se demandara por actos de la autoridad pública.

En los hechos, se denomina amparo individual el que se promueve ante la violación de garantías individuales, valga la redundancia. La afectación puede ser, también, de derechos vigentes o prometidos, los que podrán quedar en la órbita del juicio, cuando exista violación concreta o amenza cierta e indudable.

> El amparo únicamente procede para la tutela inmediata de un derecho constitucional violado en forma manifiesta; es inadmisible, en cambio, cuando el vicio que compromete garantías constitucionales no resulta con evidencia y la dilucidación del conflicto exige una mayor amplitud de debate y prueba. Este criterio no ha variado con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional pues, en lo que aquí importa, el nuevo texto reproduce el art. 1° de la ley 16.986, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia formal[434].

1.2 La base constitucional, actualmente, está ampliada. No están en la esfera de atención solamente los derechos y garantías constitucionales, sino, además, aquellos que han cobrado dimensión fundamental, o que recibieron interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alojándolas en el espacio del control de convencionalidad.

[434] Fallos, 330:2877.

> Si se halla en juego la subsistencia de un derecho social, de principal rango y reconocimiento, tanto en el texto constitucional, como en los tratados internacionales incorporados con esa jerarquía, en el art. 75, inc. 22, y ante la interposición del mecanismo también consagrado constitucionalmente en el art. 43 con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia a fin de no tornar utópica su aplicación[435].
>
> La vía del amparo aparece apta, para la tutela inmediata del derecho a la salud, contemplado en nuestra Carta Magna, en virtud de la incorporación de los tratados internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22, si se ve turbado por la afectación de la calidad de vida de la población infectada por el virus VIH, dado que la falta de respeto de este derecho acarrea inexorablemente esta consecuencia[436].
>
> La acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, supuestos en los que no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole[437].

1.3 El Código Civil y Comercial es una muestra de dichas extensiones. El ordenamiento de fondo se ocupa de las fuentes desde otra óptica, que podríamos entender como un nuevo paradigma: Para que una decisión judicial sea razonablemente fundada se debe recurrir a una pluralidad de fuentes que exceden su propio texto, como se indica en la presentación del anteproyecto, después convertido en ley.

Entre las grandes transformaciones que introduce resulta el sistema de fuentes muy distinto al que identificaba al Código de Vélez; novedad que se produce como consecuencia de lo que ha dado en llamarse la "constitucionalización del derecho civil"[438], que no es otra cosa que interpretación y aplicación de las normas civiles (y

[435] Fallos, 325:3380.

[436] Fallos, 323:1339.

[437] Fallos, 328:4640.

[438] Corral Talciano, Hernan, *Algunas Reflexiones sobre la Constitucionalización del Derecho Privado*, Derecho Mayor, Universidad Mayor, N° 3, octubre 2004, Temuco, Chile, p. 47/63. También Alegre Marcelo, *A propósito de la reforma del Código Civil*, en Revista Pensar en Derecho N° 0, año 1, 2012, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, ps. 57 y ss.

comerciales) bajo el prisma de la Constitución y de los tratados internacionales -especialmente de derechos humanos- en los que la Nación Argentina sea parte[439].

Una nota destacada en el nuevo código es la construcción jurídica de los derechos a partir de una posición más relacionada con el contexto social que con un marcado individualismo.

Más allá del abuso del derecho, que ya se había incorporado en la ley civil, la nueva redacción introduce algunas pautas más específicas de protección de grupos vulnerables, poniendo el acento en la prohibición de discriminación y el desarrollo de medidas de tutela que se extienden a los derechos colectivos y las personas con discapacidad.

Es evidente, así, que los derechos individuales que se pueden llegar a plantear como amparo, encuentran mayor cobertura que la permitida en la ley 16.986, merced a la influencia que tiene sobre ella, las convenciones internacionales de derechos humanos, y varias leyes infraconstitucionales (v.gr.: educación superior, salud, medio ambiente, vivienda, etc.).

2. Ámbito de actuación

2.1 Poco tiempo después de los fallos Siri y Kot, el alto tribunal debió aclarar el alcance de dichas sentencias. El marco de actuación quedaba acotado a los permisos expansivos que daba el hábeas corpus como vía subsidiria de la creación jurisprudencial. Estaba claro que, la compatibilidad se daba para la defensa de los derechos constitucionales que estuvieran referidos a la preservación de la libertad individual[440].

> No obstan a la protección de los derechos mediante el recurso de amparo las diferencias que se anotan entre los llamados ¨derechos públicos subjetivos¨ y los denominados ¨derechos privados subjetivos¨. Aparte de que estos últimos tendrían una faz pública en cuanto significan un desarrollo de la Constitución Nacional, ambos son amparados por la tutela del Estado y ambos pueden ser transgredidos por obra del Poder Público y de los particulares,

[439] Cfr. Loianno, Adelina, *La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación,* en "Cuestiones procesales del Código Civil y Comercial de la Nación", AA.VV. (Osvaldo A. Gozaíni – Director). Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2018, Capítulo I.

[440] Fallos, 245:435.

ya sea que éstos actúen a modo individual o de manera colectiva (Voto del Doctor Luis María Boffi Boggero)[441].

Estos primeros tiempos fueron útiles para desarrollar la figura que en el mundo se venía aplicando. Así se llega a la ley 16.986 que dio vigencia normativa al activismo judicial. Solo que, teniendo presente el perfil político de las autoridades de entonces, fue de pura lógica que sancionaran una norma con el marco de restricciones y exclusiones que poco respondían al amparo como derecho de protección, al convertir la vía en un proceso simple y subsidiario de vías previas o concurrentes, que por lo general, volvieron al amparo como un proceso residual y extraordinario.

La ley 16.986 fue anterior al Código procesal civil y comercial de la Nación (Ley 17.454) que reglamentó el amparo contra actos de particulares, dejando al proceso contra los actos de autoridades pùblicas en la ley federal.

Ambos eran amparos individuales, propiamente dichos, característica que cambia la reforma constitucional de 1994 al expandir la legitimacion para obrar en el amparo colectivo.

2.2 No obstante estabamos en tiempos de transición, desde que la operatividad directa del amparo, siempre que no existiera una vía más idónea, no se había consolidado. Eran épocas sin estándares, y de una profusa interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Por entonces habíamos escrito otra obra de similar contexto, en la que afirmamos que debía evitarse la intervención judicial cuando: a) la decisión administrativa no revistiese la condición de definitiva; b) cuando el reclamo administrativo previo pudiera aportar soluciones útiles o, c) cuando el procedimiento administrativo no presentara disfunciones manifiestas ni una morosidad tal que evitese la acción rápida y expedita que el amparo promete[442].

Todo este prolegómeno es necesario para ubicar el piso donde se afirma el amparo individual. Juicio de amparo originario al que se le continúa dando el molde primero, sin advertir los cambios trascendentales que viene teniendo la garantía, y la necesidad imperiosa de adaptarlo al contenido que responda al debido proceso constitucional.

441 Fallos, 244:68.

442 Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional – Amparo,* cit., p. 316.

> El Tribunal mantiene la postura histórica en cuanto a que el amparo sólo es procedente ante la ausencia de vías judiciales de protección o cuando existiendo, su tránsito ocasiona al afectado un daño grave e irreparable. Sólo para la tutela de determinados derechos, presume al amparo como vía principal. Si bien la enumeración de de esos derechos se ha ampliado, el análisis de la naturaleza de los casos donde ha ocurrido no otorga expectativas. La íntima relación que por su carácter alimentario, los beneficios previsionales reconocen con el derecho a la salud y a la vida (como el interés histórico del tribunal en aspectos concernientes a la inamovilidad de los jueces, la intangibilidad de sus remuneraciones, y competencia de los tribunales[443].

2.3 La nominación de amparo individual se acopla históricamente con la defensa de los derechos subjetivos de cuño sustancial y con orìgen en el siglo XIX; a ellos se sumaron los derechos subjetivos públicos del siglo XX, que fueron la reserva de contención que tenían las personas contra los actos de la autoridad que reflejaran desborde funcional o arbitrariedad notoria.

El amparo individual delimitó el obrar de los sujetos afectados por la actuación pública, esencialmente. La potestad que obtuvieron los jueces para interpretar el acto o hecho lesivo sufrió cortapisas que se reflejaron en las sentencias. Ello supone partir de una noción positivista y normativista del proceso de amparo, que se encuentra regulado por la norma constitucional y legal, las cuales delimitan la función interpretativa del juez constitucional y los alcances de sus sentencias.

El perímetro de la pretensión se ubicó en el detrimento sufrido cuya reposición al estado anterior se quería, añadiendo algunas veces, la reparación patrimonial por el perjuicio. Tal encuadre se resuelve con el principio de congruencia (resolver conforme con las afirmaciones y pruebas aportadas) y sin ninguna interpretación de las normas en juego. Fue así que, el amparo antes que un proceso constitucional, fue un verdadero proceso común.

El modelo de fines de siglo XX fue radicalmente opuesto en Latinoamérica. Las reformas constitucionales trajeron a Tribunales especializados que concentraron el control de constitucionalidad; ellos tomaron para si el desarrollo de los procesos de defensa de la Constitución, particularmente, el amparo.

443 Fallos, 238:258. Cfr. Rosales Cuello, Ramiro, *El derecho a la tutela judicial. Los principios procesales y el proceso de amparo individual.* Actas del Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fé, 2011, comisión Derecho Procesal Constitucional).

La tarea de identificar la misión de los jueces dentro del pensamiento de la Constitución, era una tarea peligrosa si se quiere. Tanto que nuestro país se queda en el sistema difuso del control, quizás incómoda con darle a un tribunal tantos poderes y autoridad. En este modelo, el amparo queda con competencia indiscriminada, de puro cuño tuitivo para las personas y sus derechos, abriendo el arco protector a las asociaciones, entidades intermedias, Defensor del Pueblo y Ministerio Público.

De este modo, un proceso puede en la actualidad ser iniciado como individual y revertir en colectivo […]

> La procedencia de la acción de amparo -por omisión de autoridad pública -interpuesta por el actor con el objeto de que no se disponga de sus aportes voluntarios ingresados al régimen de capitalización individual, resulta de la falta de implementación ante la existencia de un mandato legislativo expreso, que constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual -y por los últimos seis años, desde que la ley 26.425 fue promulgada- los derechos constitucionales del actor, máxime si se considera el carácter netamente alimentario del objeto de este litigio, que afecta a uno de los grupos vulnerables definidos por nuestra Constitución como sujetos de preferente protección por los poderes constituidos (art. 75 inc. 23)[444].
>
> Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó in limine la acción de amparo interpuesta por una asociación civil contra el INSSJP con el objeto de que se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.091, pues aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente, justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional)[445].
>
> La reforma constitucional de 1994 amplió el espectro de sujetos legitimados para accionar por la vía del amparo, que tradicionalmente estaba limitada a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual, pero esta amplitud no se ha dado para defensa de cualquier derecho, sino sólo con relación a los mecanismos tendientes a proteger ciertos derechos de incidencia colectiva[446].

[444] Fallos, 337:1564.

[445] Fallos, 338:29.

[446] Fallos, 330:3836.

2.4 La poca uniformidad que tuvo la regulación legal del amparo provocó desaciertos sobre el alcance de cada tipo de resguardo constitucional. Un ejemplo de la desigualdad lo ofrece el propio juicio de amparo espejado en los ordenamientos jurídicos de América Latina; o el propio hábeas data, que transita por protecciones diversas que interpretan con diferencias notorias el derecho a la autodeterminación informativa.

Muy bien dice César Landa que […]

> Esto se debe a que "cada concepción de la Constitución lleva consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento lleva consigo una concepción de Constitución. No existe un prius ni un posterius, sino una recíproca implicación […]". Por ello, estas dos concepciones jurídicas del proceso constitucional nos recuerdan que la Constitución y el derecho procesal se colocan en una línea de tensión en función de la tutela subjetiva de los derechos fundamentales y la tutela objetiva de la Constitución; tensión en la cual el juez constitucional adopta diversas posturas, a partir de la aplicación y/o la interpretación normativa, que se pone en evidencia en la praxis jurisprudencial y los desafíos de algunos temas centrales del amparo en Argentina, Brasil, Colombia, México y Perú, entre otros países, que presentamos a continuación[447].

La diversidad expresada esparció al amparo individual en modelos bien distantes unos de otros. Pese a tener el mandato común de ser la vía de protección para los derechos constitucionales y convencionales, el foco central no es uniforme, porque mientras algunos priorizan al afectado como la persona que sufre por el acto o hecho lesivo; otros predican el predominio de los derechos de alcance o incidencia colectiva, como fuente del orden constitucional.

En suma, entender al amparo individual como proceso con asimetrías según se ataque el acto lesivo de la autoridad pública, o se demanda al particular por la afectación que realiza, puede ser un error de importancia. La singularidad del perjuicio no hace propio al derecho constitucional que se altera, lesiona o restringe; en todo caso, es la muestra que tiene el juez para verificar la individualidad que deberá tener la sentencia a dictar, sin que ello pueda desmoronar los avances del amparo como proceso constitucional, muy alejado del proceso bilateral, contradictorio y extraordinario, que la ley y el código procesal proponen.

[447] Landa, César, *El proceso de amparo en América Latina*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVII. Konrad Adenauer, Montevideo, 2011, p. 210.

3. Particularidades del amparo individual

3.1 La redacción del artículo 43 constitucional localiza al amparo individual en el primer párrafo, para distanciarlo de otros modelos de garantías allí encuadradas, como son el hábeas data y el hábeas corpus.

Todos los demás actos lesivos se pueden encarrilar como amparos individuales o colectivos, según sea el número de afectados y el tipo de derechos constitucionales vulnerados o amenazados.

De tal modo, los presupuestos siguen los presupuestos generales ya analizados, donde la única diferencia puede estar en la polémica sobre quién es el afectado (derechos o personas), porqué pareciera que en el amparo individual se necesita acreditar la titularidad del derecho.

> Los médicos actores cuentan con legitimación para demandar a la provincia en tanto han expuesto que la situación precaria en que tienen que desempeñar sus tareas los afecta en forma personal y directa, y no meramente como miembros de la comunidad interesados en que la provincia cumpla con sus obligaciones en materia de salud, por lo que se encuentran en juego bienes jurídicos individuales y los derechos sobre tales bienes son ejercidos por su titular[448] (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

> El poderoso reconocimiento de la libertad personal significa que toda limitación es de interpretación estricta y quien la invoca debe demostrar que hay una restricción razonable y fundada en la legalidad constitucional y en el caso en que la asociación civil "Mujeres por la Vida" inició una acción de amparoante la ejecución del "Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable" no hay razón alguna para pensar que los ciudadanos de este país hayan delegado a la misma la definición de sus estilos de vida en la materia que se trata (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti) [449].

> No se advierte una irrazonable evaluación de los hechos en la decisión que hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa al considerar que la sanción no fue aplicada en forma personal a la actora -jugadora de hockey- y que el titular de la acción -club destinatario de la medida reglamentaria- formuló los reclamos pertinentes agotando las instancias correspondientes[450].

[448] Fallos, 329:4741.

[449] Fallos, 329:4593.

[450] Fallos, 327:1890.

> Es improcedente la demanda de amparo cuyo objeto es obtener la suspensión de un remate decretado por la Aduana en mérito a lo dispuesto por el art. 106 de la Ley de Aduana, deducida por el adquirente de la mercadería cuestionada, quien sostiene que tal mercadería es distinta a la que debió recibir del vendedor. Porque en tal caso no se advierte cuál es el derecho esencial y personal del actor que resultaría lesionado con el procedimiento (Voto de los doctores Marco Aurelio Risolía y Luis Carlos Cabral)[451].

3.2 Cuando se suscita el amparo para conseguir que los jueces actúen ante la lesión de derechos subjetivos de naturaleza constitucional, la relación que se debe probar es la pertenencia de ejercicio con los intereses afectados, porqué siendo propios y exclusivos, exigen demostrar la entidad del acto o hechos lesivo, con la condición de agraviado por esas arbitrariedades o ilegitimidades.

En cambio, si una persona (física, jurídica o agrupada institucionalmente) invoca la misma lesión, pero explica que el impacto alcanza derechos de incidencia colectiva, es exigible la prueba de la relación existente entre el acto presuntamente lesivo y los intereses que se intenta proteger[452].

En tándem con esta diferencia surge otra de contexto parecido. Se trata de encontrar la vía judicial más idónea que pueda resolver, con rapidez y expeditividad, el acto particular; respecto del mismo requisito constitucional cuando se quiere aplicar en el amparo colectivo que, junto al proceso de igual carácter, tiene un vacío legislativo.

En el amparo individual se podría aceptar que no es una vía útil para urgir trámites o requerir sanciones, pues a no ser el procedimiento del amparo por mora, el juicio constitucional no tiene entre sus objetivos irrumpir en la actividad de los otros poderes del Estado, sin que pueda justificarse la omisión de aquellos, o la ineficacia de sus respuestas, para sostener que el amparo individual sea la vía más propia.

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar al amparo justificando la prescindencia del trámite administrativo por no resultar éste ¨auténticamente operativo¨ para enfrentar el acto lesivo, si no ha quedado demostrada la ineficiencia de los procedimientos ordinarios para obtener la tutuela de los derechos que se dicen vulnerados pues el amparo no tiene por finalidad obviar o urgir el trámite de los procedimientos administrativos legal o reglamentariamente previstos para el logro del resultado que con él

451 Fallos, 269:256.

452 Fallos, 323:1261.

> se procura, ni es apto para autorizar a los jueces a irrumpir en asuntos ajenos a la jurisdicción que por ley tienen conferida; sin que resulte válido para justificar la omisión de la utilización de aquéllos, el argumento del peligro en la demora y menos aún, la sola presunción de que el trámite sería ineficaz pues ello vuelve por sí inexistente o inidónea aquella instancia[453].

Pero, en materia de derechos de incidencia colectiva, la Corte no pudo hacer al paralelo con mejores procedimientos, y por eso en “Halabi” dijo […]

> La acción de amparo interpuesta por un abogado en virtud de considerar que las disposiciones de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04 vulneran los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional en la medida en que autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar "en qué casos y con qué justificativos" esa intromisión puede llevarse a cabo, cabe calificarse como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, pues tal intervención importa una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad y pone en riesgo el "secreto profesional" que como letrado se ve obligado a guardar y garantizar (arts. 6° inc. f, 7°, inc. c y 21, inc. j, de la ley 23.187), dado que su pretensión no se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados[454].

Sin embargo, los derechos individuales homogéneos también son propios en los derechos de usuarios y consumidores, para quienes el art. 42, constitucional les otorga una protección especial a sus derechos derivados de la relación de consumo. Lo que no significa cambiar la regla de ser sujeto alcanzado por el acto o hecho lesivo que sostenga, sin bastarle la mera invocación del precepto constitucional.

> La Constitución Nacional reconoce en su art. 42 legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa por el acto u omisión, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la aquélla, un tratado o una ley, y de tal previsión constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal para requerir el amparo, no se sigue la automática aptitud para demandar, sin examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción[455].

[453] Fallos, 311:1313.

[454] Fallos, 332:111.

[455] Fallos, 331:1364.

La Corte viene sosteniendo desde hace tiempo que, la nueva dimensión de sujetos a los que se confiere legitimación en el amparo, antes limitada a quienes fueran titulares de un derecho subjetivo individual, hoy se ve más flexible permitiendo que las asociaciones debidamente registradas, el Defensor del Pueblo, o el propio Ministerio Público, puedan salir en protección de los derechos constitucionales afectados[456]; sin embargo, en el amparo individual el vínculo no es idéntico, pues se entiende que habrá una sentencia de alcance propio, que no es propia de los amparos colectivos.

Por eso, entre otros casos, se ha dicho […]

> Debe desestimarse la solicitud del Defensor del Pueblo de ser tenido por parte en los juicios en trámite ante la Corte Suprema vinculados a pedidos de actualización de haberes previsionales, ya que resulta improcedente la asimilación pretendida respecto a derechos de incidencia colectiva en general, dadas las particularidades de cada pretensión y que los beneficiarios pueden efectuar las peticiones que estimen procedentes ante el Tribunal[457].

[456] Fallos, 323:1339; 323: 1261, entre otros.

[457] Cfr. CS, "Frías Molina, Nélida Nieves c/ INPS - Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad". Sentencia del 12 de setiembre de 1996.

CAPÍTULO XXV

Amparo colectivo

1. Introducción

1.1 El amparo colectivo es una especie dentro de los procesos colectivos, pero no es igual. Esta es la crítica que hemos formulado desde hace tiempo a quienes, desde la opinión o la jurisprudencia, establecen paralelos que no benefician la certeza que se requiere para dar eficacia al sistema.

La equiparación se puede trazar en el uso de los presupuestos de entrada, donde coinciden las líneas que desplazan la exigencia de ser titular de la relación jurídica sustancial, dando lugar a la legitimación por representación, cuyo significado lo veremos de inmediato.

Donde difieren las herramientas es en los contenidos, toda vez que el amparo colectivo trabaja con derechos y garantías constitucionales que responden a grupos (derechos de incidencia colectiva) o derechos especiales (de pertenencia difusa). Mientras que en el proceso colectivo la característica pricipal es la masividad del conflicto y la necesidad de reparar al conjunto individualizado. El primer modelo es un juicio de carácter constitucional; el segundo se asemeja a las acciones de clase anglosajonas.

> Dice Hernández Bataller que, como resultado de esa inadecuación desde el punto de vista procesal para alcanzar satisfactoriamente las pretensiones deducidas, aparece un nuevo concepto, el de intereses *"colectivos"*, que vienen a constituir una categoría sensiblemente alejada del tradicional concepto de *"derecho subjetivo"*, que en nuestra tradición jurídica aparece ligado a los conceptos individualistas y liberales del derecho. Sin embargo se recrea una perspectiva o visión diferente de los problemas respecto de litigios donde esté presente un interés colectivo o difuso, tras el que subyace una filosofía de la solidaridad,

> alejada de cualquier individualismo social de raíz primitiva, como medio más eficaz de defender intereses comunes. Es decir, que los intereses colectivos, en cambio, se caracterizan por su no individualización, en abstracto, su impersonalidad y el estado permanente de amenaza en que se encuentran. Son intereses comunes a una categoría de ciudadanos que se encuentran en una situación socioeconómica similar (en el supuesto del consumo, su participación como destinatarios finales de bienes y servicios); y, precisamente, el hecho de que "todos" estén indiferentemente afectados por esa amenaza, más allá de toda división o de toda agrupación posible por *"categorías"*, excluye por sí mismo el problema y el sentido de una *"individualización"* o de una especificación del interés a defender, y por ello, debe ser el campo natural de actuación de las Asociaciones de Consumidores, puesto que la Ley 26/1984 (España) en el artículo 20 les faculta para ejercitar acciones en *"defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios"*[458].

El problema es que no tiene Argentina un mapa concreto que oriente a uno y otro proceso en el camino que cada cual debe tomar. El déficit ocasiona que, a veces, la primea providencia determina la modalidad a seguir, y ante la falta de legislación, comienza a regir el código del intérprete.

1.2 La desavenencia es tan grande que ni la coincidencia ideológica que se plasmó en el "Código Modelo Tipo de Procesos Colectivos para Iberoamérica", diseñado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (2002), pudo concretar en algún lugar el anteproyecto, sirviendo únicamente a quienes investigan la temática para elaborar otros modelos.

Testimonio de ello es el resonado caso "Halabi" donde la Corte sostiene un estándar para clasificar los derechos a tutelar en forma colectiva, y llevar el procedimiento a una vía por ella creada desde entonces, sin tomar en cuenta que la acción estaba claramente emplazada como inconstitucionalidad, que el tribunal resuelve reconducir para que la sentencia pudiera tener efectos distimtas a la inaplicabilidad en el caso.

Es el mismo conflicto de lectura y aplicación que tienen los derechos derivados de las relaciones de consumo, donde el anteproyecto creado por la Comision de

[458] Hernández Bataller, Bernardo, *Acceso a la justicia del consumidor*, en Revista de la Asociación de Usuarios de la Comunicación, cit. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitución – Protección procesal del usuario y consumidor*, cit., p. 590.

“Justicia 2020” proponen un código de reglas para el proceso colectivo que está únicamente destinado al llamado “Estatuto del Consumidor”, olvidando la defensa de intereses más tangibles para los derechos humanos.

Quizá el centro de gravedad del conflicto está en que los procesos judiciales siempre se han ocupado de la persona individual y reconocida, que afectada en su derecho de propiedad debe recurrir a los jueces para mitigar la injusticia que padece.

El juicio tradicionalmente ha sido eso, un análisis del problema singular que se resuelve con una visión individualista, donde todo el sistema juega con premios y castigos: *solo puede demandar quien es directamente perjudicado por el hecho*, de modo tal que el interesado en restablecer la situación de derecho no tiene posibilidades porqué no tiene un daño directo e inmediato, aunque lo posea en forma tangencial; *el que afirma debe probar*, y por eso instala una obligación a veces de cumplimiento imposible; *la sentencia se dictará según lo alegado y probado por las partes*, de manera que solo se resuelve para ellas sin dar sentido trascendente al fallo que se emite; *la cosa juzgada no alcanza a terceros que no han estado en el proceso*, porque ello afecta la sagrada bilateralidad y el derecho de defensa en juicio.

En resumen, si la persona logra superar el filtro de la legitimación, emplaza al demandado y lo domina en la etapa probatoria, seguramente el premio será una sentencia favorable, única y exclusivamente para él. Será el vencedor, y el otro, un derrotado que tiene que pagar todo lo que el actor se encontró obligado a soportar.

1.3 Actualmente, el marco de los procesos colectivos se encuentra en el capítulo de nuevos derechos y garantías que trajo la reforma constitucional argentina de 1994, y en particular, en el grupo de los arts. 41, 42 y 43, que establecen un mínimo de derechos a los que se debe responder, otorgando legitimación a *toda persona* afectada, que podrá ser representada por el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

Con ello se ha dado respuesta a una parte ínfima (pero sustancial) del problema, cuál es dar cabida en el proceso a quienes tengan un interés suficiente para acreditar legitimación en la causa y obtener la calidad de justa parte procesal.

Sin embargo quedan muchas otras cuestiones por definir, porque anidan en ellas sinsabores de naturaleza distinta, como pueden ser el conflicto psicológico de quien no

acude a la justicia por la escasa cuantía que tiene el perjuicio que se le provoca, o por la imposibilidad de asumir un riesgo contra quien tiene un poderío económico muy superior; así también, hay prolegómenos de otra configuración, como la escasa o nula información sobre los derechos especiales que tiene un grupo o categoría (v.gr.: usuarios y consumidores), la ventaja de comenzar con una presunción favorable en las afirmaciones que se realicen, o el deber de requerir colaboración a la contraria en la producción probatoria.

> La referencia para adoptar los cambios a las estructuras procesales, los señala González Cano al indicar que, una de las vertientes más afectadas por ellos es la referida a la evolución desde unas relaciones jurídicas y económicas individualistas, hacia otras de marcado carácter colectivo, bien porque hablamos de actos que afectan a intereses generales de consumidores o usuarios, o bien porque nos referimos a una pluralidad más o menos extensa y determinada de éstos (relaciones masivas, mercados de grandes dimensiones, etc.), hecho que ya conlleva un componente colectivo considerable, ya que los consumidores afectados, generalmente por lesiones de escasa entidad económica individualmente consideradas, pero de importancia o repercusión social en ocasiones desmesurada tomadas en su conjunto, difícilmente pueden enfrentarse "en solitario" a los agentes económicos y comerciales, que operan en circuitos globalizados y en amplios mercados nacionales e internacionales[459].

2. La tutela de derechos colectivos

2.1 Hay distintos tipos de intereses que en la dimensión del conflicto colectivo se despersonalizan porque asumen un sentido que trasciende la esfera individual. La primera condición para admitir la legitimación procesal en las acciones colectivas pasa por considerar que quien expone los hechos y peticiona, no es un afectado (aunque pueda serlo) particular, sino un integrante de un sector al que representa o del que forma parte.

Esta puerta común que se pone para acceder al amparo, o al proceso colectivo, la instala la Corte al disponer […]

> La admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un

459 González Cano, María Isabel, *La tutela colectiva de usuarios y consumidores en el proceso civil.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 236.

> planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el grupo, siendo esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio -de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte-, y que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos[460].

Desde esta perspectiva, la defensa de derechos colectivos puede ingresar con acciones de grupo destinadas a lograr una reparación sustancial y material destinada a sujetos alcanzados en la clase que se puede identificar; o reclamar por vía del amparo, la protección constitucional de garantías y derechos fundamentales que se encuentran violados a consecuencia de un acto o hecho lesivo de carácter notorio e ilegítimo.

Lo que tiene que quedar claro es que en el amparo no se requiere legitimación para obrar propiamente dicha, pues lo importante reside en el carácter de afectado y en la cobertura de los demás presupuestos generales vinculados con las características del acto lesivo; mientras que en el proceso colectivo, antes que condiciones o capacidades para actuar, se exige un presupuesto distinto que se llama representación adecuada.

2.2 La defensa de los derechos admite clasificar los intereses, según se trate de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

> La regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular, lo que no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural, y en tales casos no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable[461].

[460] Fallos, 332:111.

[461] Fallos, 332:11.

Los primeros son propios de todo litigio. Es la personalidad procesal que se le exige a quien, siendo titular de la relación jurídica sustancial, reclama contra otro a quien lo vuelve responsable, pretendiendo una declaración en su contra o una sentencia de condena. Son derechos divisibles, de fuente pública o privada, conforme al cual, tendrán la vía procesal pertinente.

La defensa colectiva significa dar preferencia a la comunidad de intereses antes que al reclamo individual. No se trata de una elección, vale decir, uno u otro, sino de una armonización necesaria allí donde la afectación de los intereses trasciende al derecho subjetivo. La característica primordial asienta en la identificación del sector afectado, y que al tiempo de ejercitarse la acción, quien invoque representar al grupo pueda superar las acreditaciones que se le pidan. Hay casos de innegable representación legal, como son el Defensor del Pueblo o el Ministerio Publico.

En este sentido dice la Corte […]

> Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado, y la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo- lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad-, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna, razón por la cual sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos, no perteneciendo estos bienes a la esfera individual sino social y no son divisibles de modo alguno […].
>
> La Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 la categoría conformada por los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos - derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, derechos de los usuarios y consumidores como los derechos de sujetos discriminados-, casos en los que no hay un bien colectivo ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, sino que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea, dato que tiene relevancia jurídica porque la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre, existiendo una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.
>
> Frente a la ausencia de una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase- norma que debería determinar cuándo se da una pluralidad relevante de

> individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo definir a la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan los procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos-, existiendo una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, el artículo 43 párrafo segundo de la Constitución Nacional es claramente operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular[462].

Cuando se trata de derechos individuales homogéneos es común la representación por entidades o a través de organizaciones que tienen aptitud procesal, ello es, en realidad, el ejercicio de una competencia. Están legitimados para cumplir con sus funciones, que son la defensa de intereses cuya protección persigue el Estado, por estar comprometido el interés público, es decir que, el ejercicio de la acción no importa una manifestación del poder de disposición del sujeto sino el cumplimiento de un deber legal.

En las "class actions" se trata de una modalidad contemplada a nivel estadual. Ellas son muy utilizadas en las demandas por actos ilícitos extracontractuales, donde la facilidad para el acceso se controla con la certificación de la clase. Este es el modelo que adopta el caso “Halabi” […]

> La procedencia de las acciones de clase requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados[463].

En este cuadro queda fuera del alcance normativo de la ley 16.986 como del actual Código Civil y Comercial de la Nación, la defensa de los derechos e intereses difusos, donde predomina la necesidad de proteger garantías especificas, como el derecho a vivir en un ambiente sano; el resguardo del patrimonio cultural en todas sus manifestaciones; el derecho a la salud; el derecho a la vivienda digna, y tanto más donde no hay personas que identifiquen estos derechos fundamentales, pero que se pueden

[462] Fallos, 332:111.

[463] Fallos, 332:111.

llevar al proceso de amparo constitucional por la vía de los nuevos derechos y garantías de la Constitución Nacional.

> El ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible; el uso del agua es un micro bien ambiental y, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible[464].
>
> Cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente -que involucran en los términos de la Ley de Glaciares, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua- la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos. Ello, por cuanto la caracterización del ambiente como "un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible" cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no solo debe atender a las pretensiones de las partes sino que exige "una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan[465].
>
> El derecho de acceso al agua potable (en la especie a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema) incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y -en particular- en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia[466].
>
> Corresponde atender reclamos por deficiencias sel servicioo telefónico, pues de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, ya que no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda, ello así, ante la escasa significación económica de las sumas en cuestión, que individualmente consideradas, permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable[467].
>
> Aun cuando el raciocinio efectuado por el a quo acerca de los derechos que ante una alteración contractual les asistirían en forma individual a los consumidores, y a las

[464] CS, "Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas-". Sentecia del 3 de dciembre de 2019.

[465] Fallos, 342:917; 337:1361, entre otros.

[466] Fallos, 340:1965.

[467] Fallos, 337:196.

> asociaciones si se hallaran en juego derechos de incidencia colectiva, pueda considerarse erróneo puesto que podría llegar a vaciar de contenido la protección que brinda el arto 43 de la Constitución Nacional, se trata de expresiones obiter dicta que no integra la unidad lógico-jurídica que es la sentencia, dado que no constituyen la motivación que ha servido de base a lo decidido en el pleito, ni podría ser impedido en el futuro el acceso de la actora a la justicia sobre la base de tales consideraciones, razón por la que no le causa un gravamen actual y concreto que pueda ser examinado por el Tribunal[468].

En suma, pueden reconocerse tres formas de entrar en las acciones colectivas, sin importar si el trámite se encarrila como amparo o proceso ordinaio:

a) La del "*afectado*"; que coincide con los derechos subjetivos o los intereses personales, pero que constituye un derecho homogéneo con las demás personas que están en su misma situación aflictiva; por ello el interés de cada uno coincide con el de los demás.

b) La del *interés colectivo perjudicado* o *amenazado*; que se representa por las entidades jurídicamente reconocidas (criterio legal) u ocasionalmente formada por la emergencia que se padece (criterio subjetivo), y que posicionan el interés a tutelar a través de una representación organizada que personaliza y define el sector afectado. Por ejemplo, la determinación de un impuesto que afecta a un conjunto de profesionales cuyo interés colectivo se defiende por el respectivo colegio profesional, o el daño masivo que reclama un grupo de vecinos, respectivamente.

c) La del *interés difuso* que se vale de un interés general no individualizado, porque no depende de afectaciones personales sino del mismo hecho que se quiere amparar. En la defensa de los intereses difusos se necesita un portador o vocero, para llamarlo con términos generales (algunos refieren al *ente exponencial* y otros a la *representación adecuada*), pero el interés propiamente dicho es de toda la colectividad, cual si fuera una acción popular.

> Sostiene Fernández Neto que no hay, hasta ahora, una posición doctrinaria o jurisprudencial uniforme con relación a los conceptos de derechos metaindividuales, también denominados difusos, e indebidamente denominados supraindividuales. Es posible verificar tres concepciones básicas: la primera, comprende difusos al lado del colectivo (lato sensu), que tiene como subespecie los intereses individuales homogéneos; la segunda, iguala los derechos difusos a los colectivos o genéricos , y, la última concibe metaindividuales como

[468] Fallos, 336:1612.

> género, teniendo como especies los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos[469].

3. Sujetos del amparo colectivo

3.1 La entrada común a las acciones colectivas no significa que el proceso deba ser el que nomina la demanda, sino aquel que corresponda a la vía judicial más idónea. Aquí comienzan a despejarse las inseguridades, porque del tipo de procedimiento, se podrán conocer los limites y posibilidades que tienen los sujetos para realizar sus actos procesales.

> En el anteproyecto de Procesos Colectivos que preparó el Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales se explica que este tipo procedimental no puede ser desarrollado dentro del campo de los procesos individuales, pues presenta diferencias de tal grado que el tratamiento por estas vías se ve prontamente violentado por cuestiones que para el cauce tradicional del proceso individual resultan insolubles[470].

Antes había una demarcacion muy precisa, proveniente de impedir que en el juicio de amparo se pretendieran reparaciones patrimoniales; pero actualmente, no es el temperamento común, al punto que la propia Corte Nacional afirma que […]

> De acuerdo a las disposiciones del art. 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de *naturaleza patrimonial*, siempre que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos, que la pretensión esté concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase involucrada y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente al acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir[471].

Es cierto que en algún caso el amparo podrá acoger pretensiones resarcitorias, pero en el plano de lo natural y posible, al ser un proceso constitucional no se podrían reclamar beneficios económicos, salvo que sean consecuencias ineludibles para reparar

469 Fernández Neto, Guilherme, *La protección de los derechos metaindividuales en el derecho comparado.* Ministerio Público de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, 2002, p. 344.

470 *Proyecto de procesos colectivos*. Dirigido por Enrique M. Falcón, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. La Ley, Buenos Aires, 2014, ps. XIII y XIV.

471 Fallos, 338:1492.

el perjuicio sufrido a raíz del acto lesivo. La indemnización, en cambio, es factible en el proceso colectivo.

3.2 La trascendencia que tiene saber quiénes pueden ser sujetos de uno u otro proceso, está en que los que entran definen el alcance de la cosa juzgada. El amparo individual solo por excepción transfiere a terceros la verdad de lo resuelto (*res judicata pro veritate habetur*); pero el efecto expansivo de la cosa juzgada es regla en los procesos colectivos. Obsérvese que decimos "efectos expansivos" y no "erga omnes", porque en el primer caso, se pueden identificar los beneficiarios, y en el otro, la suerte es para todos (v.gr.: recomposición del daño ambiental)

De allí que la identificación del colectivo no está en la personalidad de quien invoca la representación; en todo caso, éste será el sujeto que tendrá el deber de actuar como vocero del interés común. La unión que los vincula está en el bien colectivo, ubicado en los derechos individuales enteramente divisibles. Hay un hecho único o continuado que provoca la lesión en todos ellos, y, por lo tanto, se puede reconocer una causa fáctica homogénea que tiene relevancia jurídica, porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada.

3.3 Por otro lado, en las acciones colectivas no tiene precisión referir a una legitimación para obrar, teniendo en cuenta que se trata de encontrar al representante adecuado del grupo, antes que un probable beneficiario de la sentencia a dictar.

No se nos escapa que la medida del interés sirve a estos efectos, solo que un individuo en soledad, que se arrogue la representación de una clase, es.un modelo auorizado en las "class action", pero en nuestro régimen, es altamente peligroso cuando no se pide al sujeto demandante, los mismos requisitos que le exige cumplimentar las reglas procesales anglosajonas.

Cabe señalar que, así como existen pretensiones constitutivas o condenatorias que no presentan inconvenientes para demostrar el interés genérico de actuar; también

hay otro tipo de pretensiones en las que el interés se difumina al faltar algún elemento característico.

Estas son las diferencias entre el amparo y el proceso, dado que el primero persigue una declaración concreta sobre el derecho vulnerado que los asocia, el que si bien es cierto y existe, no puede quedar supeditado al principio de la iniciativa de cada parte en soledad, porque la representación por interés asigna ese permiso de entrada de todos al proceso. Este acuerdo para ingresar al amparo lo consigna la personalidad del grupo identificado con el bien común que los aglutina.

3.4 Al no existir en el Código Civil y Comercial una definición de bienes en general como tenía el régimen anterior (art. 2312), el flujo de la legitimación para obrar trabaja sobre los intereses antes que sobre los derechos de titularidad individual. Son expansiones legítimas pero con restricciones especiales de acuerdo con las particularidades del caso, de allí la especial discrecionalidad que se tolera para que sea el órgano jurisdiccional quien resuelva la admisión a estar en juicio.

Los estándares se pueden tomar del caso “Halabi”, aunque haya algunas particularidades en los sujetos que se deben considerar. Por ejemplo, cuando se une el interés legítimo al cuadro de situaciones jurídicas que permiten intentar su defensa judicial, se puede observar que las asociaciones compilan dicho interés, que deja de ser exclusivo y excluyente, como el derecho subjetivo; para pasar a ser, compartidos y concurrentes.

Al trazar este paralelo se observa con claridad dos senderos que abren la legitimación para obrar: por un lado, la existencia del derecho subjetivo y, por otro, del interés legítimo para ser construcciones lógicas que necesitan indispensablemente de una vía judicial que los proteja.

La concurrencia de afectados caracteriza el interés, circunstancia por la cual no puede afincar el criterio tradicional de acreditar derechos personificados en los derechos individuales. De otro modo, sería preciso que se reconociera todo el círculo de involucrados en la causa, lo que puede resultar posible si en lugar de proteger sujetos particulares y reconocibles, se protege y declara el derecho a tutelar una garantía específica.

Es decir, la representación que se tiene no es para asumir el mandato implícito de los asociados, sino la plenitud de reclamar por un derecho que se viene inconstitucionalmente afectando. Este es el molde del amparo constitucional.

> Los derechos supraindividuales o colectivos pueden caracterizarse como aquellos que, teniendo por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal. Estos se hallan en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión a la entera comunidad[472].

4. La representación adecuada

4.1 Los presupuestos de entrada al proceso son de registro diverso; siendo entre los principales el deber de acreditar el derecho que se pide y la representación que se tiene. En materia de amparo de usuarios y consumidores, observamos en su lugar, algunas de las condiciones exigibles (v.gr.: inscripción y registro; adceuación estatutaria; entre otras); corresponde ver, ahora, si estos son iguales a los que pide el amparo colectivo (o el proceso colectivo).

Los formatos de presentación en juicio cuando se trata de defender intereses difusos suele quedar fundido en el modelo requerido para la tutela de los derechos de incidencia colectiva, aunque sean desiguales los intereses, porque en uno se puede identificar al grupo, y en el otro, solo se representa al derecho afectado.

Hacerlo de este modo, supone ratificar el error de no hacer distinciones entre aquellos derechos que permiten identificar beneficiarios respecto de otros donde la colectividad queda indefinida, aunque la protección se consiga porque el remedio alcanza a todos sin necesidad de encontrar a cada titular.

Existen dos criterios básicos para controlar y admitir la representatividad adecuada, ellos son: *a)* que la defensa sea idónea y se articule por medio de asistencia letrada; *b)* que no aparezcan manifiestamente intereses contrapuestos dentro del grupo o sector.

[472] Fallos, 330:2800.

4.2 La *Acordada 12/2016* emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se orienta por esta vía. La necesidad de dar un reglamento provisional, ante la omisión legislativa en dictar una ley para los procesos colectivos, establece como requisitos de la demanda las precisiones siguientes:

1. En los *procesos colectivos* que tengan por objeto bienes colectivos: *a)* el bien colectivo cuya tutela se persigue, *b)* que la pretensión esté focalizada en la incidencia colectiva del derecho.

2. En el proceso colectivo referente a intereses individuales homogéneos: *a)* la causa fáctica normativa común que provoca la lesión los derechos; *b)* que la pretensión sea focalizada en los efectos comunes; *c)* la afectación del derecho de acceso la justicia de los integrantes del colectivo involucrado.

Asimismo, en ambos tipos de procesos el actor deberá:

a) Identificar el colectivo involucrado en el caso;

b) justificar la adecuada representación del colectivo;

c) indicar, de corresponder, los datos de la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores;

d) denunciar, con carácter de declaración jurada, si ha iniciado otra otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva y, en su caso, los datos de individualización de las causas, el tribunal donde se encuentran tramitando su estado procesal;

e) realizar la consulta al Registro Público de Procesos Colectivos respecto de la existencia de otro proceso en trámite cuya pretensión guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva e informar, con carácter de declaración jurada, su resultado. En su caso, se consignaran los datos de individualizaci6n de la causa, el tribunal donde se encuentra tramitando su estado procesal.

La Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGEERA), no tiene legitimación para actuar en la causa tendiente a que se declare la nulidad de la resolución de la Secretaría de Energía de la Nación 406/92, toda vez que las razones en las que intenta sustentar su demanda, antes que proteger intereses colectivos de sus socios o

demostrar el perjuicio que le acarrearía a la asociación el acto que impugna, tienden a defender los intereses individuales de aquéllos[473]. –

La excepcional naturaleza del proceso tendiente a la tutela del bien colectivo, identificado como la cuenca del río "Matanza-Riachuelo" -en el que es prioridad absoluta la prevención y recomposición del daño- y la necesidad de encauzar su tramitación mediante un procedimiento útil y eficiente que no frustre ni distorsione los ingentes intereses comprometidos ni el adecuado y oportuno ejercicio por parte de la Corte Suprema de su jurisdicción constitucional, justifican que todo lo concerniente a dicha substanciación, a la citación de los emplazados y a las contestaciones de la demanda que prevén los arts. 338, 339 y 356 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se encuentre supeditado a diversas reglas que deberán ser observadas por las partes[474].

La Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia carece de legitimación procesal para impugnar la constitucionalidad de los arts. 92, 95, 97 y 98 de la ley 11.683 -sustituidos por la ley 25.239- a fin de que la AFIP se abstenga de aplicar a sus socios el procedimiento de ejecución fiscal establecido en la primera de dichas normas, puesto que los derechos que se encuentran en juego son de carácter patrimonial, puramente individuales, y su ejercicio y tutela corrresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados[475].

4.3 En este camino las posibilidades se alternan con ideas diferentes. Algunos creen que hay que diferenciar entre acciones colectivas, acciones civiles *parens patriae* y acciones de organización o asociación. Donde las acciones colectivas se demandan por los miembros del grupo, las acciones civiles *parens patriae* se inician por empleados del gobierno, y las acciones de organización se demandan por asociaciones. Sin embargo, el tipo de demandante con representación es tan sólo incidental para caracterizar una acción colectiva. Lo que identifica a ésta, es su aplicación para proteger un derecho del grupo[476].

Otros prefieren establecer niveles de legitimación, asociando una calidad diferente según sea el objeto la tutela de intereses colectivos o refiera a intereses difusos. Cada una de estas intervenciones permite la demanda individual, pero cuando

[473] Fallos, 330:3836.

[474] Fallos, 330:3663.

[475] Fallos: 330:3015.

[476] Gidi, Antonio, *Acciones de grupo y "amparo colectivo" en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. UNAM, México, 2004, p. 129

se agrupa la clase afectada, la legitimación da paso a la representación y de este modo, se estandariza la exigencia de presupuestos.

Cada uno reporta ideologías que han complicado en extremo la configuración legal de un tipo adecuado para el derecho argentino.

4.4 La Corte Suprema de Justicia de la Nación en antecedentes jurisprudenciales, ha procurado evitar que la acción individual se confunda con el proceso colectivo, exigiendo en todo caso el cumplimiento del precepto que no hay acción sin daño, y que si éste se presenta por el afectado directo, la representación colectiva que persiga igual pretensión debe admitir el *opt out* inmediato.

Aquí las disonancias son evidentes, si vemos que para la defensa de usuarios y consumidores la intervención de las asociaciones es coadyuvante; mientras que en otras, se aisla del demandante principal para seguir en el proceso colectivo con pretensiones propias, ante la decisión del particular de salirse de la acción del grupo.

En la doctrina se muestran tres caminos para una misma situación. Algunos proponen que las soluciones deben partir de la ley procurando que sea ésta la que asigne reconocimiento institucional y personalidad procesal; otros estiman que la entidad que promueve la acción debe acreditar que su objeto asociativo se vincula directamente con la pretensión deducida en juicio. Un tercer sector se inclina, en cambio, por descartar el estudio de la institución para centrar la admisión del proceso en la naturaleza del bien a tutelar o en el derecho que se pretende, en cuyo caso, más que la personalidad importa atender el objeto litigioso.

En la práctica, la respuesta al interrogante que se plantea se vincula con las dificultades de interpretación que tiene nuestro sistema judicial. Mientras el Código Civil y Comercial resuelve cuestiones desde las situaciones jurídicas subjetivas que anidan o se asocian con el derecho afectado; el código procesal aplica los presupuestos tradicionales de la acreditación del interés para obrar. Uno y otro, son obstáculos para entrar al proceso y, mucho más, para formar una causa de carácter colectivo.

Además, pocas veces se podrá encontrar la *causa* o la *controversia judicial concreta* tal como lo pide el art. 116 de la Constitución Nacional (cfr. art. 2, ley 27).

4.5 En la protección procesal de los derechos difusos la diferencia es la impersonalidad de la pretensión, toda vez que el objetivo es defender los derechos de alcance colectivo indeterminado. No hay un único titular, y el grupo que lo compone también es infinito, o al menos, de imposible individualización. Existe, por supuesto, un vínculo que asienta en la situación común, pero no es la medida de la afectación cuanto los caracteriza, sino la generalidad totalizadora.

Dicho en términos de uso común por la jurisprudencia, se trata de un bien que pertenece a todos y al grupo, pero que es indivisible, por lo que la satisfacción del interés respecto de uno de ellos importa la de todos. La titularidad de la relación jurídica sustancial recae en estos casos, sobre los aforados colectivos.

Por tanto, la representación adecuada no cambia respecto al modelo tradicional que tiene como presupuesto la personalidad procesal. La entidad que pretende inscribir su actividad con el derecho de todos, tiene que acreditar el objeto social que se vincule con la pretensión, sin perjuicio de aplicar otros presupuestos de verificación.

La distancia suma también asimetrías ideológicas, cuando se entiende que el derecho subjetivo acuña protección judicial del individualismo, alejándose del interés colectivo que tanto la doctrina como la legislación tienen dificultades para su encuadre procesal. En los hechos, reunir ambas ideas en la representación puede ser la mejor fuente para conciliar ideas y conseguir la anhelada tutela judicial efectiva.

Sin lugar a dudas, este concepto está íntimamente vinculado con el de derechos humanos, si esos derechos derivados de los intereses difusos, los aparejamos a situaciones jurídicas subjetivas (activas), que no tienen el carácter de derechos personales y ameritan la necesidad de ser atendidas y protegidas porque promueven el mejoramiento de las condiciones de vida humana y social, tendremos el ámbito donde los derechos humanos podrán gozar de vigencia sociológica.

> Los intereses difusos, tienden al reconocimiento de los derechos humanos llamados económicos, sociales y culturales, diferenciados de los derechos cívicos y políticos, porque es difícil precisar el alcance jurídico del contenido y la forma de otorgar su satisfacción. En algunos intereses difusos que comparte un grupo humano puede en algunos casos albergarse un estricto derecho subjetivo. Pongamos como ejemplo, el supuesto de

> contaminación de un curso de agua destinado a la higiene y bebida de una población; o el derecho a la salud; entre otros[477].

4.6 La teoría de la representación parte del concepto de defensa de intereses que son comunes a una colectividad. Cuantas más personas tengan el mismo interés, una o más podrán demandar o ser demandadas, o ser autorizadas por la Corte para defender en aras de ese interés común, para el beneficio de todos.

El dilema surge cuando se atiende la legitimidad social del reclamo hecho en nombre de todos sin analizar los presupuestos institucionales por considerar que la trascendencia del hecho es bastante para entrar en el proceso. El problema está en saber si la importancia del suceso es de tanta entidad que pueda suplir al requisito de acreditar la adecuada representación del grupo.

Por ejemplo, en el caso CEPIS, la Corte dijo […]

> La importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia cobra especial importancia en el reclamo relacionado a las tarifas de gas y a los usuarios residenciales ya que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva, y una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo[478].

Esta es la complicación que vemos entre el amparo y el proceso colectivo, en la medida que en el primero la Corte usa estándares del *common law* que transporta al proceso colectivo, identificando cuanto se entiende por representaciuón adecuada.

La base del error está en creer que el proceso colectivo es inescindible de la pretensión global o, precisamente, colectiva, y que por ello, todos los que estén en el litigio, en forma *directa* por sumar demandas individuales traídas por acumulación; o en forma *indirecta* y representadas por quien sea, tendrán igualados los beneficios.

En el caso “Abarca”, el Alto Tribunal puso en su lugar a los grupos formados que perserguían iguales reclamos, solo que no consideró las cuestiones estableciendo el lugar que a cada una les corresponde, como veremos en el punto siguiente.

[477] Echeverry Narváez, Juan Carlos, *Los intereses difusos y los derechos colectivos*. Fundación Derechos Colectivos, Bogotá, 2011, ps. 3 y ss.

[478] Fallos, 339:1077.

> La condición en la cual el partido político pretende incorporarse al frente activo demandante "como asociación" y, desde esta calificación, sumarse como representante del colectivo de usuarios de energía eléctrica, importa exorbitar las facultades del partido a competencias que la Constitución Nacional pone en cabeza de otra clase de personas jurídicas que tienen por objeto la defensa de los usuarios y consumidores y de olvidar que los partidos políticos existen por y para el régimen representativo, y en ese alto propósito no deben distraer esfuerzos ni recursos en la continua misión que les asiste para profundizar los derechos políticos de los ciudadanos y la calidad institucional dentro de una sociedad democrática[479].

5. Acciones de clase

5.1 Las acciones de clase no trabajan del modo como se presenta en la jurisprudencia antes reseñada. Los tres casos que se dan en el sistema americano, se dividen en distintos tipos de *class action*; las verdaderas (*true class action*), armonizan la intervención sin permitir que nadie salga; mientras que en las híbridas (*hybrid class action*) y en las falsas (*spurious class action*) cada cual puede ejercer el *opt out* (salir) o el *opt in* (entrar) manteniendo la individualidad con su manifestación expresa de voluntad. De este modo, el representado siempre es posible de reconocimiento como sujeto singular.

Con este encuadre y tras algunas modificaciones, la legitimación del grupo se debe tener antes de presentar la demanda. El *standing to sue* será la vinculación necesaria de las personas con los hechos a tutelar, siempre que coexistan al mismo tiempo tres condiciones:

1ª) Que el número de personas sea suficientemente necesario para demostrar la inconveniencia de actuar individualmente. Esto no es solo un recaudo vinculado con la cantidad de afectados, porque también atiende la dispersión geográfica, los recursos económicos, y la eventual acreditación del interés después de haberse promovido la acción de clase.

2°) La identidad fáctica, o causa común que agrupa el interés de la clase, que significa encontrar claramente un motivo aglutinador, porque si el mismo falta, en virtud de que se diferencian los perjuicios individuales, no existe suficiente *commonality*.

479 Fallos, 339:1223.

> En particular, si la necesidad de proponer y practicar prueba sobre ciertas circunstancias personales de cada uno de los miembros del grupo representado obligara en la práctica a descomponer el procedimiento declarativo inicial en innumerables sub-procedimientos, la eficiencia de la *acción de clase* se perdería de forma irremediable[480].

3°) La unidad procesal de la vía que en el derecho anglosajón se denomina *typicality*. Este es un presupuesto procesal que señala la idoneidad del procedimiento seleccionado, que tipifica el mejor proceso para la clase que, a partir de ahora, se podrá certificar.

5.2 Esta es una diferencia importante con el proceso colectivo, donde es necesario antes que ver el sistema de enjuiciamiento, advertir si hay legitimación y representación para obrar en quienes demandan.

En cambio, en Estados Unidos, este recaudo es propio de la representación adecuada que tenga el personero del conjunto, debiendo ser coherente con otras acciones propuestas, consecuente con la estrategia demostrada en sus antecedentes, y en armonía con los objetivos del grupo. Si no fuera así, la clase podrá subdividirse con el fin de evitar conflictos entre los abogados y el conjunto de afectados. De esta forma, cada cual protegerá de la mejor manera los intereses de sus representados.

Cuadra afirmar así, que cuando nuestra Corte entiende que el identificador común y los efectos iguales que tienen los representados no identificados por la asociación actora, son suficientes para “certificar la clase”, comete un error de lectura, porque procesalmente no es igual a acreditar la personalidad procesal. Aquella se refiere a delimitar claramente la clase afectada por el operador económico, sin necesidad de verificar cada uno de los integrantes del sector vulnerado. Esto, en hipótesis, será menester en la etapa de realización de la condena.

Pueden ser grupos vulnerables (v.gr.: comunidades aborígenes; desventajados económicamente; desprotegidos; etc.); o derechos en contraste (v.gr.: derecho a fumar y contaminación; salud y medio ambiente; progreso arquitectónico y patrimonio cultural, entre otros), que significa resolver sobre la situación jurídica regulada por el mercado y los derechos de la clase que, en definitiva, podrá quedar alcanzada.

480 Ferreres Comellas, ob cit., p. 42.

4.3 Cada uno tiene criterios muy flexibles y discrecionales, que no son tales en los proyectos argentinos que abundan con requisitos exigibles en la personería procesal. Y no es incorrecto –en nuestro pensamiento– esta tendencia, porque no hay nada de malo en objetivar ciertos estándares, evitando el abuso que podría generar cierta elasticidad en la admisión.

Además, en algunos procesos colectivos dispuestos para Latinoamérica, la frontera se establece entre personas identificadas y derechos reconocidos, de allí la división de situaciones jurídicas subjetivas que se diferencia de los estándares del *common law*.

6. Colectivo identificado y de imposible individualización

6.1 El problema siguiente es resolver la dimensión de lo colectivo. La noción de tutela o fomento por la actividad protectoria, no es preciso para definir el contenido de la sentencia que, al resolver un caso de proporciones generales, culmina siempre dando premios y razones a sujetos individuales o determinables.

En el caso, de usuarios es fácil reconocer al grupo alcanzado; lo es también en sectores de clara definición como clientes, productores, empleados, profesionales, etc. Aquí la unidad proviene del derecho individual homogéneo que podrá ser representado por quenes cumplan los estándares dispuestos.

Pero cuando el colectivo es absolutamente indeterminado, el contenido probable de la sentencia será declarativo, por la imposibilidad de dividir la compensación. No obstante, dividir al colectivo identificable del que no lo es, no trae complicaciones si admitimos que la sentencia pueda proteger derechos en sentido lato, no siendo menester indispensable, encontrar los titulares del logro.

> En doctrina se afirma la conveniencia de este modelo ante la posible combinación de variables entre derechos distintos que pueden ser individuales, pluriindividuales, y colectivos. Normalmente se habla de estos últimos cuando el titular es un grupo, pero no es extraño que también se hable cuando el objeto es un bien colectivo (v.gr.: ambiente). Tampoco se usa el criterio del destinatario colectivo para hablar de derechos colectivos, aunque sí tiene otras implicancias. En los derechos individuales el ejercicio de un bien público (v.gr.: el derecho a la salud) también puede ser colectivo, aunque el uso sea singular. Inclusive, los derechos de grupos (v.gr.: una empresa, una comunidad) tienen derechos individuales que reciben del Código Civil, mercantil, etc., pero si el grupo es una

persona artificial no se duda que se trata de un derecho propio, que cambia cuando se modifica el contexto. Por ejemplo, si es una comunidad indígena, el derecho le pertenece a todos porque es de dicha comunidad. Por tanto, algunos autores rechazan que pueda tener alguna utilidad hablar de derechos colectivos cuando esta expresión hace referencia a cosas tan poco homogéneas[481].

6.2 En Argentina no existe el modelo de acciones de clase ni piensa en separar los tipos procesales. Este desnivel evidente pone de resalto la altura que tiene el obstáculo a superar, porqué de aplicar el sentido que tiene "certificar la clase" como un modelo de representación adecuada, es equívoco y dispersa varios otros aspectos que proyecta dicha acreditación.

En efecto, una variable imprevista se da con los efectos de la cosa juzgada, porque cuando no está bien definido el alcance de respuesta al portador de la representación, también se diluyen los límites de la cosa juzgada. Si la acción es colectiva la sentencia será de igual alcance, con la diferencia que de admitir a grupos identificados, la decisión tendrá que personalizar los beneficiarios, o esperar que ellos se insinúen en una etapa de ejecución posterior (cuando sean procesos indemnizatorios); y si el pronunciamiento no lo hace, surge el desconcierto por el efecto *erga omnes* que en nuestro país es problemático[482].

Por eso lo mejor no es coincidir la medida de la puerta de entrada con la de salida, teniendo en cuenta que también una acción individual puede proyectar el resultado hacia otros; como también puede suceder cuando lo resuelto sea el derecho amparado con alcances generales (para todos); o en su caso, que la protección del

[481] Tron Petit, Jean Claude, *Prólogo,* en "Acciones colectivas" (Revuelta Vaquero, Benjamín – López Ramos, Neófito, coordinadores). Porrúa – Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo – Asociación de Jueces y Magistrados del Distrito del Poder Judicial de la Federación, México, 2012, p. XXVII.

[482] En Argentina la eficacia "erga omnes" de la sentencia no ha tenido recepción jurisprudencial ante la claridad del art. 116 de la Constitución Nacional que exige que la "*causa verse sobre puntos regidos…"* por ella; de manera que la controversia siempre termina siendo resuelta como un conflicto entre partes. No obstante, después de la reforma constitucional de 1994 y la aplicación concreta del art. 43 constitucional en distintas situaciones, han llevado a una ampliación en los efectos de la sentencia, que si bien no podríamos ubicarlos en la categoría de fallos "erga omnes", sí tienen suficiente expansión para alcanzar a un sector, clase o grupo idéntico de afectados (Gozaíni, Osvaldo A., *Sobre sentencias constitucionales y el efecto erga omnes*, publicado en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, Uruguay, 2008, ps. 165/192. También en La Ley, 2007-D, ps. 1242 y ss.).

derecho individual homogéneo convoque a los beneficiarios para una etapa después de haber declarado.

6.3 El pronunciamiento final en los procesos colectivos estructuralmente no es distinto al que emiten los juicios ordinarios, a excepción del alcance y efectos de la sentencia respecto de quienes han actuado en el proceso como partes.

La decisión puede ser condenatoria o declarativa, y en su caso, ordenará hacer una cosa, cesar en una conducta continua productora del vicio denunciado, disponer la realización de acciones necesarias para volver las cosas a un estado anterior al acto lesivo, o determinar una indemnización reparativa del daño colectivo. En esta materia suele hablarse de *sentencias de condena abierta*, donde los otros que se encuentran en la situación colectiva se adhieren al fallo, sin haber sido partes en el proceso.

Claro que, en el amparo colectivo acoplar esta idea desnaturaliza la cosa juzgada que la sentencia pronuncia. En efecto, el fallo que se dicta en los procesos colectivos de trámite especial, tiene que ser congruente con las pretensiones deducidas en el juicio, y será diferente cuando se desenvuelva en un proceso constitucional como el "amparo colectivo", donde el primer deber jurisdiccional es controlar la supremacía constitucional y la defensa efectiva de los derechos humanos.

Es cierto que, aplicando principios generales, puede haber coincidencia entre uno y otro proceso, pero también lo es que se persigue dotar de una especialidad general a las acciones colectivas con el fin de ofrecer un cauce rápido, sencillo y eficaz a tono con las disposiciones del derecho procesal constitucional.

Desde esta perspectiva, mientras los procesos colectivos se orientan a la tutela de los grupos o sectores, y se extienden a la tutela de los intereses y derechos difusos; los procesos constitucionales como el amparo persiguen acotar el marco de su deliberación a los problemas de inaplicación o violación de normas constitucionales y supranacionales.

Aunque exista entre ellos concurrencia –como en los amparos colectivos deducidos por afectación de derechos de incidencia colectiva-, la premisa mayor es: en uno, reparar el daño causado; y en el otro, restablecer el orden constitucional vulnerado.

CAPÍTULO XXVI

La competencia en el amparo

1. Reglas para la competencia

1.1 La creación jurisprudencial del amparo entre los años 1957 y 1958, obligó a planificar las respuestas que se debían aportar a los avatares comunes de todo proceso. En tiempos sin ley, la Corte resolvió que la tutela de los derechos constitucionales era una tarea común de todos los jueces por igual, y en consecuecia […]

> Las cláusulas legales distributivas de la competencia de los magistrados judiciales no son óbice al conocimiento de los jueces de primera instancia, cualquiera sea su jurisdicción específica, en la demanda de amparo que se deduzca ante ellos. La índole de este juicio impide que se lo demore con conflictos de competencia […]. En los procedimientos de amparo no deben extremarse las exigencias formales atinentes al fundamento del escrito de interposición del recurso extraordinario[483].

Después, se fue acentuando la idea que dejaba en la jurisdicción federal todo asunto de constitucionalidad; tendencia que debió cambiar apenas se advirtió que, como en nuestro país cada provincia tiene su propia ley fundamental, era posible asignar competencia a los jueces locales por razón de la materia.

La ley 16.986 reoslvió zanjar la polémica, y siguiendo precedentes jurisprudenciales, prohibió articular cuestiones de competencia –art. 16– a las partes; estableciendo reglas en el artículo 4º.

> En el marco del juicio de amparo, la disposición que veda plantear cuestiones de competencia para que no se obstaculice la celeridad del trámite, no impide que los

483 Fallos, 246:179.

> tribunales juzguen la procedencia de su intervención con arreglo a las normas sobre competencia por razón de la materia o del lugar[484].
>
> Si bien el juicio de amparo no es un proceso ordinario sino uno especial, ello no impide, a los tribunales requeridos al respecto, juzgar la procedencia de su intervencion con arreglo a las normas sobre competencia por razon de la materia, o del lugar, cuando existe el peligro que sobre un mismo punto distintos magistrados dicten pronunciamientos contradictorios[485].

El artículo 4º referido dice […]

> Será competente para conocer de la acción de amparo el juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto.
>
> Se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia por razón de la materia, salvo que aquéllas engendraran dudas razonables al respecto, en cuyo caso el juez requerido deberá conocer de la acción.
>
> Cuando un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas esas acciones el juzgado que hubiese prevenido, disponiéndose la acumulación de autos, en su caso.

1.2 Como se observa, cada párrafo atiende situaciones distintas, sin que ninguno de ellos de preferencia a la justicia federal. La regla *locus regit actum*, que proviene del derecho internacional, se aplica en el caso dando competencia al juez de primer grado del lugar donde el acto se realiza o produce sus efectos.

La materia es la segunda interpretación, salvo que fuera dudoso el nudo central que procura desentrañar el conflicto, en cuyo caso el juez que previene asume competencia positiva.

Finalmente, cuando hay amparos sucesivos sobre un mismo tema, debe intervenir el que primero se declaró competente, con las particularidades que tiene el Registro de Procesos Colectivos para resolver el problema en los amparos planteados como acciones de grupo.

484 Fallos, 330:4094.

485 Fallos, 315:1738; 310:1830, entre otros.

1.3 Analizaremos cada uno de estas posibilidades, pero antes de ello, conviene anticipar que, el derecho al amparo que trae la Constitución Nacional configura una garantía que no importa alterar las reglas de competencia jurisdiccional, ni justifica la intervención de los jueces en todo tiempo y circunstancia.

La sola invocación del amparo no permite modificar la ley ni la organización de los tribunales, en orden a los asuntos que deben caer bajo su competencia. Por ello, si el el planteo es de naturaleza federal, porque los actos cuestionados emanan de autoridad nacional o sometida a esa jurisdicción, el juicio sobre cualquier acto, medida u omisión, debe recaer en jueces federales.

> Corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado por el juez que, al sustanciar el amparo y decretar medidas cautelares, realizó una creación ex nihilo del título para sostener su competencia e irrumpir en la ajena desconociendo que el Poder Judicial, por su naturaleza, no puede ser jamás un poder invasor, peligroso, que comprometa la subsistencia de las leyes y la verdad de las garantías que tiene por misión hacer efectivas y amparar[486].
>
> Fue mal denegado el recurso extraordinario interpuesto por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo contra la decisión que había rechazado in limine la acción de amparo y declarado la competencia del fuero laboral para entender en las actuaciones principales ya que importó la denegación del fuero federal al que aquella tendría derecho dada su condición de sujeto de derecho público estatal, pese a que esa circunstancia constituía motivo bastante para habilitar la instancia excepcional del recurso extraordinario (Disidencia del Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz). - La mayoría consideró que el recurso extraordinario no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48)-[487].

2. Competencia por razón del lugar

2.1 La ley de amparo establece que, para la radicación de un amparo, debe estarse, en primer término, al lugar efectivo de la exteriorización o efectos del acto impugnado, y sólo después atender el sitio en el que pudiera tener efectos, los cuales sólo resultarían operativos cuando no se pudiera comprobar el lugar de producción de los primeros.

[486] Fallos, 12:134 (leading case), Fallos, 337:97.

[487] Fallos, 341:311.

> Para la radicación del amparo debe estarse, en primer término, al lugar efectivo de la exteriorización o efectos del acto impugnado, y sólo en segundo término a aquel en el pudiera tener efectos[488].

Esta es una regla muy elástica que cede, repetidamente, cuando se trata de derechos afectados en forma general y uniforme, impactando así en distintas jurisdicciones (v.gr.: medidas tomadas en emergencia económica).

Si la exteriorización no se vuelve visible en una localidad cierta y precisa, la competencia del juez de primera instancia del lugar, no es absoluta. Lo mismo pasa con los efectos, que asientan en personas de residencia diferente, en cuyo caso, suele echarse mano a la materia y sus órganos habitualmente competentes. Por ejemplo […]

> Es competente el Juez Nacional del Trabajo de la Capital Federal, y no el Juez Federal de La Plata, para conocer de una acción de amparo cuyo aspecto central es el cuestionamiento del art. 80 de la ley 22.105 (Ley de Asociaciones Gremiales de Trabajadores), pues la ley 16.986, art. 4° dispone que será competente el juez con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efectos, así como que deben observarse las normas de atribución de competencia en razón de la materia. Además la ley 18.345, que organiza el procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo, dispone que serán de su competencia las causas en que tenga influencia decisiva la determinación de cuestiones directamente vinculadas con aspectos individuales o colectivos del derecho del trabajo[489].
>
> Corresponde a la justicia federal, y no a la provincial, conocer de la acción de amparo, a través de la cual se discute la inteligencia de una cláusula de la Constitución Nacional, y la facultad de la autoridad local de interferir en la administración que la autoridad nacional realiza sobre un lugar terreno del Ferrocarril donde se levanta una estación de pasajeros sometido a su jurisdicción exclusiva[490].

2.2 En ocasiones, el amparo contra actos de particulares señala una dificultad con el domicilio legal de la persona jurídica que se demanda por amparo, pues conforme la característica de sucursal, puede llevar a que cambie la primera intervención del juez local.

Así, se ha dicho que […]

488 Fallos, 325:1883.

489 Fallos, 302:339.

490 Fallos, 301.856.

> Establecido que, por razón del lugar y de la materia, la justicia federal de la Capital debe conocer de la demanda de amparo deducida a raíz de que por ley nacional se intervino una sociedad anónima, la justicia de la Provincia de Tucumán, donde se halla ubicado el establecimiento fabril, carece de jurisdicción para seguir entendiendo en las actuaciones promovidas por el interventor que designó el Poder Ejecutivo, el cual pidió la intervención judicial de la empresa para que pudieran cumplirse los fines de la ley, aún fuera del plazo de su vigencia. Los expedientes de la justicia provincial deben, por consiguiente, remitirse al juez federal, para que éste conozca y decida todas las cuestiones vinculadas al caso[491].

En fin, son tan distintas las situaciones, que esta regla, además de discutible, tiene varias inconsistencias más. Una de ellas proviene de la aplicación supletoria del código procesal, que en las cuestiones de asignación de competencia, agrega la elección por el actor del domicilio donde demandar (art. 5 inciso 3º) o bien, aquel que corresponda al orìgen del acto lesivo (que no es igual a donde se exterioriza o produce efectos). Como estas no son previsiones que se puedan incorporar, el campo donde asentar el amparo queda difuso.

Bien advierte Rivas que, en virtud de estas diferencias, […]

> Se distinguen los siguientes supuestos: a) Lugar donde el acto se exteriorice; b) lugar donde la omisión se exteriorice; c) lugar donde el acto tenga efecto; d) lugar donde el acto, como amenaza, pueda tener efecto; e) lugar donde la omisión produzca sus efecto, e) lugar donde la omisión, en tanto amenaza, pueda tener efectos[492].

2.3 En el caso de empresas prestadoras de servicios a nivel nacional, la competencia no se encuadra por el lugar donde se realizan y sufre el usuario el acto lesivo o verifica el peligro inminente. Aquí la distribución de competencia prefiere a la justicia federal como regla sin modificar el lugar de emplazamiento, o ante el juzgado federal más cercano a los hechos.

> Corresponde a la justicia federal -y no a la contravencional- intervenir en el amparo promovido contra la empresa Aysa y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que se ordene la extensión de la red cloacal hasta el domicilio de la actoras sito dentro del radio de la ciudad cuya ubicación corresponde al área de aplicación del marco regulatorio para la

491 Fallos, 276:89.

492 Rivas, *El amparo*, cit., ps 218 – 219.

> concesión de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales aprobado por ley 26.221 y el consiguiente carácter federal de la materia debatida[493].
>
> Es a la justicia federal -y no a la ordinaria- a la que le corresponde intervenir en la demanda de amparo promovida con el fin de que se ordene a la empresa encargada del servicio público de distribución de gas natural (con participación mayoritaria de un estado provincial) a realizar la conexión de gas de red en un domicilio toda vez que su actividad se encuentra enmarcada bajo disposiciones de carácter federal como los arts. 1° y 52 de la ley 24.076 en cuanto contemplan el marco regulatorio del gas y se encuentra sujeta al control del Ente Nacional de Regulación del Gas[494].

3. Competencia por razón de la materia

3.1 La materia no es otra cosa que el fundamento de los hechos, por eso, para establecer la competencia se debe partir del relato contenido en el escrito de demanda y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como fundamento de la pretensión, así como también a la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes.

> Procede la jurisdicción originaria en razón de la materia, cuando una provincia es parte, solo si la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa, y queda excluida cuando se incluyan cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de estas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o la revisión en sentido estricto de actos administrativos de las autoridades provinciales, legislativos o judiciales de carácter local[495].

La causa “Coto c/ Provincia de Santa Fe”, que corresponde a la reseña jurisprudencial precedente, puso de relieve una variable en el uso del artículo 4º de la ley 16.986, en el sentido que siendo la primera regla la competencia la que corresponde al juez del lugar, se manifestó que no había inconvenientes que fuera éste, o todo magistrado argentino, federal, nacional o provincial, el que resolviera sobre las cuestiones constitucionales que pudiesen proponerse en los asuntos que deba juzgar, en

493 CS, “Yan, Xiazhu y otros c/ GCBA y otros s/ amparo”. Sentencia del 29 de marzo de 2015.

494 CS, “Elizari, Raúl Daniel c/ Buenos Aires Gas SA s/ amparo ley 16.986”. Sentencia del 16 de junio de 2015.

495 Fallos, 339:525.

virtud de la naturaleza difusa del control de constitucionalidad que ejercen todos los jueces del país, de nuestro sistema federal y de las autonomías provinciales[496].

La afirmación pudo dar pie a generalizar un principio de competencia indiscriminada, como se aplica en varias jurisdicciones para los amparos locales, sin aplicar las reglas de la ley federal. Llevado a la práctica, significó quitarle peferencia a la justicia federal para que fuese el fuero por excelencia.

> Resulta competente la justicia bonaerense para intervenir en el amparo interpuesto para reclamar la provisión de la medicación necesaria para que el actor siga con un tratamiento médico toda vez que el amparista se domicilia en esa jurisdicción y la pretensión médico-asistencial se dirige contra el Ministerio de Salud local, el Programa Incluir Salud, ex PROFE y el Ministerio de Salud de la Nación, toda vez que tal sistema de cobertura -cuyo objeto es proveer atención médica a beneficiarios de pensiones no contributivas- fue transferido a la órbita provincial mediante el decreto 1532/10[497].
>
> Es competente la justicia local a los fines de entender en la acción de amparo deducida por el Defensor Público en representación de las personas por nacer, en la que se cuestiona el acto del gobierno provincial que dispone la entrega gratuita en hospitales públicos de la llamada "píldora del día después", así como la omisión gubernamental de impedir la administración, distribución y comercialización de toda droga que tenga por efecto la modificación hormonal y que produzca la imposibilidad de implante del óvulo fecundado en el endometrio femenino, pues la implementación del programa médico creado por la ley nacional 25.673, está reservada a las esferas locales, asumiendo la provincia la responsabilidad por su ejecución[498].
>
> Corresponde a la justicia civil resolver el amparo -fundado en normas del Código Civil y en la ley 24.240- cuyo objeto consiste en la interpretación, el sentido y/o alcance de las obligaciones nacidas de un contrato de medicina prepaga, respecto de las cuales la actora atribuye a la accionada la modificación unilateral de lo acordado, pues la materia debatida, excede el marco estrictamente comercial y conduce centralmente al estudio de aspectos propios, en mayor medida, del derecho civil[499].

496 En el caso, el amparo se funda en la falta de validez de la ley 13.441 de la provincia de Santa Fe que reguló la jornada de trabajo, por considerarla contraria a las disposiciones de las leyes de "derecho común". La Corte entendió que debía ser juzgada por los jueces locales, ya que su aplicación le corresponde a ellos al caer las cosas de que se trata bajo su jurisdicción (Fallos, 339:525).

497 Fallos, 339:1831.

498 Fallos, 331:360.

499 CS, “Echenbaum,, Arnoldo c/ Hospital Italiano de Buenos Aires s/ amparo”. Sentencia del 4 de setiembre de 2007.

> Corresponde que siga su trámite ante el fuero civil y comercial federal la acción de amparo promovida para que una empresa prestadora de servicios médicos cumpla con las prestaciones totales a su cargo relativas a cubrir la habilitación y rehabilitación de un menor discapacitado fundado en el art. 43 de la Constitución Nacional, en las leyes 16.986, 23.660, 23.661, 24.455, 24.901, 24.240, en el decreto reglamentario N° 492/95 y en la resolución complementaria N° 939/00 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, materia que compromete el estudio de dichos preceptos con influencia decisiva respecto a aquellas cuestiones concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que involucra tanto a las obras sociales, como a las prestadoras privadas de servicios médicos[500].

3.2 La regla cede cuando la materia federal se implica en las proyecciones que puede tener la sentencia hipotética. Son cuestiones de interés general que exceden la justicia del caso y proponen una solución posible hacia todos.

> Corresponde continuar conociendo en el proceso al juez federal pues no asiste razón al ENARGAS, toda vez que lo pretendido por la amparista no sólo abarca la controversia que se suscita entre los sujetos de la ley federal 20.076 con motivo de la prestación del servicio público de gas natural, sino que también se dirige a obtener que se declare la inconstitucionalidad del art. 66 de aquella ley, de tal forma que la materia en examen excede la vía administrativa previa, en la que no puede ventilarse dicho cuestionamiento[501].
>
> El amparo promovido con fundamento en que los ruidos generados por los trenes subterráneos producen daños auditivos, debe continuar su trámite ante el fuero Contencioso Administrativo Federal, puesto que, a los efectos de resolver la pretensión, será necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada, todo lo cual remite a la aplicación de normas y principios propios del derecho público, máxime cuando el contrato de concesión prescribe que las partes se someten a los tribunales mencionados con exclusión de todo otro fuero o jurisdicción[502].

En suma, de cuanto se trata en el punto es de verificar quien debe actuar cuando la materia comprometida genera una controversia entre competencias, en cuyo caso, el conflicto entre la justicia ordinaria y la justicia federal debe resolverse atendiendo a los alcances de las normas que se vinculan con la cuestión discutida.

[500] Fallos, 328:4095.

[501] Fallos, 327:4837.

[502] Fallos, 328:2716.

4. La regla de prevención primera

4.1 El principio de prevención trabaja como un supuesto excepcional que opera subsidiariamente de las demás reglas. Se aplica cuando un juez interviene primero en una causa judicial y, para impedir que por conflictos de competencia de dudosa procedencia, le priven continuar en la causa, se aplique tal principio que significa lograr la continuidad de criterio en la valoración de los hechos y el derecho, como así también dar preferencia al que previno en la causa antes que otros.

Es también un criterio de elección entre jurisdicciones que se atribuyen la misma competencia, dando proridad al que intervino en primer lugar. Pero no se trata de una actuación aislada, como podría ser la resolución de una medida cautelar, para después declararse incompetente, sino de haber tomado pleno conocimiento del caso.

En consecuencia la prevencion actúa como un criterio de preferencia, por lo cual, no es un factor de asignación principal.

4.2 El problema de la competencia en medidas cautelares, toma cuerpo en que éstas se pueden adoptar por cualquier juez que, atento con las circunstancias de urgencia y manifiesto peligro en postergar decisiones preventivas, resuelve la medida precautoria para después declararse incompetente.

> Ya hemos señalado este viejo precedente que ha marcado la regla en estos casos. La Corte dice que corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado por el juez que, al sustanciar el amparo y decretar medidas cautelares, realizó una creación ex nihilo del título para sostener su competencia e irrumpir en la ajena desconociendo que el Poder Judicial, por su naturaleza, no puede ser jamás un poder invasor, peligroso, que comprometa la subsistencia de las leyes y la verdad de las garantías que tiene por misión hacer efectivas y amparar (Fallos: 12:134)[503].

El temperamento es dar autonomía procesal al proceso de medidas cautelares, respecto al que tramita el amparo, donde no se podrá aplicar como actuación preventiva aquella que se da en el marco de medidas precautorias.

> Si bien en el amparo tendiente a obtener la reanudación de la cobertura de medicamentos se hizo lugar a la medida cautelar, corresponde al juez del concurso -art. 21, ap. 1°, de la ley

[503] Fallos, 337:97.

24.522- dictar la sentencia ejecutiva respecto de la pretensión de la actora de percibir sumas de dinero embargadas[504].

Sin perjuicio de la declaración de incompetencia de la Corte suprema, y toda vez que media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer lugar a la medida cautelar y ordenar al Poder Ejecutivo Nacional que disponga la entrega del medicamento requerido por una enferma terminal carente de obra social[505].

5. Competencia originaria y exclusiva

5.1 Es posible, también, que la acción de amparo tramite en la instancia originaria de la Corte, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia mencionada (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional) porque, de otro modo, las controversias dejarían sin protección a los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Ley Fundamental y por la ley 16.986[506].

Pero no es solo una elección de fueros o turnos la que resuelve la admisión, pues en la tarea de encontrar al juez competente, la regla principal es la exposición de los hechos efectuada en la demanda, así como indagar la naturaleza de la pretensión.

De ello se desprende que la iniciación del amparo por elección del fuero y lugar, lo hace el demandante corriendo con el riesgo del equívoco. Recuérdese que en materia federal y ante la justicia nacional, no rige la libertad de competenecia que hace competenete a cualquier juez en materia de amparo.

Por eso, como vía de respuesta, se entiende que es el juez que previene el que debe buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sin que ello se vea como una intromisión indebida cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que tales derechos pueden estar lesionados.

504 Fallos, 328:1036.

505 Fallos, 327:5590.

506 Fallos, 340:1078.

Este es un estándar que la Corte nacional suele repetir, aunque no lo aplique con insistencia para atribuirse competencia originaria y exclusiva[507].

> La competencia originaria de la Corte en razón de las personas demandadas, es improcedente en la acción de amparo iniciada por una comunidad indígena contra el Estado por su omisión en realizar una adecuada gestión ambiental, ya que la acumulación subjetiva de pretensiones que voluntariamente formuló la actora, varias provincias y el Estado Nacional, resulta inadmisible, en cuanto ninguno de ellos es aforado en forma autónoma a esta instancia, pues el planteamiento se vincularía con el ejercicio del poder de policía ambiental que, en principio, está regido por el derecho público local y corresponde a la competencia de las autoridades locales[508].
>
> Si bien la acción de amparo de manera general es procedente en los litigios que caen dentro de la competencia originaria, al tratarse la cuestión planteada de un problema atinente a la determinación de las órbitas de competencia de un Estado provincial -se cuestionan los artículos 4, 5 y 6 de la ley local 4459 que impiden a los actores continuar con el proceso productivo de la yerba mate-, parece poco compatible el régimen invocado y los mecanismos procesales previstos en la ley 16.896, por lo que cabe imprimirle al proceso el trámite de acción declarativa que, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva y es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora[509].
>
> Si se promueve acción de amparo a fin de impedir la instalación de un sitio de disposición final de residuos (polo ambiental provincial) en un distrito local, no corresponde que la Corte intervenga por via originaria , ya que el hecho de que la demandante sostenga que la causa concierne a normas de naturaleza federal, no funda per se dicha competencia en razón de la materia, pues tal jurisdicción procede cuando la acción entablada se basa -directa y exclusivamente- en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea predominante en la causa, pero no cuando se incluyen también temas de índole local y de competencia de los poderes locales, como son los atinentes a la protección ambiental en la provincia afectada[510].

6. Reglas de competencia del Código Civil y Comercial

6.1 Cuando existe un conflicto de competencia, el procedimiento dirimente se resuelve por las reglas clásicas del código procesal, salvo que razones de urgencia

[507] Fallos, 339:515.

[508] Fallos, 335:387.

[509] Fallos: 332:2136.

[510] Fallos, 331:2784.

dispongan adoptar medidas de interés inmediato. La Corte, entre otras, señala las siguientes […]

> Si los jueces entre los que se trabó el conflicto de competencia se encuentran en situación legal análoga para resolver los conflictos que mantienen las partes respecto de su hija, la elección debe hacerse sopesando cuál de ellos está en mejores condiciones para alcanzar el amparo integral de los derechos fundamentales del niño, considerando que es necesario priorizar el resguardo del principio de inmediatez, en procura de una eficaz tutela de aquellos derechos, guardando coherencia con la directiva del artículo 706 del Código Civil y Comercial de la Nación[511].
>
> Si los jueces entre los que se trabó el conflicto de competencia se encuentran en análoga situación legal para resolver el régimen de cuidado personal del hijo extramatrimonial de las partes -dado que los datos antitéticos de las constancias tornan imposible establecer con una mínima precisión si el centro de vida del niño se asienta o no en el lugar donde vive con su padre-, la elección debe hacerse sopesando cuál de ellos está en mejores condiciones para alcanzar el amparo integral de los derechos fundamentales del niño priorizando el resguardo del principio de inmediatez, en procura de una eficaz tutela de aquellos derechos, criterio que guarda coherencia con la directiva del artículo 706 del Código Civil y Comercial de la Nación[512].
>
> Corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sin que ello se vea como una intromisión indebida cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que tales derechos pueden estar lesionados[513]. (Voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda).
>
> En el marco de recurso interpuesto contra la sentencia que dejó sin efecto la decisión que ordenó a la demandada la provisión de un subsidio que permita a la actora y su hijo -menor discapacitado-, en "situación de calle", abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, sólo le corresponde al Tribunal en función de su competencia apelada, establecer en el caso el enfoque con el que la demandada debió haber abordado el reclamo de la actora para hacer efectivo su derecho constitucional a una vivienda digna en función de su carencia absoluta de recursos económicos y la severa discapacidad del niño, lo que no incluye la determinación de la prestación que debe

[511] Fallos, 339:1571.

[512] Fallos, 339:1388.

[513] Fallos, 339:515.

> otorgársele ni su cuantificación en términos económicos, debiendo el gobierno local establecer la modalidad que adoptará para cumplir el compromiso a su cargo[514]

6.2 Con la incorporación al derecho interno de tratados internacionales que reclaman para la justicia familiar un fuero especializado, que también el Código Civil y Comercial acompaña criteriosamente, comienzan a surgir algunos conflictos de competencia.

Algunos de ellos provienen de los principios generales establecidos en el art. 706 del Código Civil y Comercial de la Nación, que llevan a poner en duda el lugar donde se pueden respaldar adecuadamente los intereses de la familia y los superiores del niño. Si una pauta central es la inmediatez, y otra la regla del "centro de vida", es evidente que se necesita urgir un pronto esclarecimiento.

Además, considerando que el derecho civil de familia se ha constitucionalizado, y que el marco de sus derechos a proteger está ampliado por tratados y convenciones que están en el marco del artículo 43, constitucional, la procedencia del amparo en múltiples situaciones es claramente posible.

El art. 716 del Código Civil y Comercial de la Nación dice […]

> *Procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes*. En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.

Esta es una regla que se aplica como referencia de eleción. Sigue la orientación de la ley 26.061 que toma al lugar dnde el niño tiene su hábitat principal que llama "centro de vida", para resolver el juez competente.

A este precepto se suman las "Reglas de Competencia" establecidas en los artículos 716 a 720 que son de notorio corte procesal, aunque no tengan las reglas del código adjetivo nacional.

Hay numerosos casos de conflictos de competencia derivados de la propia relación jurídica en controversia, pero alguno de ellos, confrontan la especialidad de la

[514] Fallos, 335:452.

materia civil familiar con la naturaleza constitucional que se lleva al amparo, dando lugar a reglas especiales o excepcionales de competencia.

> Es el juzgado de familia bonaerense el que se encuentra en mejores condiciones para conocer en las actuaciones sobre determinación de la capacidad jurídica del causante si en ese ámbito ha residido con su núcleo de origen desde hace más de veinte años, criterio que se adecua al contexto interpretativo del Código Civil y Comercial de la Nación, en el que adquiere singular preponderancia el principio de la tutela judicial efectiva[515].
>
> Corresponde que el juzgado de familia con asiento en la provincia del Chubut intervenga en la demanda de alimentos instaurada contra el abuelo paterno de los menores en tanto en esa jurisdicción las jóvenes se encuentran viviendo en forma estable, temperamento que resulta compatible con el artículo 716 del Código Civil y Comercial -que asigna el conocimiento de los procesos referidos a alimentos de niños, niñas y adolescentes, al juez del foro en el cual se ubica su centro de vida- y con las directivas del artículo 706 -en cuanto consagra el respeto de la tutela judicial efectiva y de la inmediación[516].
>
> Corresponde que a los fines de dirimir un conflicto de competencia originado en un proceso de restitución internacional de menores, considerar que las características que rodean la cuestión imponen como prioridad el resguardo del principio de inmediatez en procura de una eficaz tutela de los derechos fundamentales del menor de edad, enfoque que deviene coherente con la directiva del artículo 706 del Código Civil y Comercial de la Nación que, entre los principios generales que deben gobernar los procesos de familia, consagra expresamente el respeto por el mejor interés del niño, la tutela judicial efectiva y la inmediación[517].
>
> Corresponde a la justicia federal -y no a la provincial- intervenir en la acción promovida para que una empresa prestadora de servicios médicos restituya los importes adelantados por la familia de un afiliado y a solventar la totalidad de los gastos vinculados a su tratamiento ya que los asuntos tocantes a la extensión de cobertura provista por entidades médicas hacen directa referencia a las obligaciones y derechos vinculados al campo específico de la salud y conducen a la aplicación e inteligencia de normas y resoluciones concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que involucra, entre otras entidades, a prestadoras privadas de servicios médicos[518].

7. Competencia por razón del grado

[515] Fallos, 340:7.

[516] Fallos, 339:1751.

[517] Fallos, 339:1644.

[518] CS, “Pinno, Evangelina Magalí c/ ACA Salud s/ amparo”. Sentencia del 30 de agosto de 2016.

7.1 La acción de amparo de la ley 16.986, se desarrolla –por vía de principio– ante la jurisdicción de primera instancia. De manera excepcional se admite la recepción en instancias superiores, salvo las cuestiones originarias y excluyentes que obligan la actuación de un tribunal superior.

El fundamento llega del principio de la doble instancia, y de la necesidad de resguardar el derecho de revisión que tiene la sentencia constitucional dentro del mecanismo difuso de control que tiene nuestrio régimen federal.

> La decisión de considerar inadmisible la acción de amparo (art. 43 de la Constitución Nacional) implicó para la recurrente una *reformatio in pejus* si la admisibilidad de dicha vía quedó concluyentemente reconocida en la sentencia de primera instancia, la parte que la inició fue la única apelante y la demandada no formuló cuestión al respecto en su contestación de agravios[519].
>
> La presentación del Estado Nacional (Ministerio de Economía) -mediante la cual apela la sentencia de un juez federal de primera instancia que dispuso, como medida cautelar innovativa, que las instituciones bancarias hagan entrega inmediata y efectiva de los fondos a todas las personas que iniciaron acciones de amparo- no configura una acción o recurso que, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y en sus leyes reglamentarias, habilite la competencia ordinaria o extraordinaria del Tribunal[520].
>
> La Corte carece de competencia para resolver la petición efectuada por quienes se jubilaron al amparo de las leyes 18.464 y 24.018, a fin de equiparar sus haberes de retiro a los del juez de primera instancia de acuerdo a lo previsto en el art. 12, inc. d) de la ley 24.946, pues el decreto 109/76 sólo ha delegado a la Dirección de Administración Financiera del Poder Judicial de la Nación las facultades de liquidar y pagar las prestaciones jubilatorias acordadas a magistrados y funcionarios por aplicación de la ley 18.464 (arts 1, 3 y 5) manteniendo entre las atribuciones de la Administración Nacional de la Seguridad Social la de establecer la procedencia de los derechos jubilatorios peticionados[521].

7.2 El grado significa asignar competencia al juez que actúa en prinera instancia, según lo dispuesto en el artículo 4 de la ley de amparo; ello impide ingresar la demanda en instancias superiores, porque elude la vía legal y despoja al Estado o al particular demandado de la doble instancia.

[519] Fallos, 330:4606.

[520] Fallos, 325:3065.

[521] Fallos, 325:1303.

La rergla está bien pensada pero trajo algunas sorpresas inesperadas cuando los abogados "creativos" comenzaron a multiplicar sus pretensiones ante jueces de distintas jurisdicciones, usando la figura del *fórum shopping*, que es una herramienta típica del derecho internacional privado que se suele utilizar para establecer una jurisdicción competente en los conflictos entre empresas o particulares, que desarrollan relaciones comerciales en distintas jurisdicicones internacionales.

En materia de amparo la ley federal nunca aceptó la libertad de elección al foro más conveniente, y por eso estableció reglas precisas que ordenaron las preferencias de selección para atribuir el juez del caso. Inclusive, ello se constata al verificar que la improcedencia de todos los supuestos de domicilio de elección para demandar que tiene el código procesal.

Inclusive, la elasticidad que se le ha dado al impedimento que tiene el requerido para formular cuestiones o excepciones por incompetencia, son clara evidencia de oposición a este expandido uso forense.

> En el caso "Belmonte, Manuel y Asociación Ruralista de General Alvear c/ Estado Nacional – s/ Amparo" la Corte interviene poniendo freno a esta práctuca, que ya había advertido en otra sentencia de fecha 12 de junio de 2007 en el caso "Multicanal S.A. y otro c/ Conadeco s/ amparo". La intención de conseguir una jurisdicción amistosa, aunque fuera distante del lugar de los hechos (el caso Belmonte se relaciona con los cuestionamientos a la transacción entre Ahold International Holding NV y Cencosud S.A. (`a mayor cadena de supermercados chilenos de venta minorista) por la compra de ésta última de las cadenas de supermercados Disco y Vea] había permitido conseguir decisiones judiciales que la Corte revierte[…]. "en el curso del proceso el magistrado habría dictado pronunciamientos incompatibles y contradictorios, corresponde remitir copia al Consejo de la Magistratura a fin de que se determinen las posibles responsabilidades que pudieren corresponder"[522].

8. La declaración de incompetencia sin petición de parte

8.1 El problema se plantea entre dos disposiciones de la ley 16.986 que parecen enfrentados. Por un lado el artículo 16 que sostiene la improcedencia de articular cuestiones de competencia; y por otro, el artículo 4º que ya hemos referido.

[522] CS, "Belmonte, Manuel y Asociación Riralista de General Alvear c/ Estado Nacional y otro s/ amparo". Sentencia del 3 de julio de 2007.

La contradicción puede surgir de las facultades jurisdiccionales que se adopten. Por ejemplo, si el juez ante quien se plantea el amparo entiende que no puede intervenir (vgr.: por razón de la materia; del lugar; etc.), no pierde la posibilidad de resolver sobre su propia competencia, y en tal caso, sin que nadie se lo plantee, puede de oficio disponer la remisión al juzgado o tribunal que interprete con facultades suficientes para resolver el proceso constitucional que ante él se dedujo.

La prohibición para decidir su propia incompetencia sería si ella se planteara por vía de excepción, pues él mismo ha consentido en el auto que despacha el pedido de informes o al ordenar las primeras medidas procesales o sustanciales la competencia del juzgado que dirige.

8.2 La norma procesal impide la articulación de cuestiones de competencia, pues este tipo de excepciones demora –quizás abusivamente– la celeridad que se debe imprimir al trámite del amparo.

En cambio, si las denominadas "cuestiones de competencia" se interpretan con ductilidad y permiten atender el conflicto que origina el juez que se entiende incompetente, el artículo 4º transcripto debe sortear el conflicto jurisdiccional.

La lectura gramatical de las normas permite deducir que el espíritu y la letra de la ley coinciden en impedir que se generen articulaciones sobre competencia cuando ellas provengan de las partes; pero no existen dificultades para admitir que el magistrado controle *per se* la naturaleza del proceso que se le plantea y la posibilidad de que en él se declare incompetente.

> El art. 16 de la ley 16.986, que veda la articulación de cuestiones de competencia, tiende a impedir el planteamiento de defensas o excepciones previas que obstaculicen el rápido trámite de los juicios de amparo; pero no obsta a que el juez interviniente declare su incompetencia, con arreglo a las normas que el art. 4 de aquella ley le impone observar[523].

[523] Fallos, 270:346.

CAPÍTULO XXVII

La demanda de amparo

1. Demanda o requerimiento

1.1 Doctrina y jurisprudencia, inclusive la del más Alto Tribunal de la Nación, coinciden en llamar demanda de amparo al planteo que hace un sujeto particular o en representación, denunciando el carácter de afectado por un acto de los comprendidos en el alcance del proceso constitucional-

Las formas que se exigen no son rituales ni dan lugar al defecto legal en el modo de proponer la demanda, porque el objeto al que está condicionado es otro. La presentación persigue emplazar a la autoridad pùblica o a un particular, para que informe circunstanciadamente sobre los hechos que se exponen como arbitrarios e ilegales, que impactan en los derechos constitucionales del sujeto actor. No le estamos pidiendo al requerido, que conteste la demanda como lo haría en un juicio ordinario.

En consecuencia, el amparo es una acción que pone en marcha un proceso constitucional destinado a determinar las consecuencias que tiene el acto o hecho lesivo. La aplicación supletoria del código procesal civil y comercial de la nacion tampoco significa aplicar los requisitos de la demanda regulados en el art. 330.

1.2 El artículo 6º de la ley 16.986 establece […]

> La demanda deberá interponerse por escrito y contendrá:
>
> a) El nombre, apellido y domicilio real y constituido del accionante.
>
> b) La individualización, en lo posible, del autor del acto u omisión impugnado.
>
> c) La relación circunstanciada de los extremos que hayan producido o estén en vías de producción, la lesión del derecho o garantía constitucional.

d) La petición, en términos claros y precisos.

Tal como se constata, la ley parece receptar más una denuncia que una demanda. El accionante pone en conocimiento de la autoridad un evento probablemente inconstitucional, para que ella actúe de inmediato, y aloje la presentación, en el formato de la vía judicial más idónea.

La admisión no atiende cuestiones de forma, sino de fundamentos. Ellos los hemos analizado en los capítulos respectivos, pero son la base esencial para que progrese la petición incoada. El único requisito formal es la indicación precisa del sujeto actor, con sus domicilios indicados, y la adecuada fundamentación de cuanto afirma y sostiene como acto o hecho lesivo. La presentación debe hacerse por escrito.

> El Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán, que nace de la inspiración del profesor Sergio Díaz Ricci, establece en el artículo 55 que: "La demanda de amparo se interpone por cualquier medio de comunicación escrito, por telegrama o carta documento y debe contener: 1. El nombre, apellido, nacionalidad y domicilio real y constituido y, en su caso, del accionante o personería invocada suficientemente justificada; 2. La individualización, en lo posible, del autor del acto u omisión impugnados o de quien hubiere ordenado la restricción; 3. La relación circunstanciada, con la mayor claridad posible, de los hechos, actos u omisiones que han producido o que estén en vías de producir la lesión que motiva el amparo; 4. La petición formulada en términos claros y precisos".

1.3 La diferenncia entre demandar y requerir es importante. Si usamos ambos términos con indiferencia no habrá problema alguno porque se instala la cuestión en el principio de legalidad formal que, en materia de amparo, es inaplicable porque se prefiere el informalismo, con un mínimo de identidades requeridas.

En cambio, en la línea argumental que venimos planteando, demandar significa comenzar un litigio ante un tercero independiente e imparcial, y contra un sujeto determinado, al que se lo quiere someter al imperio de la norma fundamental para lograr así un resultado concreto. Sería, ni más ni menos, que iniciar un reclamo de naturaleza diferente a la controversia común.

En ésta última, la intervención judicial se pide para dirimir entre verdades y razones. En un proceso constitucional, la demanda persigue que se esclarezca la probable violación por la autoridad pública o de particulares, de derechos constitucionales o provenientes de tratados internacionales sobre derechos humanos.

No importa que sea individual o colectivo; tampoco que se busquen satisfacciones propias o generales, e inclusive que se quiera la inconstitucionalidad de las normas. Ello es la pretensión, pero lo que demanda el amparo no es abrir una instancia de lucha, sino dar al tribunal la posibilidad concreta de hacer control de constitucionalidad.

Si hubiera técnicamente una demanda que porta una pretensión, el demandado tendría el deber de contestar, con el riesgo que si no lo hace puede caer en rebeldía o bajo los efectos del reconocimiento implícito que tiene la omision de responder. Pero ello no sucede en el amparo.

En los hechos hay un requerimiento que contiene explicaciones circunstanciadas y suficientemente explícitas para cumplir con todos los presupuestos preliminares a la admsión que tiene la ley de amparo. Pero lo esencial es que se pone en marcha un proceso de defensa de la Constitución que tiene un afectado (persona o derechos) al que los jueces deben proteger.

1.4 Más allá de este planteo teórico, podría encontrar explicación la voz demanda, si la entendemos como el medio que encuentra el sujeto que tiene la necesidad de ocurrir a la vía jurisdiccional. De este modo, el acto tiene un objeto inmediato que persigue la iniciación del proceso; y otro objeto mediato, por el cual se manifiesta la voluntad que quiere obtener del pronunciamiento jurisdiccional definitivo.

Es razonable así cumplir con dos principios vertebrales de la teoría general: no procede el juicio promovido de oficio; y no hay proceso sin actor que lo produzca. En síntesis, mientras la demanda es una actividad tendiente a lograr la iniciación de un proceso; la petición le muestra al juez la crisis constitucional que expone y sobre la que pide su intervención.

2. Efectos de la interposición

2.1 La formalización de la demanda trae consecuencias distintas que se advierten para cada uno de los modelos de amparo que se interponen. Cuando la denuncia se constituye como demanda individual los efectos difieren respecto al amparo colectivo.

Y a la inversa, cuando es éste último el objeto del amparo, se deben cumplimentar los requisitos de las Acordadas reglamentarias.

Los dos suscitan el deber de resolver de inmediato por la admisión o la improcedencia. Y ambos obligan al juez a un enjundioso análisis de los fundamentos expuestos, que cuando no ocurre, suele ocasionar reversiones del superior jerárquico, que les ordena cumplir con esta etapa tan importante para el acceso a la justicia.

> Es procedente el amparo tendiente a obtener la provisión de un medicamento necesario para enfrentar una grave enfermedad, si se hallan reunidos los extremos requeridos por la ley 16.986 pues, tanto de los términos de la demanda como de la documentación acompañada se desprende que se encuentran acreditadas la gravedad del caso y la falta de protección en que se hallaba la amparista al tiempo de iniciar el trámite, lo que revela la inacción de las demandadas[524].
>
> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la acción de amparo promovida por la actora si omitió analizar las razones desarrolladas por el actor en la demanda -en que expuso los motivos que la hacían admisible- y prescindió de la indispensable fundamentación que justificase derivar a otro pleito la tutela de los derechos invocados[525].
>
> La decisión que declaró formalmente inadmisible la acción de amparo intentada contra la decisión que separó al actor del consejo directivo de una facultad, fundándose en la existencia de otras vías con sustento en el art. 2°, inc. a) de la ley 16.986 padece de un exceso ritual manifiesto y no constituye derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias de la causa, si omitió valorar las articulaciones expuestas por el recurrente en su escrito de demanda y porque, además al resolver la cuestión con fundamentos puramente genéricos, se prescindió de la indispensable fundamentación que justificase desatender los derechos invocados por el actor[526].

2.2 Asimismo corresponde recordar que la notoria injusticia, la trascendencia del caso, o la afectación de servicios esenciales, puede elastizar la rigidez de la admisión, y permitir que se ingrese al amparo.

> Hay cuestión federal suficiente si, existiendo óbices a la procedencia de la demanda de amparo derivados de lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional y 1° de la ley

[524] Fallos, 328:1708.

[525] Fallos, 320:1339.

[526] Fallos, 311:208.

> 16.986, la cámara impuso a las demandadas una obligación cuyo cumplimiento podría llegar a comprometer la regularidad en la prestación del servicio público a su cargo[527].
>
> No obstante existir óbices decisivos a la procedencia de la demanda de amparo, cuales son los contemplados por los incisos a) y d) del art. 2° de la ley 16.986, existe en el caso, cuestión federal bastante par el tratamiento de los agravios de las apelaciones, habida cuenta que la Cámara ha resuelto suspender los efectos de una resolución administrativa que atañe al concreto desarrollo de la política económica del Estado, circunstancia que revela prima facie un factor de retardo y de perturbación en la actividad industrial orientada por el gobierno, con menoscabo de los intereses de la comunidad entera[528].

Superada la admisión, el primer efecto de importancia es de contenido procesal. El juez tiene el deber de proveer las peticiones que se formulan en la pieza escrita. Esto supone, por vía de principio, dejar en manos del magistrado el impulso procesal del proceso, que solo puede terminar cuando es manifiesto el abandono del interés del sujeto actor[529].

Asimismo, queda delimitado el tema a decidir y encuadra el requerimiento que se tiene que solicitar al sujeto pasivo indicado en la demanda.

> La declaración de incompetencia de un juez provincial que sustanció una acción de amparo, dispuso y levantó una medida cautelar no sólo resulta inaceptable, por extemporánea, sino que además, dado que la cámara de apelación, en oportunidad de conocer en cierto recurso, resolvió en forma expresa que la causa debía continuar su trámite ante aquel, se apartó de lo resuelto en franco alzamiento contra la decisión del tribunal superior[530].
>
> Al requerir el juez federal, en el marco de una acción de amparo, el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986, tácitamente admitió su competencia, circunstancia que impide volver sobre el tema, y al elevarse la causa a la cámara con motivo de la medida cautelar que aquél había denegado, la alzada debió expedirse únicamente sobre ello y no pronunciarse sobre la competencia[531].

[527] Fallos, 319:2955.

[528] Fallos, 307:178.

[529] Cfr. Capítulo VIII Punto 3 Pérdida del interés, donde nos manifestamos en contra de aplicar el instituto de la caducidad de instancia.

[530] CS, “Asociación Civil Prot. Ambiental del Río Paraná Control de Contaminación y Restauración del Hábitat y otro c/ Atanor CA s/ amparo”. Sentencia del 28 de junio de 2016.

[531] CS, “Canto Uson, María del Pilar c/ PEN y otro s/ anparo”. Senencia del 26 de febrero de 2008.

2.3 En orden a los efectos sustanciales, la demanda lleva un fundamento que el juez tiene el deber de verificar, siendo los motivos razonados, diferentes a las condiciones formales de la demanda.

Planteado de esta manera, la relación entre demanda y requerimiento no es otra que la vinculación entre el derecho de pedir a las autoridades, y la exigencia de hacerlo con bases firmes y sólidas que se deben argumentar con suficiencia. Por eso, el juez pueda rechazar "in límine" una acción que considere infundada, o sea objetivamente improponible.

3. Requisitos de identidad

3.1 Quien deduce el amparo se debe presentar con nombre y apellido, pudiendo informar otras condiciones personales como adiciones que estime de interés o importancia para acreditar el derecho que peticiona. Este es un paso previo natural porque de su análisis surge el carácter de la actuación y la personalidad de derecho que representa o tiene.

Si se trata de una persona ideal o jurídica, debe instrumentar la legitimación con los documentos que corroboren el derecho a pedir, a cuyo efecto resulta suficiente acompañar el estatuto social y la copia del acta que designa representantes legales.

Son las disposiciones del Código Civil y Comercial las que rigen el tema de identificar a las personas físicas o jurídicas, pero la jurisprudencia ha elastizado algunas cuestiones […]

> Resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida pues, en tanto el bien colectivo tiene una esencia pluralista, ideales como el acceso a la salud, educación, trabajo, vivienda y beneficios sociales de determinados grupos, así como propender a la no discriminación, hacen al interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad democrática, al amparo de los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales incorporados en su art. 75, inc. 22[532].

[532] Fallos, 329:5266.

3.2 También se exige que el amparista denuncie domicilio real y constituya otro dentro del radio de jurisdicción del juzgado a fines de notificarle con mayor celeridad las providencias que fuesen menester.

Si no fuere indicado ningún domicilio, el vicio no es de grave entidad y se puede subsanar de inmediato (art. 34 inciso 5º ap. b], Código Procesal), o hacerlo con posterioridad. Interesa agregar que si el domicilio real no se denuncia, pero surge de documentación fehaciente (v.gr.: escritura pública, acta judicial, etc.) incorporada al expediente, la omisión no es tal, porque se admite la información indirecta.

De todas maneras, es un acto necesario para fijar competencia, tal como lo entiende la Corte al decir que […]

> Corresponde a la justicia federal de la Ciudad de Buenos Aires, y no a la de Tucumán, conocer de la demanda de amparo promovida a raíz de la intervención de una sociedad anónima, dispuesta por ley nacional, si la empresa tiene su domicilio legal en dicha ciudad, donde el interventor asumió las funciones y realizó los actos inherentes a la toma de posesión del cargo[533].

Diferente es la situación si lo que falta es la constitución de domicilio legal, aun cuando sea posible aplicar la subsanación del omiso mediante requerimiento formal, o hacerlo en la primera audiencia o presentación que se disponga.

4. Requisitos en el amparo colectivo

4.1 La sentencia dictada por la Corte Nacional en la causa "Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A."[534], fue determinante para comenzar a tener un reglamento para las acciones colectivas. Ello dio lugar a la Acordada nº 32/2014.

> El tribunal señaló, […] teniendo en cuenta que se ha advertido un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de distintos tribunales del país, lo que genera, además de un dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro y también favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución -cautelar o definitiva- favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente,

533 Fallos, 276:89.

534 Fallos, 337:1024.

> se estima necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas -a través de una acordada- en tanto los aludidos inconvenientes podrían conllevar a situaciones de gravedad institucional.

La decisión pretende evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de sentencias contradictorias en causas conexas o superpuestas; y a lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia. Asimismo, el registro brindará información a los tribunales y a los legitimados colectivos o individuales acerca de la existencia de procesos de esa naturaleza y favorecerá el acceso a justicia al permitir a los habitantes conocer la existencia de procesos y sentencias de las que puedan ser beneficiarios (Considerando 7).

Este tipo de sentencias, más allá de resolver el caso en intríngulis, pone manos en una notoria omisión legislativa que hace largo tiempo espera la sanción de una norma esclarecedora para el trámite de acciones de clase y procesos colectivos, cuya exhortación se realizó en la mencionada causa *Halabi.*

En la causa "Municipalidad de Berazategui", se había advertido que […]

> Frente a una pluralidad de cautelares contradictorias (Fallos, 326:75) debe considerarse la importancia de la preferencia temporal y de su gravitación en los procesos vinculados a bienes colectivos (Fallos, 315:1492, considerando 25) con el fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos (Fallos, 332:1111, considerando 20 *in fine*) y que, por esta vía, un grupo de personas incluidas en el colectivo obtengan el beneficio de ciertas pretensiones y otras resulten excluidas contrariando uno de los fundamentos que, precisamente, le da razón de ser a la acción colectiva.

4.2 La necesidad de crear el registro de mentas surge ante la constatación de numerosas causas de objeto idéntico o similar, que se entablaron en distintas jurisdicciones, obteniendo, algunas de ellas, medidas cautelares que vieron confrontada su vigencia y aplicación, generando un auténtico conflicto entre competencias.

Al mismo tiempo, la promoción de una pretensión singular pero con posibles efectos expansivos por la naturaleza del objeto reclamado (derechos individuales homogéneos), no impide que se tilde esta demanda, porque como bien lo advierte el Anteproyecto de Procesos Colectivos, elaborado por la Academia Nacional de Derecho, bajo la tutela de Enrique Manuel Falcón […]

> La promoción de un proceso colectivo no impide la iniciación de procesos individuales fundados en la misma causa. Sin embargo, con posterioridad a la traba de la litis y antes de la apertura a prueba, el juez verificará de oficio o ante la alegación de cualquiera de las partes, la existencia de un proceso colectivo pendiente que se encuentre inscripto en el Registro previsto en esta normativa. En caso afirmativo, correrá traslado a la actora, por diez días, para que exprese su voluntad de continuar la acción individual, excluyéndose en tal caso de las resultas del proceso colectivo. Si nada expresara o manifestara su voluntad de incluirse, la acción individual quedará suspendida hasta la culminación del proceso colectivo, rigiéndose en este caso los efectos de la sentencia definitiva[535].

Ahora bien, el registro no supone regular el procedimiento, como sí establecer un requisito de procedencia, con el fin de estar atentos a lo que sucede en el universo de acciones compartidas por el objeto y la finalidad. De allí que nos parece necesario considerar un modelo de publicidad más real que formal. Es decir, considerar que se publiquen edictos en el Boletín Oficial cumple el principio de legalidad formal, pero dista de llegar al conocimiento generalizado que se pretende.

Una vez más, el anteproyecto citado propone […]

> En todos los casos se publicarán edictos en el Boletín Oficial local y en un diario de mayor circulación del lugar o en el Boletín Oficial nacional y uno de alcance nacional si la competencia fuere federal. Asimismo se podrá hacer conocer el proceso a través de radiodifusión y televisión que corresponda. Se registrará la existencia del pleito en el Registro de Procesos Colectivos, el que tendrá una página en Internet para mantener informados a los interesados sobre el avance del proceso.
>
> Nuevas notificaciones. El tribunal podrá, conforme lo considere pertinente, ordenar nuevas notificaciones a un sector o a todo el grupo de actuaciones ulteriores en el proceso y siempre en los casos de modificación del proceso colectivo[536].

4.3 La Acordada 32/2014 apunta en el apartado 5º) de su presentación que […]

> El adecuado funcionamiento del sistema que se implementa requiere de parte de los magistrados intervinientes llevar a cabo en el proceso -en todas sus etapas- una actividad de índole informativa, sin cuyo apropiado cumplimiento el procedimiento previsto quedará inexorablemente frustrado, razón por la cual el reglamento que se aprueba incluye disposiciones de naturaleza procesal que, por ende, se integran materialmente -en lo pertinente- al Reglamento para la Justicia Nacional.

535 *Proyecto de procesos colectivos*. Dirigido por Enrique M. Falcón, cit., p. XVII.

536 *Proyecto de procesos colectivos*. Dirigido por Enrique M. Falcón, cit., p. XVIII.

La nota no es baladí, porque impacta en los deberes del oficio obligando al juez a notificar más allá de las partes, generando un espacio de comunicación no tradicional que, además, es propio en todo proceso colectivo.

En el Registro se inscriben ordenadamente todos los procesos colectivos, tanto los que tienen por objeto bienes colectivos como los que promueven la tutela de intereses individuales homogéneos con arreglo a las concordes definiciones dadas por la Corte en los precedentes "Halabi"[537] y "PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales"[538].

El derecho colectivo que se invoca en el requerimiento obliga al que pide a identificar al conjunto o colectivo afectado; a verificar la idoneidad de la representación y a probar que existen cuestiones comunes y homogéneas que permiten proyectar la sentencia hacia todos quienes se encuentren alcanzados.

De cuanto se resume surge que el deber de anotación e información radica para cualquier tipo de proceso[539] que tenga por objeto bienes colectivos (derechos de incidencia colectiva y difusa) como los que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos.

4.4 Señala la Acordada que la obligación de proporcionar la información de que se trata corresponde al tribunal de radicación de la causa, que procederá a efectuar la comunicación pertinente tras haber dictado la resolución que considera formalmente admisible la acción colectiva; identifica en forma precisa el colectivo involucrado en el caso; reconoce la idoneidad del representante y establece el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio.

De este modo, el requisito impuesto como procedimiento para el sujeto actor, se vuelbe un deber de información jurisdiccional, por el cual se le indica al juez el modelo que tiene el el auto admisorio:

537 Fallos, 332:111.

538 Fallos, 336:1236.

539 La inscripción comprende a todas las causas de la especie indicada, radicadas ante el Poder Judicial de la Nación, cualquiera que fuese la vía procesal por la cual tramiten -juicio ordinario, amparo, habeas corpus, habeas data, u otros- y el fuero ante el que estuvieran radicadas.

a) Identificar el colectivo afectado;

b) considerar la representación adecuada, y

c) establecer el procedimiento de notificación general que se ocupe de todos los posibles o eventuales interesados.

4.5 La primera providencia en los procesos colectivos no es igual en las acciones de clase, de allí que no sea conveniente utilizar un lenguaje común. Más allá de las distancias que existen entre ambos, cuestión de la que nos ocupamos, es importante observar las condiciones y presupuestos que han de estar presentes para formalizar el proceso.

Lo primero será ajustar si corresponde asignar el trámite diferenciado que se piensa, porque de otro modo, lo único que cambia es el deber de información, continuando con las dificultades de legitimación y cosa juzgada, por citar solo las cuestiones nebulosas de la entrada y salida en este tipo de conflictos.

Lo que se quiere expresar es que el registro debe ser utilizado, además de aplicar un mecanismo de información y seguimiento de causas colectivas, como un sistema procesal de influencia recíproca en cuestiones como determinación de la competencia, prevalencia de cautelares, práctica probatoria, etc.[540].

Para ello, entendemos que "*identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso"* significa que los derechos reclamados son más importantes que las personas afectadas, donde los perjuicios en masa tienen un núcleo común que reúne al colectivo a identificar. Vale decir, la demanda deberá señalar el acto lesivo y la forma como impacta en los derechos o libertades de las personas. Luego, si la acción proviene de un

[540] En la causa *Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A.* citada, la Corte reitera la importancia de la preferencia temporal y de su gravitación en los procesos vinculados a bienes colectivos (Fallos, 315:1492, considerando 25). En este sentido, cabe también recordar el criterio seguido para resolver casos en los que se presentaba una pluralidad de cautelares contradictorias (Fallos, 326:75 con cita de Fallos, 322:2023) y que, con relación a los procesos colectivos, concretó más específicamente al establecer un criterio hermenéutico mínimo en cuanto a la necesidad de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos (Fallos, 332:111, considerando 20 *in fine*) con el fin de evitar que, por dicha vía, un grupo de personas incluidas en el colectivo obtengan el beneficio de ciertas pretensiones y otras resulten excluidas contrariando uno de los fundamentos que, precisamente, le da razón de ser a la acción colectiva.

reclamo individual habrá que ponderar si hay derechos individuales homogéneos que permita constituir al proceso colectivo como la vía judicial más efectiva y pertinente[541].

De todos modos, hay una emergencia de comprensión que la Acordada no podrá superar. La dificultad más notoria llega de la guía jurisprudencial que la Corte quiere utilizar, en un marco constitucional donde sus fallos son meramente orientadores, desde que no son obligatorios ni generan vinculación. Esto provoca que los jueces tengan libertad de elección y discrecionalidad absoluta para resolver con las pautas que pondera la regla de la vía judicial más idónea, cuando se trata de amparos, o de aplicar el artículo 319 del código procesal, si la causa se endereza como proceso colectivo.

Además, no es solo la elección del tipo de procedimiento, sino analizar la pluralidad de contingencias que tiene un mismo supuesto que afecta, simultáneamente, a un grupo o sector. Por ejemplo, el daño inmediato que sufre un individuo intoxicado por un producto en mal estado, se puede propagar a un colectivo identificado que resulta así perjudicado por la lesión encadenada. La lesión (perjuicio individual) es propia pero la afectación del derecho es común. En tal caso, el proceso es de daños y perjuicios y no debiera quedar registrado; sin embargo, por los efectos globales, sí debiera serlo.

Inclusive, en esta diatriba está también resolver si los procesos colectivos protegen o no a los derechos difusos, teniendo en cuenta los efectos que produce una sentencia *erga omnes*[542].

541 El anteproyecto de la Academia Nacional de Derecho sigue esta línea y propone que […] "Sin perjuicio de la determinación que efectúe el tribunal conforme con el apartado anterior, y la fijación proceso en el incidente preliminar, el mismo podrá ser modificado si las circunstancias del caso lo hicieren necesario. El juez permitirá la alteración del objeto de proceso en cualquier tiempo y cualquiera sea la instancia en que se encuentre, siempre que sea realizada de buena fe, sea oída la parte contraria y no represente perjuicio injustificado para la misma".

542 Explica Aída Kemelmajer de Carlucci que la defensa de intereses difusos contrae posiciones distintas; para unos es una acción para que la jurisdicción *declare* las *cuestiones comunes* a todas las pretensiones que tienen origen en la misma conducta empresarial, y allí termina. Dentro de esta posición el objeto de la demanda y de la sentencia no es la condena a la empresa responsable del hecho ilícito a resarcir el daño ni a favor de la asociación ni de de los dañados singularmente, sino verificar el derecho al resarcimiento del daño y a la restitución de las sumas que pertenecen a cada consumidor y usuario, pero sin posibilidad, ni siquiera, de pedir la liquidación. Se argumenta que la adhesión autorizada por la norma no es un dato decisivo para concluir que el objeto del proceso son los derechos individualmente considerados; simplemente, se lo autoriza a prevalerse de la tutela prestada al interés colectivo.

Para otros la acción sirve para reclamar de modo efectivo la protección de tales intereses subjetivos homogéneos; el objeto de la sentencia son los créditos resarcitorios y restitutorios de los individuos, aunque el *quatum* puede pasar a una segunda etapa. Esta lectura lleva a pensar que la sentencia debe ocuparse de toda la acción individual, salvo la liquidación del daño, que se deriva a la etapa posterior. Poniendo límites a esta posición se afirma que sólo hay que tratar las cuestiones que todas las pretensiones individuales comparten, pero hay que llevar a la liquidación no sólo la cuantificación, sino la

5. Los hechos en la demanda

5.1 La explicación clara y precisa de los hechos deviene imprescindible a efectos de reconocer el objeto material que permite la procedencia del amparo. Se trate de amenaza, lesión directa o indirecta, alteración, restricción o desconocimiento del derecho fundamental de que se trate, debe ser resaltada y puntualizarse con más detalle que en una demanda ordinaria.

Los hechos, la *questio facti*, enmarcan la admisibilidad formal, pero no obran aisladamente del contexto en que se producen. Con ello queremos decir que las alegaciones de las partes no son las únicas que se deben considerar cuando se resuelve la cuestión constitucional, también las circunstancias y el tiempo en que suceden, interactúan, dando un marco referencial ineludible para el juez.

> Si de los términos de la demanda surge que la actora pretende mediante una amparo colectivo que se adopten las medidas necesarias para hacer frente a la emergencia hídrica en la que se encontraría su ciudad como consecuencia de la falta de un adecuado servicio de distribución de agua potable en cuanto a su cantidad y calidad, los hechos denunciados exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional[543].
>
> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar solicitada en el marco de un amparo sindical tendiente a que se declare la nulidad de un traslado si solo se sustentó en que el actor contaba con protección especial en virtud de su cargo sindical y que resultaba necesario requerir la previa exclusión judicial de dicha protección, si al abordar así la cuestión, la alzada solo se atuvo a hechos denunciados en la demanda omitiendo considerar las serias alegaciones introducidas por la AFIP en su apelación respecto de otras situaciones cuya ponderación resultaba conducente para resolver el punto[544].

determinación del nexo de causalidad. Se ejemplifica con un proceso colectivo por daños causados por el tabaco; puede suceder que unos consumidores reclamantes estén informados, otros no; algunos tienen factores genéticos, etc. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La acción colectiva resarcitoria en el código italiano de protección de los consumidores. Paralelismo con la normativa argentina*. Academia Nacional de Derecho, Anales 2013.

543 Fallos, 342:126.

544 Fallos, 342:73.

> La arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los **hechos**, ni de un amplio debate y prueba[545].

6. El derecho y su fundamentación

6.1 La cuestión de derecho contrae, asimismo, una exigencia ritual diferente a la que tiene la demanda ordinaria. Lo cual es obvio, si atendemos que el amparo sólo resguarda los derechos tutelados por la Constitución Nacional, los tratados o leyes sobre derechos humanos.

Por tanto, los denominados derechos fundamentales deben explicitarse, mencionando la norma que los dispone, la forma como se produce la agresión y los efectos que sobre la persona demandante genera.

Debe aclararse que la imprecisión no provoca el rechazo por falta de motivación suficiente, teniendo en cuenta el principio de saneamiento que pondera la actuación del Juez constitucional. Además, la pretensión de amparo se sostiene en una causa que, de alguna manera, obliga a tramitar en base a la apariencia fundada del derecho alegado.

> En España, país que tiene un altísimo porcentual de amparos rechazados por cuestiones formales, se sostiene que, a los efectos de la determinación del objeto procesal del recurso de amparo, la fundamentación jurídica no es un requisito esencial de la pretensión. También en el proceso de amparo rige la doctrina de la sustanciación de la pretensión, de manera que la existencia o no de una pretensión de amparo no depende tanto de la invocación del derecho constitucional presuntamente vulnerado, cuanto de si existió o no en realidad dicha vulneración[546].

En el proceso de amparo la denuncia de incumplimientos o amenazas sobre derechos y garantías fundamentales es el objeto a esclarecer. Va de suyo que cualquiera sea la amplitud del conocimiento jurisdiccional, la focalización de la cuestión constitucional no puede sufrir cortapisas. El meollo es siempre el mismo, y no pueden existir a su respecto, limitaciones en las cuestiones de derecho y prueba.

Obsérvese que el acto lesivo que caracteriza el art. 43 expande la atención al juzgamiento de hechos, actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares, de

545 Fallos, 325:2583.

546 Guasp, Jaime, *La pretensión procesal.* Civitas, Madrid, 1985, ps. 84 - 85.

forma tal que la prueba que acredite estos extremos no pueden constreñirse a la calidad o tipo de procedimiento. De otro modo, la densidad probatoria afectaría la exigencia constitucional que pide un proceso rápido y expedito.

> Bien expresa Quiroga Lavié que […] "las circunstancias siempre gobiernan la vida del derecho. Que el derecho no pretenda negar las circunstancias, con el resultado de instalar el desamparo de los derechos". En un país como el nuestro, donde son auténticamente restrictivas las posibilidades de concretar un efectivo control de constitucionalidad de las leyes, el amparo viene a cubrir un espacio vital en la tutela efectiva de garantías y derechos fundamentales; si esa potestad de fiscalización se coarta *ab initio* se verá frustrado el derecho al debido proceso que pregona el art. 18 y se consagra manifiesto en los tratados y leyes incorporados al derecho interno (art. 75 inc. 22, CN)[547].

[547] Quiroga Lavié, *El amparo colectivo*, cit., p.87.

CAPÍTULO XXVIII

Intervención de terceros

1. Los terceros en el amparo de amparo

1.1 La admisión de terceros en el proceso de amparo no se encuentra especialmente reglado en la ley de amparo, y resulta súmamente discutible que se pueda aplicar supletoriamente el procedimiento del código procesal por la remisión que efectúa el artículo 17 de la ley 16.986.

El amparo, como venimos sosteniendo con énfasis, no es un proceso de partes que debaten con estricta bilateralidad, y contrapuntos propios de la contradicción permanente. Al ser un proceso constitucional, hay sujetos que asumen posiciones que muestran sus derechos para que el juez resuelva haciendo interpretación constitucional- De allí que el concepto de intervención de terceros, que es propio de la controversia que obliga al interesado que no es parte a sumarse con esta calidad al proceso judicial, no es una institución que se acomode al litigio en estudio.

Por eso cualquier pedido de intervención siempre será de interpretación restrictiva, aunque algunos lo sostienen sobre la base de no entorpecer la marcha de este rápido y comprimido proceso[548].

> Teniendo en cuenta la naturaleza procesal de la acción de amparo -en cuya ley reguladora no está expresamente prevista la intervención de terceros-, a fin de no entorpecer la marcha de este rápido y comprimido proceso (art. 16 de la ley 16.986) y al no darse un supuesto de intervención necesaria para la integración de la litis, resulta improcedente la pretensión formulada con apoyo en el art. 90, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuya interpretación es restrictiva[549].

[548] Fallos, 324:2127; 322:3122.

[549] Fallos, 330:3579.

1.2 La jurisprudencia confirma el carácter restrictivo que impide la promoción de incidentes de cualquier naturaleza que demoren la rapidez que el proceso exige, pero no cuestiona la participación de terceros cuando está suficientemente justificada, y se ha fundamentado claramente la necesidad de su intervención.

También se acepta cuando aparece un interés jurídico relevante o se torna evidente la necesidad de integrar al tercero que puede quedar alcanzado por la sentencia.

> La Corte Suprema de Justicia de la Nación menciona que la citación de terceros debe encontrarse justificada en una razón suficiente y sólida[550]; que quien solicita la actuación de otro que no es parte pesa la carga de demostrar que se trata de algunos de los supuestos que autorizan a disponerla[551]. Igualmente se pronunció por autorizar la citación de un tercero con un interés jurídico autorizado (una eventual acción regresiva), aclarando que ello no obliga a la parte a litigar contra los terceros "sino solamente a darles una intervención imprescindible" [552].

1.3 El debate constitucional no es igual a la lucha entre partes. En el amparo no es necesario tener a sujetos alegando y probando constantemente, cuando el piso de marcha sobre el que transitan es manifiestamente arbitrario e ilegítimo. Precisamente por ello la prueba es circunstancial, y la actividad jurisdiccional enaltece la funcion constitucional del juez.

Insistir con identificar a las partes es un presupuesto del proceso de conocimiento, por eso afirmamos que el amparo no es un proceso sumarísimo. Sí, en cambio, es un juicio constitucional que puede tener en la cosa juzgada un alcance hacia terceros que, en lugar de traerlos como sujetos, debieran quedar integrados a la litis mediante el emplazamiento judicial que el juez realice.

Sería un caso de integración de la litis o de citación forzosa, pero no de intervención voluntaria donde el que quiera participar en el proceso, tendría que acreditar el interés jurídico relevante que tiene.

[550] Fallos, 316:775.

[551] Fallos, 318:2551.

[552] Fallos, 313:1053.

Corresponde admitir la intervención de terceros en el proceso de amparo cuando resulta necesaria para la integración de la litis, por la presencia de una comunidad de controversia con las partes originarias, estando a cargo de quien la solicita la demostración de tales extremos[553].

Corresponde admitir la intervención de la Provincia de La Pampa en el amparo tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad del decreto denecesidad y urgencia n° 285/99 -en tanto concede a la Zona Franca La Pampa diversos privilegios económicos-, si se demostró que las medidas aprobadas por la norma guardan una íntima conexión con los intereses económicos, políticos y sociales del estado local, el cual resultaría perjudicado o beneficiado por el hecho de admitirse o rechazarse la pretensión[554].

Toda vez que el concesionario del servicio público ferroviario de pasajeros acreditó la existencia de un interés que le es propio y conexo con el derecho debatido entre las partes, que eventualmente podría ser afectado por el pronunciamiento a dictarse -porque el paso del "tren del metanol" tendría lugar por las vías cuya concesión le ha sido otorgada, tránsito que dice no consentir por la peligrosidad de la sustancia transportada-, corresponde admitir suintervención en los términos del art. 90, inc. 1°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la que resulta procedente aun en la acción de amparocuando es necesaria por la presencia de una comunidad de controversia con las partes originarias[555].

2. Integración de la litis

2.1 El amparo individual tiene intereses propios, de naturaleza constitucional o convencional, que a causa del acto o hecho lesivo, tiene posibilidad de llevar al afectado al campo del proceso de protección.

Como se trata de derechos propios, o de garantías alteradas de modo singular, el sujeto de la demanda será el portavoz de la denuncia; lo que no significa que deba ser el único pretendiente al que le lleguen los efectos de la cosa juzgada.

Inclusive, el modelo de actuar por sí y para sí, lo acepta la Corte a sabiendas que la sentencia podría aparejar consecuencias hacia otros, a quienes les deja abierta la puerta del proceso, si con el alcance de la cosa juzgada sufriera algún tipo de discriminación.

En efecto, se ha dicho que […]

553 Fallos, 325:3023.

554 Fallos, 322:3122.

555 Fallos, 329:942.

> Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo deducida y ordenó al Estado Nacional -Ministerio de Desarrollo Social- a brindar la información íntegra requerida por la actora referida a determinados datos de las transferencias en gastos corrientes realizadas por la demandada al sector privado en los conceptos de "Ayuda social a las personas" y "Transferencias a Otras Instituciones Culturales y Sociales sin Fines de Lucro" otorgadas durante los años 2006 y 2007, ya que debe prevalecer el principio de máxima divulgación de la información pública, sin perjuicio de que si ulteriormente con base en esta información no sensible, se verificase por parte de un tercero un comportamiento discriminatorio respecto de un beneficiario de un plan social, se le deberá garantizar a éste el recurso a las vías legales adecuadas para -en su caso- impedirlo, hacerlo cesar y obligar a brindar la correspondiente reparación.[556]

2.2 Los casos de intervención de terceros que tiene el código procesal se pueden utilizar como guía, aunque no se apliquen las reglas de procedencia procesal (v.gr.: supuestos de la accion de regreso; autonomía e independencia en la actuación; alcance de la cosa juzgada). Si otro interpreta que ese juicio constitucional puede involucrarlo tiene posibilidades de actuar en los niveles tradicionales de la intervención.

Ello así resulta porqué cuando se solicita actuar como terceros en el amparo, existe primero el deber de probar que se tiene una situación similar al que acredita el afectado, de manera que se pueda formar con éste una comunidad de controversia. En cambio, en un proceso común, el tercero quiere ser parte de la controversia, y en esto se cualifica como litisconsorte de una u otra parte. Inclusive, aun tratándose de un pedido de intervención voluntaria, el interesado tiene que demostrar la afectación propia, antes que poseer legitimación para obrar.

No dándose esa afectación común, la identidad declarada para el sujeto actor, no admite sumar a nadie más. Por ejemplo, la Corte señala que […]

> Ante la acción de amparo iniciada por quien padece VIH a fin de que se le asigne un subsidio extraordinario y reparatorio corresponde declarar que la causa no corresponde a la competencia originaria de la Corte ya que se demanda a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no es una provincia, y ésta cita como tercero al pleito al Estado Nacional, que sólo es aforado al fuero federal, pero, con la finalidad de evitar la profusión de trámites e impedir que se susciten cuestiones de competencia que, de plantearse, podrían comprometer la protección de los derechos fundamentales en juego, corresponde determinar la

[556] Fallos, 337:256.

> competencia del fuero nacional en lo contencioso administrativo federal y remitir al mismo el expediente[557].

2.3 En Argentina no se ha previsto la eventual concurrencia al amparo individual de varios sujetos en litisconsorcio; cuando sucede es excepcional, procurándose acumular los procesos con el fin de evitar la posibilidad de sentencias contradictorias.

> Debe rechazarse el planteo de quien invoca la calidad de parte principal, pues confunde el presupuesto propio del litisconsorcio necesario -que supone una relación jurídica que es común e indivisible con respecto a una pluralidad de sujetos- con los efectos derivados de la acumulación de los procesos dispuesta en la causa, pues si los expedientes tramitarán por separado y se dictará una sola sentencia, la participación como coactora en una de las acciones de amparo no implica que la presentante deba asumir la condición de parte demandada en la otra causa, máxime cuando la actora no amplió la acción a su respecto, y no cabe obligarla a litigar contra quien no desea[558].

La particularidad es importante en razón de que la comunión de pretensiones puede variar el tipo procesal de cada uno. Por ejemplo, cuando se pide la inconstitucionaliad de una norma en un amparo individual para que el juez lo resuelva en el caso; o se deduce como acción declarativa, o inclusive, habiendo varios procesos de igual objeto, se puede revertir en un amparo colectivo.

> Habiéndose seguido la vía del amparo en todos los expedientes que se ordenan acumular, cabe sustanciar la acción declarativa iniciada ante la Corte Suprema por el mismo trámite, a fin de no producir una demora perjudicial e injustificada en el trámite de los que se encuentran más avanzados (arg. art. 188 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, incs. 3° y 4°)[559].

Recordemos que la causa CEPIS[560] eran múltiples acciones de amparo deducidas por usuarios del servicio público residencial, que sumaron pretensiones similares encabezadas por funcionarios públicos, entidades intermedias y el propio Defensor del Pueblo, que el tribunal resolvió acumularlos bajo el régimen del proceso colectivo, como una forma de garantizar el acceso a la justicia de todos aquellos que no pudieron demandar individualmente.

557 CS, “M., M. Y. c/ GCBA s/ amparo”. Sentencia del 19 de febrero de 2015.

558 Fallos, 329:942.

559 Fallos, 326:75.

560 Fallos, 339:1077.

> El criterio de preferencia temporal que consagró el Tribunal en la causa "Municipalidad de Berazategui"[561] y en la acordada 32/2014 imponía a aquellos magistrados ante quienes se dedujeron demandas colectivas con pretensiones similares o idénticas que, una vez recibida la información por parte del Registro, remitiesen sus causas al magistrado que hubiese prevenido y de ese modo se hubiese evitado el escándalo jurídico que surge de la proliferación de procesos que se superponen en sus pretensiones con la posibilidad del dictado de sentencias contradictorias.
>
> La adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción, ya que solo a partir de un certero conocimiento del colectivo involucrado (y de sus eventuales subcategorías) el juez podrá evaluar si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva[562].

2.4 Esto nos lleva a disuadir la actuación de terceros en ambos modelos de amparo (individual y colectivo). En el primero, por la inexistencia de un proceso, estricamente hablando, de partes múltiples que persiguen reparaciones individuales en forma aislada y autónoma. Inclusive, las acciones que activa el Defensor del Pueblo en nombre de la sociedad, se forman y debaten en los límites del art. 86 de la Constitución Nacional, que significa, admitir que tiene legitimación pero sin aplicar efectos expansivos a la sentencia condenatoria (vale decir, cuando impone obligaciones de dar, hacer o no hacer; a diferencia de las sentencias declarativas que obtienen alcance general).

En el amparo colectivo no hay terceros sino sujetos en calidad de miembros del grupo afectado que se consolida en los derechos de incidencia colectiva; o como partes de la socicdad global que custodia y protege los derechos de todos, sin que ninguno tenga una pertenencia exclusiva (v.gr: derecho al medio ambiente sano; patrimoio cultural y artístico, etc.).

Por eso, teniendo en cuenta la posibilidad de reclamar a través de demandas individuales pero con finalidades colectivas, de lo que se trata, en realidad y que

561 Fallos, 337:1024.

562 Fallos, 339:1077.

constituye el objetivo principal, es regular adecuadamente el mecanismo de intervención de los grupos (personas o asociaciones) donde el problema de la legitimación en la causa es apenas la punta saliente del iceberg.

3. La eficacia de la cosa juzgada en los terceros

3.1 El proceso civil se desenvuelve sobre la idea de litigar con todos aquellos a quienes la sentencia puede alcanzar, de manera que la noción misma de litisconsorcio necesario está presidida por la necesidad de contar con la totalidad de quienes poseen vocación de parte en la misma. Esto conduce a que, en tales supuestos, debe existir una única sentencia que se pronuncia sobre el objeto del pleito de manera válida para todas las partes intervinientes.

Se advierte así que la integración de partes constituye un presupuesto necesario para la validez de la sentencia. De todos modos, la falta de integración de la litis, cuando ha sido procedente, no faculta al juez para abstenerse de decidir sino para emitir un pronunciamiento de mérito en virtud de carecer la pretensión de un requisito intrínseco de admisibilidad como lo es la legitimación.

Ahora bien, en los procesos constitucionales una de las características principales es la indefinición de personas afectadas. Se puede individualizar cuando el amparo se presenta por el afectado – persona, pero es de alcance colectivo cuando hay una acción de clase, y es totalmente incierto cuando el afectado es el derecho.

3.2 Por eso, en algunas legislaciones, para evitar el desconcierto que puede tener el alcance de la cosa juzgada, se arbitra una herramienta que consiste en convocar a todos aquellos que puedan tener intereses comparados, para que intervengan en calidad de asociados o representados en el juicio de amparo.

En España, el derecho de usuarios y consumidores tiene una particularidad diferente, porque la intervención convocada solamente queda circunscripta a que los intereses sea idénticos a los que representa la asociación de consumidores; de manera que solamente podrán actuar en el proceso, los afectados que directamente tengan

igualado el daño que se denuncia como masivo, y que en esencia, constituye la suma de intereses individuales homogéneos o coincidentes[563].

La segunda forma de comparecimiento no difiere en el modo de comunicación sino en la oportunidad para hacerlo. Aquí el plazo se amplía *hasta la apertura a prueba del proceso,* facultando al interesado a constituirse en parte mediante la presentación de un escrito en el que se indique el daño sufrido, su origen y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al grupo[564] .

La tercera forma de intervención sucede *después de dictada la sentencia,* siempre y cuando la acción individual no estuviera prescripta o hubiera caducado. Por eso se señala que la finalidad perseguida es, de una parte, permitir a aquellas personas que sufrieron un mismo daño o perjuicio a un derecho o interés de la colectividad, y que por motivo de desinformación, desconocimiento u otro, no conocieron de la existencia del proceso puedan, previo el lleno de unos requisitos fijados en la norma, acogerse a los beneficios de la sentencia.

Ello no sólo favorece al particular, sino también a la administración de justicia, pues evita que ésta se desgaste con un nuevo proceso por los mismos hechos y contra la misma persona. Además, es pertinente señalar, que dada la naturaleza reparadora de esta acción, es válido para quien no atemdió el llamado antes del fallo, que lo haga con posterioridad, dentro de las condiciones fijadas en la norma. Ello no desconoce en ningún caso, el debido proceso, pues quien se acoge a los efectos de la cosa juzgada, lo

563 Dice Bachmaier que si los afectados por un mismo hecho dañoso no están determinados, pero son fácilmente determinables, para facilitar su identificación la Ley de Enjuiciamiento civil arbitra la posibilidad de solicitar la colaboración del órgano judicial, a través de la diligencia preliminar del art. 256.6º. La solicitud para que se lleve a cabo esta diligencia se presentará ante el tribunal que sea competente para conocer posteriormente del fondo, sin que en ese momento previo a la presentación de la demanda pueda denunciarse la falta de competencia territorial a instancia de parte (art. 257, LEC). El órgano judicial acordará la medida siempre que la considere *adecuada a la finalidad que el solicitante persigue*, y cuando en ella *concurra una justa causa e interés legítimo (*Bachmaier Winter, Lorena, *La tutela de los intereses colectivos en la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año I nº 2 [2002]).

564 Explica Camargo que, según el art. 21 de la Ley 472/98, en el auto que admite la demanda el Juez ordenará su notificación personal al particular demandado, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. A los miembros de la comunidad se les podrá informar a través de cualquier medio masivo de comunicación (prensa, radio, televisión o cine) o de cualquier mecanismo eficaz (telegrama, teléfono, fax, mensajero, carta, etc.) teniendo en cuenta los eventuales beneficiarios. También el Juez competente, para tal evento, podrá utilizar simultáneamente diversos medios de comunicación (Camargo, Pedro Pablo, *Las acciones populares y de grupo*. Leyer, Bogotá, 2002 [3ª edición], ps. 87 y ss.).

hace a sabiendas del contenido del mismo y del respeto y garantía que al trámite del proceso le dio el juez, siempre avalado con la intervención del Ministerio Público.

3.3 Cabe señalar que esta convocatoria supone al mismo tiempo consagrar un derecho de amparo propio, de manera que en el juicio abierto, donde se produce la convocatoria, es donde sucede la suma que convierte al litigio en un proceso colectivo.

La diferencia está en la legitimación que tiene el grupo que es independiente de la que poseen el resto de las personas cobijadas por la misma causa que originó un daño plural. Por lo tanto, la capacidad que se confiere a cualquier miembro del grupo para asumir la representación de los demás, no es óbice para que se entablen acciones individuales, por fuera de estas acciones agrupadas.

Es importante que el llamamiento esté suficientemente informado y sea totalmente masiva la comunicación, con el fin de evitar la inseguridad que tiene, por ejemplo, la notificación por edictos.

> Rivas afirma que los supuestos de intervencion de terceros no tiene cabida dentro del amparo: ni la citación del sujeto pasivo de una eventual acción de regreso, ni la citación de evicción, ni la *nominatio auctoris*, ni la citación de tercero pretendiente, permiten acomodarse en el campo de la pretensión correspondiente al juicio tratado. Si se podría dar el llamado o la citación del colegitimado, por parte del actor[565].
>
> Palacio de Caeiro dice que del contenido del artículo 13 de la ley 16.986 se deriva el carácter de cosa juzgada de la sentencia de amparo respecto al tema planteado en la demanda, y por eso impide una discusión posterior sobre la materia debatida en el juicio de amparo. De modo tal que, el interés legítimo que no fue oído, ni ingresó oportunamente en el juicio, puede ver lesionados sus derechos por el contenido de la resolución dictada. Y esa situación no es susceptible de remediarse en el futuro, aun cuando el referido artículo 13 posibilite la promoción de otras acciones o el planteamiento de las demás cuestiones controvertidas que las partes mantengan entre sí, pues está última circunstancia en nada cambia o altera los efectos de la sentencia dictada en el juicio de amparo[566].

[565] Rivas, *El amparo*, cit., p 253 – 254.

[566] Palacio de Caeiro, Silvia, *El amparo colectivo y la reciente acordada de la Corte*, La Ley, 2016-D, 816 y ss.

CAPÍTULO XXIX

Requerimiento e informe circunstanciado

1. Informe del sujeto pasivo requerido

1.1 En líneas generales hay coincidencia en la bilateralidad atenuada del amparo, lo cual supone que, como en todo proceso, el conflicto enfrenta dos posiciones distintas: una que sostiene la ilegalidad o ilegitimidad del acto, o la amenaza; y otra que defiende la constitucionalidad de dicho comportamiento.

En esta plataforma se mueven todos los derechos constitucionales y un amplio territorio para los que se consideran fundamentales que provienen de tratados y convenciones internacionales.

No se trata de limitar el campo de actuación del amparo, sino de invertir el rol que tiene, actualmente, transitando más por la senda del juicio controversial que del constitucional, propiamente dicho. Precisamente, para acentuar nuestra tesis afirmando que el amparo no es un proceso sumarísimo, debemos ver bien como se genera el conflucto a resolver.

De todos modos, este punto no es gravitante, al responder solamente a un misterio sobre la naturaleza jurídica; el gran problema es la *contenciosidad*, es decir, si existe o no controversia.

1.2 La ley 16.986 en el artículo 8 dice […]

> Cuando la acción fuera admisible, el juez requerirá a la autoridad que corresponda un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada, el que deberá ser evacuado dentro del plazo prudencial que fije. La omisión del pedido de informe es causa de nulidad del proceso.
>
> El requerido deberá cumplir la carga de ofrecer prueba en oportunidad de contestar el informe, en la forma establecida para el actor.

> Producido el informe o vencido el plazo otorgado sin su presentación, no habiendo prueba del accionante a tramitar, se dictará sentencia fundada dentro de las 48 horas, concediendo o denegando el amparo.

La mecánica no es confusa, como tampoco se puede imputar poca claridad a la norma. La complejidad la generaron jueces y abogados que, en la creencia que tramitan un proceso entre justas partes, que alegan y prueban persiguiendo convencer al juez sobre las razones que cada uno sostiene, han ordinarizado al proceso constitucional.

De esto nos vamos a ocupar en este capítulo. La intención es señalar los principios que se debieran aplicar para que la ley de amparo no se vea como contraria al derecho de defensa en juicio, o que la limitación probatoria que surge de la regla legal no sea un desvío inconstitucional del derecho a tener un debido proceso, o en su caso, para que se apliquen los principios procesales y del derecho privado constitucionalizado, todos ellos de fuente transnacional, que consolidan los poderes y deberes jurisdiccionales para la debida implementación al derecho al amparo.

> Uno de estos aspectos lo señala Sagüés al sostener que […]. "la celeridad en el amparo constituye por sí un principio atendible, pero no un postulado único, puesto que debe empalmar con otros de no menor envergadura (igualdad, libertad, defensa en juicio). Como en el caso de tantos valores jurídicos-políticos, el ejercicio de uno solo de ellos se encuentra condicionado por la operatividad de los restantes que, obviamente, deben ser también considerados. Lo contrario importaría un desequilibrio y una injusticia, como cualquier desarmonía en el plexo de los valores del derecho y de la política; sólo que en un amparo la paradoja sería mayor: so pretexto de lograr una justicia inmediata, se incurriría en una injusticia inicial, como sería el olvido del derecho a la defensa en juicio"[567].
>
> Morello aclara que la bilateralidad del amparo debe cumplimentarse dando oportunidad de defensa, de forma tal que, ante la inobservancia, no se produce indefensión inmediata pues si quien lo alega tuvo una razonable y suficiente oportunidad de ser escuchado y de producir las pruebas que convengan a su situación en el proceso, no se ha quebrado la garantía constitucional del artículo 18[568].

2. El derecho de defensa en juicio del requerido

[567] Sagüés, *Ley de amparo,* cit., (edición 1979), p. 316.

[568] Morello, *Posibilidades y limitaciones del amparo,* cit., p. 233.

2.1 Las dos partes del juicio de amparo se verifican al presentar al que peticiona como sujeto afectado, que deduce la demanda (art. 6º), y al requerido (art. 8º) que es el sujeto que debe producir el informe circunstanciado.

La polémica aparece con otras expresiones que, para el purismo interpretativo, se exponen con un sentido cuando lo que significa es otra cosa. Por ejemplo, sería evidente la bilateralidad del amparo, si aceptamos sin discusión las referencias a la "demanda de amparo" (art.6), a las "partes" (art.9), al "accionado" (art.10), y a otras situaciones procesales que serían suficientes para entender que el proceso es bilateral y contradictorio. El problema es que demanda supone pretensiones; partes son sujetos que confrontan y luchan por sus intereses, y accionado es una voz cuya naturaleza es intrincada desde la famosa polémica entre Windscheid y Muther (1856-1857) dando nacimiento a las teorias de la acción.

Al observar que no hay contestación de demanda, sino producción de un informe; que la prueba la ofrecen ambas partes pero que si proviene solo del accionado no será, *prima facie,* necesaria y que la sentencia se deberá dictar en cuarenta y ocho horas (48 hs.), los estándares que se han instalado para el debido proceso podrían estar conmovidos.

Seguramente no se hablará del plazo razonable, pero el derecho a ser oído, la garantía del derecho de defensa; el derecho a la verdad; la sentencia debidamente razonada, el derecho al recurso, y otros podrían quedar en discusión.

2.2 El planteo no pretende llegar a escenarios de grave compromiso constitucional; de hecho el amparo tiene una larga experiencia que demuestra que con apenas pocos artículos se instaló como el proceso más adecuado para resolver los conflictos más trascendentes del país.

La disonancia que encontramos está en el desorden técnico y en las diferencias notables que tienen los ordenamientos amparistas que cuenta nuestro país. Justamente en este estadío de la “traba de la litis”; se dan casos insólitos como sucede al significar el carácter del procedimiento. Desde el amparo constitucional del artículo 43, pasando por el amparo contra actos de la autoridad pública de la ley 16.986, siguiendo con el sumarísimo del código procesal para los que se dirigen contra actos de particulares; escalando en los amparos provinciales que lo reglamentan como un proceso de

conocimiento donde se debe contestar la demanda; o el verdadero amparo social de la Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires, en fin, con todas estas desigualdades manifiestas se debiera encontrar un razonamiento común.

Testimonio de lo incierto sucede con la producción del informe, que no se tiene como expresión del derecho de defensa, sino como un acto de justificación social […]

> En atención a lo dispuesto en el art. 43 de la Constitución Nacional y de conformidad con la previsión contenida en el art. 8 de la ley 16.986 ante el amparo por el cual el Gobernador de Catamarca impugnó la incorporación de dos senadores nacionales, corresponde requerir al Senado de la Nación, un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y razones que motivan la conducta asumida con atinencia a tal designación[569].
>
> Al deberse requerir ¨a la autoridad que corresponda un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada¨ (art. 8°, primer párrafo, de la ley 16.986) no es admisible que se pueda sostener luego que parte de su contenido deba quedar al márgen de la consideración judicial[570].
>
> Criterio que se opone al que sostiene que […]: Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la nulidad articulada y confirmó el rechazo del amparo tendiente a que se dispusiera un examen médico con integrantes del Cuerpo Médico Forense y un perito de parte sobre la persona de un condenado por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a fin de determinar con precisión el diagnóstico de la dolencia que lo aqueja ante la falta de uniformidad de los producidos en sede administrativa. Ello así, pues la nota emitida por el Servicio Penitenciario Federal no cumple el recaudo exigido por el art. 8° de la ley 16.986 por ser de fecha anterior a la deducción del amparo y por no configurar el informe circunstanciado que exige la norma, cuyo objeto aparte del interés del recurrente consiste en la propia defensa del órgano demandado, a quien debe otorgarse posibilidad de exponer cuanto crea necesario.[571]

2.3 El informe no es técnicamente una contestación de demanda, pese a que el oficio (en el caso de amparo contra actos de autoridades públicas) o la cédula (cuando se trata de amparo contra actos de particulares) de notificación suele estar acompañado de copias de la demanda y de la documentación agregada con ella.

569 Fallos, 322:1988.

570 Fallos, 314:1091.

571 Fallos, 305:453.

El pedido de informe es una requisitoria del juez para que el órgano o la persona denunciada en el amparo ofrezca las explicaciones de su proceder, o fundamente las razones del comportamiento u omisión lesiva, o, en su caso, descifre los motivos que originaron la sanción de un acto o resolución de carácter administrativo. De similar encuadre es la exposición de motivos que da lugar a la sanción y promulgación de una ley.

No es necesario que el sujeto pasivo conteste todos y cada uno de los hechos que se exponen en la presentación. Sólo debe dar explicaciones, porque el informe circunstanciado que se pide es un "deber de informar" al tribunal, que no funciona como imperativo del propio interés.

> Nos apartamos así de la doctrina mayoritaria, y en especial de quien fuera precursor de esta tendencia, Lino Palacio, al sostener que, a diferencia de algunas leyes provinciales, el requerimiento de informe a que alude la norma (art. 8º, Ley 16.986) no configura una intimación cuyo incumplimiento traiga aparejada la aplicación de sanciones al funcionario a quien va dirigido. La contestación, por tanto, no constituye un deber sino una carga procesal[572].

De este modo, el proceso se integra con fundamentaciones fácticas y jurídicas que no resultan propiamente "hechos controvertidos". Es verdad que la dualidad de posiciones existe, pero no es técnicamente –como se dijo- un proceso controversial.

Sin embargo, el pedido de informe no requerido es causa de nulidad absoluta e insanable, porque trabaja oyendo solo a uno provocando la inmediata indefensión del otro. Recuérdese que es la oportunidad que tiene el "demandado" para ofrecer prueba y generar las excepciones de procedencia que entienda admisibles.

Lo cierto es que, sin importar el carácter que tenga el informe circunstanciado, es un acto esencial del proceso constitucional. Quienes insisten en que sea una contestación de demanda puede que no atiendan la naturaleza del juicio de amparo, que en otras legislaciones -no argentinas- trabajan con el solo presupuesto de lo manifiestamente ilegal o ilegítimo que pone en conocimiento de la autoridad una persona que reclama por sus derechos. Como el tribunal debe acudir en protección del

572 Palacio, Lino E., *La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994*, La Ley 1995-D, 1240.

sujeto y sus garantías, poner en marcha el aparato jurisdiccional es suficiente para que haya proceso.

> Recuerda Rivas que originariamente el amparo mexicano no concebía que la autoridad pública tuviese condición de parte; de tal modo que el proceso respectivo era unilateral. En esa condición la requisitoria formulada a esa autoridad no tenía carácter de traslado de demanda con las posibilidades que ella genera en el proceso en el cual las partes se encuentran sometidas fundamentalmente a cargas y no a deberes. En este caso el informe hacía al deber institucional que pesaba sobre la autoridad de dar al Poder Judicial los elementos de juicio necesarios para poder determinar la existencia o no de la violación jurídica alegada por el actor. Sin embargo, y como por disposiciones legales ulteriores se admitió que la autoridad pudiera justificar su conducta, aportar pruebas y recurrir, era visible que no darle aquella virtud constituía una mera ficción, de modo que se la terminó por reconocer, pero sin liberarla del deber ya referido. De ahi que subsista la necesidad de prestar el informe, denominación que pasó a nuestras leyes en la materia y también al *mandado de segurança* brasileño[573].

2.4 Claro está que en los hechos la producción de informe opera como una verdadera contestación de demanda, porqué se puede ofrecer prueba e, inclusive, introducir nuevos hechos que amplían el campo de conocimiento jurisdiccional. Pero, insistimos, no tiene la forma de una contestación en los términos como lo exige el código ritual. El formato no condiciona el derecho de defensa en juicio.

Sin embargo, es preciso acordar un efecto común a las consecuencias que parten desde la producción del informe o su ausencia, porqué se deben corresponder con lo que sucede cuando la contestación de la demanda es inexistente, deficiente o no cumpla con el deber de expedirse respecto a la autenticidad de la documentación acompañada.

> Una vez más acierta Rivas al sostener que la respuesta es un imperativo para el requerido; en ese sentido, no puede dejar de dar los datos objetivos que el juez precisa; ocurre que la reticencia provocaría, ante la instancia judicial una demora en los trámites frustratoria del sentido del amparo. De tal manera, y sin perjuicio de proveer a las sanciones que pudieran corresponder por las vías pertinentes, el juez no debe detener el proceso, al margen de arbitrar los medios necesarios para hacerse remitir los datos que considere indispensable para juzgar. En último caso, y si no obstante su esfuerzo llega el momento de fallar sin ellos, dará por ciertos los que en ese sentido hubiese aportado el actor o los extraerá de sus propias fuentes informativas, todo dentro de la evaluación que le imponga la sana crítica; de tal modo el incumplimiento del informe, no hace automáticamente cierta la versión del

[573] Rivas, *El amparo*, cit., p 254.

actor, pero no como manera de premiar al Estado sino de dictar un pronunciamiento razonable y justo[574].

La ausencia del informe circunstanciado no genera los efectos de la rebeldía, ni significa que se deba insistir para que el acto se produzca. La omisión engendra la falta de información sobre los motivos que pudieron justificar la producción de las vías de hecho, o de la actuación administrativa. Estará ausente un escrito esencial, pero no queda sacrificado el derecho de defensa cuando se dio oportunidad para que se explicara la posición del Estado o del particular ante la denuncia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

2.5 El informe circunstanciado significa dar a conocer la posición del Estado respecto a un acto o hecho que el afectado comsidera lesivo. La principal característica es dar la versión que justifique o explique ese proceder, sin que sea suficiente la simple negativa sobre el relato expuesto.

Esta regla también se debe aplicar en el amparo contra actos de particulares, al que suele aplicarse el trámite sumarísimo, provocando que se ordinarice de inmediato el proceso constitucional. Aquí es posible constatar que el sujeto pasivo, o requerido, en lugar de asumir el deber de informar, toma la posición de parte que debe confrontar y niega sistemáticamente los hechos sin dar una perspectiva singular de cuanto entiende del problema.

El informe circunstanciado puede introducir defensas técnicas, como las de legitimación para obrar, pero siempre son actos de exposición que, sin ser propiamente una contestación de demanda, sustancian perfectamente el derecho de defenderse ante el agravio constitucional que lo pone como responsable.

3. Información simple sin prueba. Efectos sobre la documentación

3.1 Una de las alternativas que se pueden dar tras el emplazamiento jurisdiccional, resulta la breve explicación que efectúe el informante. La respuesta simple, sin otros datos que los objetivamente comprobables o relatados en la acción no

574 Rivas, *El amparo*, cit., p 256.

tiene consecuencias para quien así lo practica, precisamente, porqué no está obligado a reconocer ni a negar los hechos manifestados en la demanda.

> La norma procesal dice que […] "producido el informe o vencido el plazo otorgado sin su presentación, no habiendo prueba del accionante a tramitar, se dictará sentencia fundada dentro de las 48 horas, concediendo o denegando el amparo" (art. 8 tercer párrafo, ley 16.986).

De este modo, la respuesta formal, lacónica y concisa, o simplemente breve sin demasiadas agregados, lo único que provoca es la apertura a prueba de las verificaciones que el actor quiera efectuar, y en su defecto, el paso inmediato a la sentencia.

Lo escueto puede ser reticencia irresponsable cuando no se cumple con el pedido, que generalmente solicita a la autoridad que corresponda, para que exprese los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada[575], o que explique los hechos y razones que motivaron la conducta asumida[576].

3.2 Algunos sostienen que se debe aplicar la carga del artículo 356 del código adjetivo que, en este aspecto, coincide con el art. 8º de la ley de amparo, respecto a la obligación de reconocer o desconocer los hechos y la autenticidad de la documental acompañada.

> Dice Rivas que el informe que no es una verdadera contestación ni se pronuncia sobre la documentación agregada le acarrea al demandado una desventaja procesal, ya que se tendrán por auténticos los documentos aportados, y los hechos alegados por el actor se podrían tener por ciertos si la versión de esa parte respondiera a las normas de la lógica[577].

No compartimos este temperamento, en razón de haber dicho con anterioridad que el requerimiento de informe no es un traslado de la demanda aunque opere como tal. El escrito de demanda que suele acompañar la notificación hace al derecho de defensa en juicio pero no constituye una carga procesal sobre el cual el demandado se deba pronunciar.

575 Fallos, 317:1091.

576 Fallos, 322:1988.

577 Rivas, *El amparo*, cit., ps. 277 y ss.

Al tomar conocimiento de los hechos y de la documentación relacionada que se adjunte, el sujeto pasivo del amparo tiene el deber de dar su versión o la fundamentación que tenga para explicar los actos u omisiones.

El deber que mencionamos puede tener consecuencias en orden a la calificación del comportamiento de la parte en el proceso, y en su caso, considerar a la conducta como una pauta probatoria de su escasa o nula razón para actuar (art. 163 inciso 5º, párrafo final del código de rito).

De esta manera, la versión sobre los hechos aportada por el requerido, no es una obligación procesal, sino un deber hacia la jurisdicción para que ésta pueda resolver. El déficit que acuse el *informe circunstanciado* no tiene consecuencias procesales, porqué el derecho de defensa en juicio es una facultad que se puede o no ejercer, pero deja al magistrado sin la posibilidad de atender la fundamentación clara y concreta del acto lesivo cuando ella no aporta "los antecedentes y los motivos de la medida impugnada".

3.3 La ley nada dice respecto a la documentación, sólo agrega que el requerido "debe" cumplir la "carga" de *ofrecer la prueba* tal como lo puede hacer el actor.

Por ello, los efectos no son otros que la eventual eliminación de la etapa probatoria, sin que se tenga por reconocida o admitida ninguna de las pruebas ofrecidas por el amparista.

> Esta tesis la resiste Sagüés para quien, el informe circunstanciado no puede menos que ser un responde de demanda: lo contrario implicaría la rareza de una acción con demanda, pero sin contestación de ella; de un actor que reclama y de un demandado que exclusivamente comunica (pero a la vez ofrece pruebas). En síntesis, de constituir el informe circunstanciado nada más que un medio suministrador de datos, se violaría el principio de defensa en juicio que, precisamente, salvó la tesis de la bilateralidad en el amparo.
>
> Como responde de demanda –agrega-, el informe requiere –obviamente- conocer aquélla: de ahí que resulte necesario adjuntar las copias del caso, aunque no lo diga expresamente la ley, porque solamente el conocimiento completo del texto de la demanda puede posibilitar una réplica integral. Se trata, en efecto, tanto de contestar la totalidad de las pretensiones del accionante, como de plantear las defensas (procesales o sustanciales), que pueda radicar el demandado (como la de listispendencia), y para ello forzosamente, éste deberá conocer el contenido íntegro del escrito inicial[578].

[578] Sagüés, *Ley de amparo,* (edición 1979), p. 318.

No pretendemos crear una interpretación basada en un problema teórico o que precise, sin otra extensión académica, la naturaleza jurídica que tiene el emplazamiento al sujeto pasivo del amparo. Pero ocurre que no se puede tomar de la ley lo que ella no dice.

Quizás, en lugar de mantener el pedido de informes que, como se ha dicho, tiene origen en la naturaleza unilateral del amparo mexicano, debiera modificarse la ley y reglamentar el artículo 43 acordando bilateralidad y contradicción al amparo, para que de ese modo, se constituya en un proceso constitucional sin fisuras.

4. Información sin ofrecimiento de pruebas

4.1 La producción del informe sin ofrecimiento de prueba, no determina sin más la admisión de la demanda. Justamente, si el emplazamiento no fuerza al contradictorio, tampoco se puede pensar que la omisión deliberada de prueba sea motivo bastante para eludir esta fase cuando el actor tenga verificaciones pendientes.

En cambio, si la prueba del actor consiste únicamente en la documental acompañada, y no ha mediado objeción respecto a la autenticidad de los documentos privados agregados, el juez debe dictar sentencia dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de presentado el informe o de vencido el plazo para hacerlo.

Asimismo, la prueba ofrecida por el actor no constituye para el juez la obligación de proveerla, toda vez que conserva la facultad de ordenar la producción cuando lo considere pertinente y conducente para el debido esclarecimiento de la cuestión.

En la acción de amparo, esta facultad se ve notoriamente reforzada por la celeridad que debe primar en este especial proceso, que obliga al juzgador a ser concreto y preciso en los fundamentos de su pronunciamiento y, por ende, en la valoración y consideración de las probanzas arrimadas. Al trabajar sobre lo manifiesto y notorio, la etapa probatoria sería circunstancial.

4.2 Puede ocurrir que el informe se produzca como si fuera una contestación a la demanda, es decir, negando todos y cada uno de los hechos relatados en el escrito de

postulación. Si la actitud proviene del error inducido por la providencia que lo emplazó, podrían tomarse dos caminos.

Uno sería dar por presentado el informe, en la inteligencia que el comparecimiento se realiza, aun cuando sea mediante una negativa simple y llana sobre los fundamentos de la demanda, sin ninguna otra argumentación, ni siquiera la consignación de nuevos hechos, demostrando con ello que está ejerciendo el derecho a defenderse con pleno conocimiento de los efectos jurídicos que ello conlleva, por lo que mal podría, posteriormente, en el transcurso del proceso, alegar que se le ha impedido oponer excepciones expresas con las que hubiera podido justificar sus asertos y obtener una sentencia a su favor.

Más aún cuando, en el derecho procesal contemporáneo, ni siquiera se le permitirá que efectúe pruebas o reclamaciones de ningún tipo, ya que su contestación será tomada como tácito allanamiento a las pretensiones del actor, el que aceptado en la correspondiente sentencia pondrá fin al proceso de inmediato[579]

Sin embargo, estimamos que esa manera de obrar viola el deber de informar sobre los fundamentos de hecho y de derecho que razonan la legalidad del acto o la conducta que se cuestiona.

4.3 No hay que confundir principio de bilateralidad con la contradicción necesaria que debe surgir en el amparo para resolver sobre la constitucionalidad de los actos o de los comportamientos.

Quien elude informar, deja de explicar y sin justificación los actos u omisiones que en su contra se denuncian. Por ello, tal actitud, si bien no es técnicamente un reconocimiento o una admisión, sí constituye un deber incumplido que pesa sobre la calificación de la conducta de las partes en el proceso.

> La temática que se plantea, sostiene Sagüés, es fundamental para regular el papel del accionado en el trámite del amparo. La tesis del *informe-noticia* puede resguardarse en el texto legal, que no habla de responde de demanda, ni exige la notificación de ésta para evacuar el informe requerido. Pero a su vez, la tesis del *informe-contestación de demanda* (o informe réplica), tiene en su favor el esquema total de la ley 16.986, el que entroniza un

579 Abad Arévalo, Dana, *La negativa pura y simple en el ejercicio del derecho de contradicción*. Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación editora nacional, Quito, 2013, ps. 42 – 43.

trámite bilateral y contradictorio, con actor y accionado, partes y pruebas. Aparte de ello, el "informe circunstanciado" que se discute constituiría, de estimarse exclusivamente como una noticia del tribunal, una comunicación *sui generis*: a más de anoticiar, incluiría pruebas; y pruebas, precisamente, de una de las partes: la accionada[580].

5. Omisión de producir el informe

5.1 Puede suceder que el informe no se produzca por omisión o renuencia voluntaria de quien ha sido emplazado. De seguir la posición del informe como contestación de la demanda, los efectos debieran ser aquellos que corresponden a la rebeldía (si el actor lo solicita), o a la incontestación (efectos procesales inmediatos).

La rebeldía supone lograr el reconocimiento de los hechos pertinentes y lícitos a que la demanda se refiere, pudiendo el juez omitir la etapa probatoria si con el material que cuenta lo considera suficiente para dictar sentencia sin más trámite. La incontestación produce similares efectos, salvando aquellos que corresponden a notificaciones a practicar o medidas cautelares subsiguientes.

En ambas situaciones, obrar con tal extensión sería *contra tegem* en la medida que la ley no lo establece; sin embargo, los efectos pueden resultar sin necesidad de expresar concretamente tal declaración.

5.2 El informe circunstanciado no producido genera la obligación judicial de proveer la prueba del actor o, en su caso, de dictar sentencia inmediata.

Tal como antes fue propuesto, el incumplimiento del deber de informar constituye una acción contraria para quien así actúa, de modo tal que, aun sin resultar una presunción en su contra, el acto se puede valorar como un obrar imprudente que manifiesta la falta de colaboración en la búsqueda de la verdad y una prueba contra sí mismo.

A veces, el informe da cuenta de causas o hechos que son tangenciales al objeto pretendido, dando lugar a eventuales decisiones subsanatorias que pueden requerir la reiteración del requerimiento. Pero esto es excepcional.

580 Sagüés, *Ley de amparo*, cit. (edición 1979), p. 319.

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la nulidad articulada y confirmó el rechazo del amparo tendiente a que se dispusiera un examen médico con integrantes del Cuerpo Médico Forense y un perito de parte sobre la persona de un condenado por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a fin de determinar con precisión el diagnóstico de la dolencia que lo aqueja ante la falta de uniformidad de los producidos en sede administrativa. Ello así, pues la nota emitida por el Servicio Penitenciario Federal no cumple el recaudo exigido por el art. 8° de la ley 16.986 por ser de fecha anterior a la deducción del amparo y por no configurar el informe circunstanciado que exige la norma, cuyo objeto aparte del interés del recurrente consiste en la propia defensa del órgano demandado, a quien debe otorgarse posibilidad de exponer cuanto crea necesario[581].

5.3 Ahora bien, si la omisión del informe resulta de la falta de requerimiento, la consecuencia es clara: al violarse el principio de bilateralidad requerida, "*la omisión del pedido de informes es causa de nulidad del proceso*" (art. 8, Ley 16.986).

Una última consideración. Si el informe se produce vencido el plazo acordado por el juez, y teniendo en cuenta la perentoriedad y caducidad automática de los tiempos procesales, no se podría aceptar una incorporación extemporánea del escrito llegado fuera de término.

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y declaró la nulidad absoluta e insanable de la resolución del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, que dispuso rescindir parcialmente el contrato suscripto con una farmacia, por intermedio del Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Córdoba, por entender que, con anterioridad a la emisión de dicha resolución, se omitió cumplir con los requisitos del debido proceso. Ello así, pues no cabe tener por configurado el pretendido desconocimiento de la defensa en juicio, toda vez que los interesados fueron llamados a declarar en oportunidad de tramitarse los expedientes internos iniciados para investigar anomalías descubiertas en recetas médicas y ¨facturaciones¨ y con posterioridad a la iniciación de la demanda de amparo en la cual expresaron que, por desconocer los origenes de la resolución cuestionada ¨no podían aportar mayores elementos¨ se les corrió traslado del informe presentado por dicho Instituto y no hicieron manifestación alguna sobre la cuestión de fondo, limitándose a reiterar sus quejas derivadas de la circunstancia de que no se les había permitido antes del dictado de la resolución 3164 efectuar su descargo[582].

581 Fallos, 305:1453.

582 Fallos, 306:467.

Corresponde revocar, por vía del recurso extraordinario, y en virtud de ser violatoria del derecho de defensa en juicio, la sentencia que hace lugar a la demanda de amparo sin audiencia de la parte contra la cual se dirige la acción[583].

583 Fallos, 252:134.

CAPÍTULO XXX

La prueba en el juicio de amparo

1. El derecho a probar

1.1 En el capítulo IV proponemos que el derecho a la verdad sea un principio general para el juicio de amparo. Allí ofrecemos nuestra visión particular y las razones de la invitación a compartirlo.

La verdad en materia de interpretación constitucional se puede vincular con la doctrina de la última palabra, porque en definitiva, la interpretación conforme quedará en cabeza de quien cierre el circuito de respuestas al conflicto que se lleva al amparo.

El derecho a la prueba, tiene en la actualidad, una mirada constitucional qiue lo introduce en los estudios del debido proceso[584], donde la verdad como objetivo, es un componente esencial para la eficacia del servicio jurisdiccional.

En sus primeros tiempos, cuando se incluye el derecho a la prueba como garantía constitucional (art. 24, Constitución española de 1978), se diseñó un andamiaje creado por la jurisprudencia. Por ejemplo, fue causal de arbitrariedad cuando el juez erraba la apreciación al elaborar la sentencia; fue pauta de razonabilidad en el derecho de defensa en juicio, hasta comenzar a hablarse de un derecho constitucional a la prueba.

> Pico i Junoy estudia el principio y sostiene que, el derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso [...] El carácter subjetivo del derecho a la prueba se manifiesta en que su ejercicio requiere la voluntad de una de las partes, pues éstas son las que tienen el poder de proponer el medio probatorio

584 Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, ps. 337 y ss. Y más reciente, *El Debido Proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* tomo II, ps. 10 y ss.

> que pretenden sea admitido, practicado y valorado judicialmente. En consecuencia, el derecho a la prueba implica, en primer lugar, el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición. En segundo lugar, supone que el medio probatorio sea practicado, pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho [...]. Por último, debemos destacar que el derecho a la prueba puede, en ocasiones, alcanzar a las diligencias para mejor proveer...En consecuencia, el derecho a la prueba no supone, *a priori*, un derecho a la realización de las diligencias que, para mejor proveer, soliciten las partes [...] En último término, el derecho a la prueba conlleva que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el órgano jurisdiccional (valoración motivada que tiene lugar en la sentencia) ya que, en caso contrario, se le estaría sustrayendo toda su virtualidad y eficacia[585].

1.2 El derecho constitucional a la prueba se releva de la preponderancia que toma la actividad dirigida por las partes, en la medida que con ella se fijan los hechos que el juez deberá considerar al tiempo de dictar sentencia. La prueba se convierte así en una pieza clave dentro del engranaje de todos los procedimientos. Ahora, como la etapa de prueba es formal y reglada, lo que no significa que los límites impuestos puedan socavar el derecho a defenderse, se ha encontrado necesario vincular la prueba con el derecho de defensa en juicio, para desde allí referir a la constitucionalidad propia de la prueba.

Básicamente el derecho consiste en admitir todas las pruebas que sean lícitas y pertinentes, y en poder practicarlas. Se trata de hilvanar la propuesta con la producción, y en materia penal se hace extensivo a criterios abiertos que actúan como complementos de la prueba, como los indicios y las presunciones. Por eso, cuando uno refiere al derecho fundamental (constitucional) a la prueba, realiza un esfuerzo de síntesis en lo que significa ofrecer, probar, persuadir y obtener un resultado por la tarea de convencer probando.

Representa tanto como advertir que la búsqueda de la verdad que permita dictar una sentencia ajustada a hechos ciertos, debe celebrarse en el interés común de todos los operadores jurídicos y no, solamente, como el producto de satisfacción entre litigantes enfrentados. Por tanto, la garantía opera como salvaguarda del derecho de defensa, al establecer principios de naturaleza superior a las simplemente adjetivas o rituales, como

585 Pico i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil.* Bosch, Barcelona, 1996, ps. 16 y ss.

son las de impedir que se apliquen en la sentencia hechos que no están probados, o que se valoren hechos inexistentes, o en su caso, que se consideren pruebas ilegítimas o que no hayan tenido control bastante o suficiente de la parte contra quien se oponen.

En consecuencia, el derecho constitucional a la prueba es un derecho que transita por una avenida de doble mano: por una vía, acompaña el interés del Estado, representado en el juez, para lograr certeza suficiente y sentenciar sin dudas razonables; por otra, recorre el interés de las partes para que la actividad probatoria responda a consignas invariables: libertad de la prueba; control de las partes; producción específica; y apreciación oportuna y fundamentada.

En suma, la idea que aflora de estos conceptos se concreta al sostener que, el proceso no debe conducirse en términos estrictamente formales con menoscabo del valor, justicia y garantía de la defensa en juicio y por ello, no debe desentenderse a la verdad jurídica objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como decisiva relevancia para la pronta decisión del litigio.

> La acción de amparo no procede cuando existe vía legal para la tutela del derecho invocado por quienes la intentan, pues ese procedimiento excepcional no está destinado a sustituir los medios normalmente instituidos para la decisión de las controversias jurídicas, pero cabe hacer excepción a este principio cuando la normal duración de un proceso haría que se produjera una verdadera denegación de justicia, lo que no resultaría acorde con la garantía de la defensa en juicio si pudiera prevalecer aquel excesivo ritualismo sobre la verdad sustancial, la cual no recibiría acogida en tiempo propio[586].
>
> La tutela preventiva del derecho que se pretende por vía de amparo es procedente desde que la normal duración de un proceso ordinario haría que, en el caso, se produjera una verdadera denegación de justicia, que no es acorde con la garantía de la defensa en juicio si pudiera prevalecer aquel excesivo ritualismo sobre la verdad sustancial que no podría ser acogida en tiempo propio, aun cuando la acción resulte claramente procedente o importe declarar la inconstitucionalidad de una norma de carácter general[587].

2. La prueba en el amparo

2.1 Es verdad que las alegaciones de partes se verifican y confirman con la actividad probatoria de quienes las manifiestan. Es una lógica de los hechos que trabaja

586 Fallos, 303:811.

587 Fallos, 294:152.

sobre el carácter bilateral del litigio, donde al juez se lo convence probando. Pero en los procesos constitucionales, inclusive los que trascienden la mera denuncia de inconstitucionalidad y asientan la crisis en la violación o amenaza de un derecho fundamental, la prueba no puede quedar como un deber, carga u obligación individual.

Al Estado le importa identificar si existe o no una cuestión constitucional, por eso, sobre la base del derecho constitucional a la prueba se crean singularidades[588]. El derecho a probar es una parte del debido proceso, tal como lo esbozamos en el capitulo IV de este libro.

2.2 La otra faceta de esa necesidad alienta conseguir una modificación en reglas y principios de la verificación probatoria, en miras a dotar al procedimiento de una mayor cercanía con la verdad que se debe descubrir. Si la prueba sigue vista como un proceso de acreditación de afirmaciones a cargo exclusivamente de las partes, es posible que el acierto logrado, en los hechos personifique un absurdo, porque el juez estará ausente en la aclaración. En cambio, si se considera el modo de componer el litigio y la calidad del *opus* decisorio, podrá admitirse que las seguridades aumentan porqué el juez estará sobre los hechos que él necesita confirmar. No se trata de revertir principios claros y precisos como la "carga de la prueba", sino de reconducir el objeto de la prueba. Mucho más cuando se trata de conflictos constitucionales.

La valoración probatoria debe estar exenta del mentado principio que sostiene que la falta de prueba es contraria a una sentencia favorable; precisamente se trata de trabajar sobre una presunción (o presupuesto procesal) que es el principio "*pro homine*", según el cual en caso de duda, se debe estar por la protección del derecho.

> El Código Procesal Constitucional del Perú establece en el art. V que […] "*el contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según*

588 El derecho a la prueba -dice Picó i Junoy- aparece recogido por primera vez en el constitucionalismo español en la actual Carta Magna de 1978. Los textos fundamentales históricos contienen referencias a otros derechos de naturaleza procesal, como el derecho al debido proceso, al juez natural o legal, o a la defensa, omitiendo toda alusión al derecho objeto de análisis. Lo mismo sucede con otros textos constitucionales, como el Italiano de 1947, la Ley Federal de Bonn de 1949, o las cartas de Portugal de 1976 y Andorra de 1993 (ob. cit., p. 18)

tratados de los que Perú es parte". De este encuadre surgen aspectos trascendentes para considerar los efectos de la prueba en estos procedimientos tan especiales.

2.3 La prueba es una de las actividades esenciales en cualquier tipo de procesos. Se establece como carga de las partes para que confirmen o verifiquen sus afirmaciones. La particularidad que tiene en el amparo consiste en que el acto lesivo, en muchas oportunidades, está documentado, lo cual, sumado a la restricción de conocimiento que al juez se le impone, permite atravesar la etapa probatoria con la sola reunión de la prueba instrumental.

No obstante, los tipos de amparo pensados para la diversidad de hechos que conforman la inminencia de lesión, o aquellos que deben restituir el derecho agraviado (por ejemplo: las demandas contra el acto arbitrario o ilegítimo; contra el acto ilegal sea por irrazonable o por incurrir en una omisión ilegítima: a veces -se admite- el amparo contra cierto tipo de omisiones diferentes a las anteriores; y finalmente, el amparo contra amenazas) requieren de actividades probatorias específicas, que por la brevedad y sencillez que el proceso establece, obliga a una fuerte concentración de los actos.

> En la determinación de la prueba admisible o la eliminación de la vía sumaria del amparo por necesidad de mayor debate y prueba, según se quiera dar trámite o rechazar in limine, obra significativa la posición constitucional que se quiera atribuir al proceso constitucional (vía directa o subsidiaria). Lo mismo sucede con los actos lesivos que pueden atacarse, porqué mientras algunas legislaciones admiten pretensiones contra los actos positivos y las omisiones de todos los poderes (España); otros lo restringen a límites muy constreñidos y siempre que sean, prima facie, manifiestos y actuales[589].

Interesa en cada caso probar la lesión actual o inminente al derecho fundamental; pudiendo ofrecerse para ello únicamente los medios de prueba más precisos y contundentes para alcanzar la certidumbre buscada.

2.4 La prueba en el proceso de amparo sufre la restricción propia de la modalidad breve y concentrada que tiene el trámite asignado. Esto supone que los medios de prueba que se ofrezcan deben ser puntuales y precisos con el fin que de ellos se persigue obtener.

589 Gozaíni, *Tratado de Derecho Procesal Civil,* tomo IV, cit., ps. 18 y ss.

Sin embargo, el proceso constitucional no tiene porqué autolimitarse si con ello sufre el derecho fundamental a la prueba, de modo tal que, aun a sabiendas que cada uno de los medios a producir tiene que ser puntualmente concreto, no impide que se pueda recurrir a testimonios de mayor complejidad si con ellos se procura una mayor fuerza convictiva.

Tomemos por ejemplo el caso de la absolución de posiciones que, tradicionalmente, se la excluye por considerar que viene sustituida por el informe circunstanciado que se produce al responder el requerimiento. Con otros fundamentos se dice, que es una prueba inútil porque razones de economía procesal aconsejan no oir al funcionario que emite el acto cuestionado porqué él responde a una escala de jerarquías donde la responsabilidad del Estado, como regla, termina en el de mayor rango[590].

De aceptarse la confesión, o la declaración de partes, podría lograrse, al menos, el testimonio relevante de una de las fuentes de producción del hecho o del derecho que viene aseverado como lesivo del derecho fundamental.

Lo mismo ocurre con la limitación del número de testigos, porque la celeridad que tiene el proceso como impronta no puede cercenar el derecho a probar con la amplitud que la crisis constitucional requiere para una mejor eficacia en la decisión definitiva a adoptar.

El restriccionismo clásico que tiene el juicio de amparo debiera replantearse en la prueba, como en tantos otros aspectos, Fundamentalmente porqué nuestro país no tiene una vía específica como remediar la amenaza o lesión de los derechos fundamentales del hombre, como tampoco existe un efectivo control de constitucionalidad a través de los medios o recursos procesales.

> La acción de amparo constituye un remedio de excepción y es inadmisible cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna requiere amplitud de debate y de prueba, extremos cuya demostración es decisiva para su procedencia e imprescindibles, por lo que si bien dicha acción es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal[591].

590 Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, cit., p. 436.

591 Fallos, 335:1996.

> Corresponde descalificar la sentencia que declaró abstracta la acción de amparo intentada por las Defensoras del Niño y del Adolescente de la Provincia del Neuquén con el objeto de que el gobierno provincial brinde, a través de un dispositivo público, un adecuado tratamiento de salud para los pacientes duales en drogadependencia, si se apoyó exclusivamente en un elemento de prueba, obtenido con motivo de una medida para mejor proveer, que no fue puesto en conocimiento de la actora, lo que violenta su derecho de defensa, constitucionalmente protegido por el art. 18 de la Constitución Nacional[592].

3. El ofrecimiento de la prueba

3.1 La ley de amparo establece en el artículo 7º lo siguiente […]

> Con el escrito de interposición, el accionante acompañará la prueba instrumental de que disponga, o la individualizará si no se encontrase en su proceder, con indicación del lugar en donde se encuentre. Indicará, asimismo, los demás medios de prueba de que pretenda valerse. El número de testigos no podrá exceder de cinco por cada parte, siendo carga de éstas hacerlos comparecer a su costa a la audiencia, sin perjuicio de requerir el uso de la fuerza pública en caso de necesidad. No se admitirá la prueba de absolución de posiciones.

La prueba documental es gravitante para el juicio, porque de ella se puede ratificar lo arbitrario y manifiesto. Cuando no existen testimonios escritos, y la crisis provenga de vías de hecho, la prueba admisible para acreditar tales extremos tiene una gran discrecionalidad judicial, toda vez que existe una clara tendencia a eliminar la vía cuando se requiere mayor debate y prueba.

> El concepto "vía de hecho", explican Cascajo Castro y Gimeno Sendra, es una creación de la jurisprudencia francesa, y cabe entender por ella, la vulneración por parte de la administración de algún derecho fundamental, sin la existencia de acto administrativo alguno o con una omisión total de las normas de competencia o del procedimiento administrativo[593].

> La acción de amparo constituye un remedio de excepción y es inadmisible cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna requiere amplitud de debate y de prueba, extremos cuya demostración es decisiva para su procedencia e imprescindibles, por lo que si bien dicha acción es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un

592 CS, “Defensorìa del Niño c/ Provincia del Neuquén y otro s/ acción de amparo”. Sentencia del 7 de octubre de 2008.

593 Cascajo Castro – Gimeno Sendrta, ob. cit., p. 118.

aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal[594].

La acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias y en la causa no se han reducido las posibilidades de defensa de las partes en cuanto a la extensión de la discusión y de la prueba[595].

No obstante, la limitación que se advierte en los fallos que preceden, otros admiten múltiples excepciones, que permiten asegurar que las formas no tienen preferencia sobre la verdad jurídica objetiva.

Debe dejarse sin efecto la sentencia que rechazó el recurso de amparo si frente a la seriedad del planteo introducido por la actora para fundar la procedencia del reclamo con base en los nuevos elementos de juicio agregados a la causa, se impone su consideración por la alzada, so consecuencia de arriesgar, bajo el supuesto amparo de normas adjetivas, la solución del pleito con fecundo sentido constitucional[596].

Cabe dejar sin efecto la sentencia que revocó la decisión que había admitido la demanda de amparo y ordenado el cese de la discriminación por razones de género, disponiendo que las empresas de transporte público demandadas deberían contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes, pues al concluir el a quo en que no se había acreditado un acto discriminatorio, no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente ni respetó los criterios del Tribunal en materia de cargas probatorias, por lo que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra la actora en particular[597].

3.2 La única prueba que no se puede ofrecer es la absolución de posiciones; los demás medios no tienen restricciones salvo el caso del número de testigos que requirente y requerido pueden proponer.

[594] Fallos, 335:1996.

[595] Fallos, 332:1952.

[596] Fallos, 339:533.

[597] Fallos, 337:611.

Para la producción se aplican las solemnidades del código procesal, que rige al medio de prueba con un principio inverso al que corresponde. Es decir, el testigo ofrecido se adquiere para beneficio de la causa, pero se lo hace declarar con un control ritual que torna al interrogatorio de imposible producción. Creemos que la libertad de formas debiera imperar en la audiencia central del amparo.

Los pedidos de prueba informativa son útiles cuando no sean superfluos o innecesarios, y la pericial corresponde de acuerdo con el objeto del amparo[598].

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la nulidad articulada y confirmó el rechazo del amparo tendiente a que se dispusiera un examen médico con integrantes del Cuerpo Médico Forense y un perito de parte sobre la persona de un condenado por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a fin de determinar con precisión el diagnóstico de la dolencia que lo aqueja ante la falta de uniformidad de los producidos en sede administrativa. Ello así, pues la nota emitida por el Servicio Penitenciario Federal no cumple el recaudo exigido por el art. 8° de la ley 16.986 por ser de fecha anterior a la deducción del amparo y por no configurar el informe circunstanciado que exige la norma, cuyo objeto aparte del interés del recurrente consiste en la propia defensa del órgano demandado, a quien debe otorgarse posibilidad de exponer cuanto crea necesario[599].

4. Carga de la prueba

4.1 La obligación o carga de probar, como regla, le corresponde a quien afirma. Este es el principio que trae el código procesal para los procesos ordinarios. ¿Puede aplicarse a los procesos constitucionales?

La pregunta no es baladí, pues si focalizamos entre las funciones del juez la de ser receptor y productor del control de constitucionalidad, es evidente que no puede eludir ese compromiso social y constitucional por simplezas técnicas del ritual establecido.

598 Lazzarini dice que […] ciertas periciales no podrían realizarse en el amparo, si su concreción demandase bastante tiempo, lo que se criticable cuando esa prueba resulta necesaria para sentenciar y salvaguardar el derecho tutelado por el amparo. Sugiere por tanto el autor, que no existe inconveniente, en ciertos casos, en ampliar el término de prueba (vgr.: por quince días), para producir una pericial. Sin embargo, interpreta Sagüés que ello afectaría la fisonomía del amparo, que parte del supuesto de lesiones manifiestamente arbitrarias o ilegales (art. 1º, ley 16.986) (*Ley de Amparo,*. cit., p. 322). Parte del problema, sin embargo, tiene algún encauzamiento en lo siguiente: el actor del amparo dispone de quince días hábiles (art. 2º, inc. d), ley 16.986) para interponer su demanda desde que se produjo el acto lesivo, y en ellos –por vía de producción anticipada de la prueba- podría actuar a fin de adquirir el material probatorio del caso (Lazzarini, ob. cit., p. 286).

599 Fallos, 305:1453.

Además, al recordar el problema a esclarecer sobre si es o no bilateral el proceso de amparo, podría ocurrir que el interesado incurra en una lucha contra molinos de viento, si quien debe cooperar en la obtención de las pruebas no puede ser obligado o sancionado por no ser parte en el proceso.

Obsérvese que el actor que demanda por ilegitimo o arbitrario un acto emanado del Estado, debe enfrentar dos grandes adversarios. Uno son las vías de hecho que el funcionario puede asestar evitando los actos que pudieran afectarlo personalmente, o al Estado indirectamente. El otro obstáculo es el principio de legalidad de los actos (presunción de legitimidad de los actos administrativos) por el cual, toda actuación administrativa se tiene como válida y surte efectos plenos e inmediatos mientras no se demuestre lo contrario.

4.2 Tampoco sería correcto llevar las cosas al otro extremo, y creer que el deber de investigar sea tarea exclusiva del que juzga. En nuestra interpretación, el proceso constitucional requiere del principio de cooperación en la producción de la prueba, estableciendo presunciones a favor o en contra de quien no colabora para el esclarecimiento del conflicto.

La administración, por el caso, con la sola emisión de un acto no puede quedar liberado de la carga de probar los hechos cuya existencia es condición de su validez intrínseca. Se puede aceptar en el derecho administrativo que los actos queden revestidos del principio de legalidad inmediata que permite su ejecución, pero ello no significa que tengan una presunción de legitimidad o verdad implícita.

> Es errónea –sostienen Morello y Vallefín– la tesis que reconoce la existencia de un instrumento público ante la simple presencia de la firma de un agente o funcionario público. Esto importa identificar las actuaciones de la Administración Pública con los instrumentos públicos. La voluntad jurídica de la Administración se expresa a través del procedimiento y se desarrolla para obtener la formación de un acto administrativo. Los agentes administrativos que en él intervienen no son oficiales públicos y menos aun notarios públicos. Lo excepcional es, precisamente, hallar en un expediente administrativo instrumentos públicos autorizados por agentes o funcionarios con facultades fedatarias. De

> esto se sigue que su impugnación puede realizarse con pruebas de convicción en contrario[600].

De esta forma, la protección hipotética que se obtiene de la presunción de legitimidad no se convierte en una valla a superar con el esfuerzo probatorio de quien alega en contra. Si la ilegitimidad es normativa, esto es, que se opone al orden jurídico constitucional que confronta, basta con sostener y argumentar el conflicto, pues allí mismo comienza la tarea de control que realiza el juez.

Mientras que si la ilegitimidad es de hecho, los antecedentes que dieron origen al acto depende del grado de posibilidad real para transferirlos con la prueba al presente, de forma tal que si no consigue la colaboración del órgano para explicar o dar fundamentos del obrar, evidentemente, el peso de la carga de la prueba en quien afirma, podría sepultar las ilusiones del amparo.

En esta línea la Corte ha dicho que el Estado no se puede amparar en reglas probatorias cuando el informe circunstanciado no fue todo lo completo que se requirió.

> Si quien pretende del tribunal un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trata- no ha cumplido con la carga de exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla del derecho aplicable, no pieden ampoararse en los principios de la carga probatoria a cargo del demandante[601].

> Cabe revocar la sentencia que dejó sin efecto la decisión que ordenó a la demandada la provisión de un subsidio que permita a la actora y su hijo -menor discapacitado-, en "situación de calle", abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad y hacer lugar a la acción de amparo iniciado, condenándose a la demandada a otorgar a la accionante una solución habitacional adecuada, pues la demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales, sin haber cumplido mínimamente con esa carga probatoria, ni aportó información fehaciente y concreta sobre las restricciones presupuestarias alegadas, limitándose a realizar afirmaciones teóricas y abstractas en el sentido de que los recursos

600 Morello, Augusto M. – Vallefín, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal.* Librería editora platense, La Plata, 1992, p. 107

601 Fallos, 337:47.

económicos son escasos por naturaleza, y que el Gobierno debe atender múltiples actividades y necesidades de la población[602].

Si bien la acción prevista en la ley 16.986 no es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta aquellas que son complejas o de difícil acreditación y, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal[603].

5. Etapa probatoria

5.1 La etapa probatoria es contingente porque depende del ofrecimiento que las partes hayan realizado. Y aunque la prueba se haya propuesto, el juez tiene facultades para ordenar o no la producción, resolver sobre aquella que considere impertinente, y disponer que se cumplan las medidas que sean útiles y conducentes para obtener el esclarecimiento de los hechos.

El artículo 9º de la ley 16.986 sostiene […]

Si alguna de las partes hubiese ofrecido prueba, deberá ordenarse su inmediata producción, fijándose la audiencia respectiva, la que deberá tener lugar dentro del tercer día.

La norma es clara al imponer el deber de ordenar la producción probatoria cuando ella se hubiera propuesto por las partes, lo que a nuestro criterio no obsta a la aplicación de los deberes y facultades jurisdiccionales que tiene el magistrado tomados del código procesal (ley supletoria en el amparo) y con ese fundamento, resolver el paso por la instancia probatoria si las ofrecidas no son superfluas o meramente dilatorias. La utilidad de la prueba es el parámetro a considerar.

5.2 La principal tarea del juez en el amparo es la concentración de los actos de prueba. Es propio de un juez constitucional aplicar el principio constitucional de la rapidez y expeditividad, que en el caso se asocia al principio de celeridad y compresión de los actos procesales.

El restriccionismo que tiene la ley respecto a *la necesidad de mayor debate y prueba* como pauta de rechazo para tramitar el proceso constitucional no puede servirr

602 Fallos, 335:452.

603 Fallos, 331:1403.

de excusa para efectuar el control de constitucionalidad. De hacerlo, el único beneficiado es el presunto infractor, que obtiene de un ritualismo, la convalidación de sus actos u omisiones que se derivan a un proceso ordinario para elaborar en su irreal eficacia la prueba necesaria.

> Afirma Rivas que la facultad de control y de dirección del proceso por parte del juez está prevista, en cuanto a su celeridad, como un remedio a favor del agraviado. Por ello, refiriéndose a la prueba pericial, sostiene que el actor puede resignar razonablemente esa celeridad a fin de obtener un adecuado pronunciamiento. Cabe más entonces pensar que la audiencia de prueba no hace obligatorio receptar en ella a la pericial, no dándose la situación prevista en el art. 474 ya citado, que es realmente excepcional. De tal manera, no existe inconveniente en desglosarla de la audiencia y proveer adecuadamente a la designación y recusación pertinente, estable-ciendo el plazo que podrá ser el de quince días que marca la ley (art. 459, CPC) o uno menor, acorde con las características del trabajo encomendado. Se podrá designar audiencia para explicaciones siempre dentro de plazos no mayores de 48 horas[604].

6. La audiencia de prueba

6.1 La audiencia de prueba es un acto de suma incertidumbre en el régimen procesal del amparo. Se plantea en la norma como un deber del juez que debe emplazar a los sujetos del proceso apenas cuente con el informe circunstanciado. El acto que comienza la etapa probatoria, tiene como objetivo producir todos los medios que se puedan sustanciar por declaraciones, habiendo ordenado en el auto de convocatoria, que se acompañen las demás pruebas de produccion inmediata.

Esta es una regla válida para todos los modelos de amparo menos para el que se desarrolla como amparo colectivo.

> Corresponde que la Corte haga uso de facultades de excepción en procura de la debida salvaguarda de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso y anule las actuaciones llevadas a cabo a partir del requerimiento del informe previsto en el art. 8, de la ley 16.986, en tanto tuvieron la presunción de que la integración de la litis con el Estado Nacional a través del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos se había efectuado de manera apropiada como presupuesto inicial, y ordenar que se otorgue al Ministerio Público Fiscal ocasión adecuada para su audiencia y prueba en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales en el marco de la acción

604 Rivas, *El amparo*, cit., p. 289.

> de amparo iniciada por magistrados de este último en procura del cobro de diferencias salariales[605].

6.2 El problema aparece con las alternativas que suceden tras la presentación del "informe circunstanciado" y de la prueba que con él se hubiere propuesto.

Si se trata de *prueba documental* únicamente, corresponde dar traslado de la misma al actor para que se pronuncie por su reconocimiento o admisión, cumplido y sin necesidad de petición de parte (no olvidemos que en los procesos constitucionales la instancia es oficiosa), el juez debe dictar sentencia dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

En cambio, si la prueba hay que producirla, se debe convocar a una audiencia dentro del tercer día hábil para que se tomen las declaraciones respectivas (v.gr.: testimoniales u observaciones a la pericia); mientras que las verificaciones que se producen fuera del juzgado deben estar cumplimentadas antes de cerrar la etapa probatoria, a excepción de la pericia que debe practicarse de inmediato.

La celeridad y urgencia que la ley ha previsto no se adecua a los tiempos reales que atraviesan los procesos, circunstancia que ha llevado a reconocer la flexibilidad de este criterio y, por tanto, aparece inoficioso considerar a partir de que momento debe el juez ordenar la convocatoria a la audiencia de prueba.

> Ello no obsta a mencionar el criterio de Rivas sobre el tema, para quien el plazo de tres días que se establece para la realización de la audiencia se han de contar desde el momento en que la actora haya tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la autenticidad de la documentación de los documentos acompañados en el informe y la demandada de ofrecer prueba en caso de desconocimiento de los mismos; igualmente en el supuesto de hechos nuevos, desde que la actora haya podido concretar la respectiva oferta de prueba[606].

6.3 Cuadra observar que el magistrado que entiende en la causa maneja tres posibilidades de tiempos procesales: 1) el que tiene para ordenar la producción de prueba como la de testigos; 2) el plazo para producir la prueba fuera del juzgado; y 3) la

605 Fallos, 331:1583.

606 Rivas, *El amparo*, cit., p. 289.

posibilidad de ampliar dichos plazos cuando la prueba no se haya podido cumplir por causas ajenas a la diligencia de las partes (art. 11, 2ª parte, ley 16.986).

Por tanto, no es de buena técnica sumar los tiempos reglamentados y hacerse la ilusión que el amparo terminará rápidamente, y quizás, en el breve tiempo que la esperanza reporta para la garantía.

7. Efectos de la audiencia

7.1 El artículo 10 de la ley de amparo federal dispone […]

> Si el actor no compareciera a la audiencia por sí o por apoderado, se lo tendrá por desistido, ordenándose el archivo de las actuaciones, con imposición de costas. Si fuere el accionado quien no concurriere, se recibirá la prueba del actor si la hubiere, y pasarán los autos para dictar sentencia.

Es evidente que la norma establece una carga de comparecencia que no responde al tono publicista del proceso de amparo. La obligación de estar en la audiencia tiene severas consecuencias cuando ella se omite, y provoca, eventualmente, una crisis en el derecho de defensa en juicio.

¿Qué ocurre si el actor no concurre y lo hace el letrado invocando representación urgente (en la medida que el juez acepte articular la vía del gestor procesal prevista en los ordenamientos adjetivos); y si ello no fuere posible ¿se puede desistir de oficio la acción sin el consentimiento del accionado?

La Corte nacional mantiene desde siempre el criterio que impide dictar sentencia en la acción de amparo cuando a ella no preceden actos procesales o sean hechos sin forma de audiencia de quien aparece obligado por la decisión judicial[607]. Estos son solo algunos de los problemas que se pueden suscitar. Veamos ordenadamente cada posible situación.

7.2 La notificación de la audiencia

Si el juzgado al recibir el informe no dispone de inmediato la producción de la prueba (convocar a la mentada audiencia) ¿cuál es el tiempo para resolver?. Algunos

[607] Fallos, 254:286.

pueden sostener que, siendo deber del tribunal impulsar las actuaciones, la audiencia se debiera ordenar no más allá de las 48 horas siguientes a tener por contestado el pedido de informes (o de haber respondido a la demanda si el requerimiento se hizo como emplazamiento). El fundamento sería la aplicación analógica del art. 15 de la ley 16.986, que es más limitado que los tres días que señala el artículo 9º.

Mientras que otros, pueden argumentar que siendo días de nota en el amparo todos los hábiles de la semana, la obligación de comparecer deja notificado de inmediato a las partes, circunstancia que determina la "notificación ficta" o *ministerio legis* de todas las resoluciones que adopte el juzgado.

En nuestro parecer el amparo es un proceso de impulso oficial pero que necesita de la colaboración de las partes, de modo tal que éstas deben seguir atentas el desenvolvimiento del trámite urgente que las enfrenta. Por ello, tanto el actor como el accionado quedan notificados por nota de todos los actos a excepción de la sentencia (porqué esta requiere afirmar la seguridad jurídica para computar el plazo vigente para la apelación).

7.3 Incomparecencia del actor a la audiencia

Varias son las cuestiones que se deben atender ante esta circunstancia. En primer lugar hay que considerar la razonabilidad de tamaña sanción al cobijo de una obligación procesal que no está consagrada entre los principios generales de la prueba y, menos aun, entre las cargas, deberes y obligaciones de las partes en el curso normal de un proceso.

En materia probatoria, cualquier sistema establece el deber de probar la verdad de las afirmaciones a través de los medios de prueba que estime pertinentes. Esto supone que se ofrece la prueba, se controla su admisibilidad y pertinencia por el órgano jurisdiccional y se produce de acuerdo con una variada gama de sutilezas técnicas.

En el amparo, la audiencia de prueba en realidad, se limita a las declaraciones testimoniales y, eventualmente, al informe del perito en el supuesto que concurra la hipótesis del artículo 474 del Código Procesal. Obviamente, dada la urgencia y celeridad del trámite, no se fija una audiencia supletoria, lo cual tiene influencia en las consecuencias que el artículo 10 de la ley 16.986 establece.

Si el actor no concurre, pero los testigos se encuentran y los interrogatorios se han presentado ¿porqué sancionar la incompacencia, cuando está cumplida la carga de probar? A lo sumo, lo que el demandante pierde es la posibilidad de ampliar las preguntas pero no socava el derecho de defensa en juicio dicha ausencia al acto procesal.

Obsérvese la incongruencia: si el que no concurre es el demandado, la audiencia se produce con la prueba del actor, entendiéndose con ello que el sujeto pasivo del amparo pierde la prueba ofrecida (testimonial, en su caso). Pero ¿qué pasa si el demandado acompañó los interrogatorios y los testigos por él ofrecidos asisten? ¿No se afecta la bilateralidad y el principio de igualdad procesal?

Con sentido técnico, la carga de comparecer que para el actor se establece significa la creación de un supuesto de *caducidad de prueba* no previsto en la teoría general, por lo tanto, es una creación inconstitucional que afecta el derecho de defensa en juicio.

> Sostiene Rivas que la letra legal que comentamos consagra una incongruencia y carece del requisito de racionalidad que debe acompañar al orden jurídico para adecuarlo a la Ley Suprema. La prueba está ya ofrecida, la demanda fundada, el desistimiento no se presume (art. 306, CPC) y toda solución de caducidad o pérdida de derecho es de interpretación restrictiva, de manera que no hay razón alguna para un artículo con semejante contenido[608].

Por otra parte, la incompacencia ha de ser injustificada, porque cuando se demuestra la causa de la inasistencia y su motivo de excusa, cabe la posibilidad de repetir la audiencia. En tal caso ¿no se habría producido la caducidad automática de la prueba, si la justificación no se realiza dentro del quinto día de la fecha fijada para la audiencia?.

En cuanto al *desistimiento* también existen fisuras legales. ¿Qué tipo de desistimiento establece la ley? ¿es del derecho o de la pretensión?

> Palacio dice que no es ni uno ni lo otro, pues la norma erige a la incomparecencia (desde luego, injustificada) del actor, en una presunción de que ha abdicado, no ya de su derecho material, sino de la facultad de obtener la protección de éste a través de una sentencia de amparo en los términos del art. 13 de la ley 16.986, motivo por el cual la mencionada actitud procesal, no comporta, en rigos, un desistimiento del derecho ni de la pretensión. En

608 Rivas, *El amparo*, cit., p. 292.

> consecuencia, si bien el actor se halla inhabilitado para interponer una nueva pretensión de amparo, puede hacer valer su derecho en otro tipo de proceso[609].

El estudio comparativo de las normas procesales que rigen los supuestos de desistimiento del derecho y de la pretensión en el proceso (arts. 304 y 305) con las correspondientes a la renuncia voluntaria de los derechos y a la pérdida o extinción de ellos, deja en claro que el desistimiento procesal es de interpretación restrictiva; además, no procede si no es por pedido expreso del interesado y, en algunos supuestos, con el consentimiento y convalidación del demandado.

El archivo de las actuaciones que amenaza el artículo 10 ante la incomparecencia del actor, supone el *desistimiento del proceso*, si ello fuera posible. Pero no lo es, porqué el actor no ha producido el acto expreso donde manifieste su voluntad de abandonar la instancia.

Tampoco es *desistimiento del derecho*, porque a pesar de que éste no necesita la conformidad del accionado, en cambio requiere de petición en tal sentido.

> Dice el artículo 306 del código procesal "*el desistimiento no se presume y podrá revocarse hasta tanto el juez se pronuncie, o surja del expediente la conformidad de la contraria*".

En la compilación de argumentos, la única conclusión posible es tener a la audiencia de prueba que no tiene la presencia del actor o del demandado como un supuesto de pérdida o caducidad de la prueba por negligencia en su producción, pero que no puede llevar al término del juicio constitucional, por archivo inmediato de las actuaciones, porque viola esa decisión el derecho a que las partes defiendan sus derechos en un proceso debido (art. 18 y 43 de la Constitución Nacional).

Y dicho ello, también el mismo magistrado que resolviera archivar las actuaciones, renunciaría voluntariamente a ejercer de oficio el control de constitucionalidad que le corresponde por mandato de la Norma Fundamental. Afirmamos que los procesos constitucionales no son procesos privados, ni tienen el carácter de voluntarios, ni someten a consideracion del juez los derechos dirimentes; en realidad, el conflicto constitucional exige siempre la sentencia de igual tipo, y no la que resuelva pretensiones particulares.

609 Palacio, Lino E., *La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994,* La Ley, 1995-D, 1240.

7.3 Incomparecencia del requerido

Cuando la ausencia a la audiencia es del requerido, el acto se toma únicamente si existe prueba ofrecida por el actor; caso contrario, se considera la cuestión como de puro derecho (sin necesidad de auto que así lo declare) y pasan los autos para dictar sentencia.

La consecuencia es la pérdida de la prueba testimonial, y no de la totalidad de la prueba pues se interpreta que la caducidad probatoria es para aquella que debía producirse en la reunión convocada a esos efectos. Por tanto insistimos con el interrogante ¿qué pasa si el demandado citó a sus testigos, éstos concurren y están entregados en tiempo y forma los interrogatorios? Evidentemente, la carga de comparecer se vuelve una obligación y pierde su característica de facultad, contingencia que contraría el sentido técnico de la defensa en juicio y de la estrategia que el accionado puede planificar.

Una vez más la norma muestra su incongruencia sin que la jurisprudencia haya advertido el desatino. Se aplica la norma y con ello se genera una evidente inconstitucionalidad.

> Obviamente que la ley no puede perseguir el inmoral propósito de tender trampas o dificultar el progreso de la acción de amparo –sostiene Rivas–, contrariando de esta manera todo principio ético. Por otra parte, hay una visible fractura del principio de igualdad, ya que la ausencia de la actora se fulmina con la pérdida del juicio, en tanto que la conducta del poder público simplemente le produce la caducidad de la prueba ofrecida, cuando si se quiere salvar aquél principio, se le debió imponer la pérdida del juicio con costas[610].

[610] Rivas, *El amparo*, cit., p. 292,

CAPÍTULO XXXI

Medidas cautelares y provisionales

1. Régimen legal aplicable

1.1 La ley federal de amparo solo menciona de soslayo a la medida de no innovar, señalando que será apelable la resolución que la conceda. No obstante, el desempeño jurisdiccional expande notoriamente la reducción cautelar, ampliando a otras medidas que se razonan con la tutela urgente.

La discutible suplencia que tiene el código procesal con la ley 16.986 podria llevar a que se aplique el régimen de medidas cautelares allí contenidas, de modo tal que deberían acreditarse presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, que son de identidad y encuadre similar a las condiciones que se requieren analizar para dar admisibilidad formal al juicio de amparo.

Por su lado la ley 26.854 establece que las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos, se rigen por las disposiciones de ella.

También la Corte Suprema y tribunales inferiores, seducidos por la llamada justicia protectora, establecen excepciones recurrentes a todos estos dispositivos, echando mano a principios preventivos que enmarcan la necesidad de actuar con la urgencia del caso.

> Cabe dejar sin efecto la decisión mediante la cual se aceptó la adhesión de un grupo de personas en condición de nuevos actores en el amparo inicialmente promovido, sin perjuicio de mantener la medida cautelar por hallarse en juego el derecho humano al agua potable con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se dicte un nuevo fallo con carácter de urgente, pues el examen de los recaudos de admisibilidad de la instancia recursiva local, se llevó a cabo con un injustificado rigor formal que concluyó con la arbitraria cancelación de la vía revisora de que se trata, omitiendo resolver el tratamiento

> de una cuestión federal oportunamente articulada, con la consecuente frustración de los derechos comprometidos en dicho planteo tal como el derecho humano al agua[611].

1.2 Es evidente que este nutrido cuadro normativo suele confundir a quien lo aplica, pues si el amparo constitucional no registra diferencias entre afectados por actos de la autoridad pùblica o el particular, la ley que establece preferencias circunstanciales no podría sobreponerse a un encuadre constitucional como sostiene el art. 43.

Si la base para todos es el principio de igualdad, sería intolerable que algunos tuvieran ventajas que otros, en la misma situación, no reciben. La propia Corte lo afirma, si bien lo dice a los fines de resolver su competencia funcional […]

> La jurisdicción originaria de la Corte Suprema prevista en la Constitución Nacional se halla fuera del alcance de la ley 26.854 (arts. 4° y 9°), en razón de que ella no puede ser ampliada o restringida por disposición infra-constitucional alguna; a la Corte no se le pueden imponer limitaciones de orden procesal que restrinjan el ejercicio pleno de las atribuciones constitucionales que el art. 117 de la **Ley** Fundamental le ha encomendado[612].
>
> La jurisdicción originaria de la Corte Suprema prevista en la Constitución Nacional se halla fuera del alcance de las disposiciones de la ley 26.854, en razón de que ella no puede ser ampliada o restringida por disposición alguna[613].

1.3 El panorama se oscurece todavía más cuando las medidas cautelares que se solicitan coinciden con la solución definitiva del conflicto. El paraíso de las llamadas medidas autosatisfactivas suelen ser de uso cotidiano, pese a que la Corte no las trata con demasiada cortesía. En efecto, recuérdense fallos explícitos que decían […]

> No se puede dejar de señalar la irritante desigualdad que ha producido entre los depositantes la desorbitada actuación de los tribunales inferiores, que por medio de medidas cautelares denominadas "autosatisfactivas", descalificadas por la Corte, provocaron un notable trastorno económico que incluso puso en riesgo la regularización de los compromisos asumidos por la Nación frente a organismos internacionales de crédito […].

611 Fallos, 337:1361.

612 CS, “Entre Ríos, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad - incidente de medida cautelar”. Sentencia de 1 de octubre de 2019.

613 Fallos, 342:1417.

> Los beneficiarios de las medidas cautelares "autosatisfactivas" decretadas por tribunales inferiores han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio […][614].
>
> Desde otra perspectiva, que ampliaremos, el tribunal dice […]:: La lectura del fallo recurrido se desprende que la medida cautelar requerida y ordenada por el juzgador coincide con el objeto de la demanda, por lo que la resolución que declaró su viabilidad constituye un anticipo de jurisdicción e implica, por tanto, el juzgamiento del fondo del asunto[615].
>
> Si la medida autosatisfactiva requerida es independiente de un juicio posterior y la cautelar dispuesta admitió la pretensión inaudita parte, de modo tal que la contraparte no tuvo posibilidad de ejercer su defensa la que, en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, la decisión que la concede constituye un exceso jurisdiccional en menoscabo del derecho de defensa en juicio[616].

Con este panorama normativo y jurisprudencial la respuesta cautelar es incierta y, por esllo, queda muchas veces a expensas del juez de turno. En lo siguiente, se aportan orientaciones desde una perspectiva particular.

2. Tutela de urgencia y sistemas cautelares

2.1 La autonomía del proceso cautelar es una tendencia progresiva que va demostrando que lo estrictamente precautorio es disímil de las resoluciones urgentes; así como lo provisional no tiene accesoriedad con el proceso principal ni condiciona la sentencia de mérito que se vaya a dictar.

El carácter accesorio significa poner a las medidas cautelares con una finalidad precisa que, por lo general, es para asegurar que el objeto de prueba no se pierda, que se conserve una situación de hecho que la deje congelada por un tiempo, o que resguarde hacia el futuro para conseguir eficacia jurisdiccional en el cumplimiento de la sentencia.

El concepto de un derecho sustantivo de cautela es por demás discutible. De otro modo, se consigue con la medida el mismo resultado que se alcanza con la decisión

614 Fallos, 327:4496.

615 Fallos, 316:1833; 320:1633, entre muchos otros.

616 Fallos, 330:5251.

definiitva del amparo, y obviamente, esa coincidencia constituye un anticipo de jurisdicción que no es propio para el amparo.

2.2 Es verdad que los tiempos del proceso no resultan adecuados en orden al paralelo que se busca con la justicia rápida y efectiva, que en materia de procesos constitucionales, persigue ubicar la vía judicial más idónea para tener un juicio pronto y expedito.

Justamente sobre esta constatación se fue elaborando una tendencia que, sobre los pilares del proceso cautelar, fomentó las decisiones de tipo preventivo y protectorio, que se apoyaron en normas constitucionales (especialmente, los arts. 41 y 43).

> Si la acción de amparo ambiental promovida está destinada a impedir el comienzo de la construcción de dos represas localizadas en la provincia demandada involucra trabajos de envergadura y frente a la posible incidencia que éstas podrían proyectar en los cursos de agua, glaciares y ecosistemas de la zona de influencia, corresponde que -con fundamento en los principios precautorio y de cooperación (artículo 4° de la Ley General del Ambiente)- se requieran distintas medidas preliminares previas en el marco de las facultades instructorias del juez en el proceso ambiental (artículo 32 de la Ley General del Ambiente) y sin perjuicio de lo que, en definitiva, se decida respecto de la competencia[617].

La esencia de la resolución, a pesar de esos efectos para el caso, no desdibuja sus características de provisionalidad y mutabilidad toda vez que esto opera siempre que se alteren o cambien las circunstancias (hechos) que justificaron el sentido de aquella providencia (es el fenómeno de la cláusula *rebus sic stantibus*). Si en el ejemplo se suprime el riesgo que sufre el derecho al agua potable, lo decidido preventivamente carece de justificación.

Pero nada de ello descarta que sea propio de las medidas cautelares prestar un servicio de asistencia al proceso. Esa es su finalidad, y todo el campo ganado en su efectiva prédica por la seguridad y la justicia, corroboran, nada mas, que la enérgica respuesta que posibilitan.

Con esta inteligencia se podría afirmar que, la función jurisdiccional de cautela no es diversa de la ejecutada en procesos ordinarios o ejecutivos pues se trata siempre del ejercicio, en diversa medida, de las facultades que integran la jurisdicción. El

[617] Fallos, 339:515.

conocimiento es sumario o sumarísimo, pero siempre existe en algún grado. Además, no hay un proceso cautelar específico, en el sentido de que la autonomía de la medida sólo se refleja en la circunstancia de que ella pueda ser impetrada separadamente (art. 195, Código Procesal), del proceso donde se actuará el derecho. Se explica así que el levantamiento de las medidas precautorias debe ser dispuesto, salvedad hecha de la hipótesis del art. 588 del Código Procesal por el juez que las ordenó[618].

2.3 La particularidad de cada medida depende del objeto que tiende a preservar. Aún cuando existe una pauta común de condiciones, ellos no abastecen la fusión en uno u otro tipo de resoluciones.

La disciplina formal esta bastante deteriorada y genera confusiones lógicas en la interpretación de cada una. Una se da cuando se trata de resolver la protección de personas, u otra similar, porque en éstas el juez necesariamente conoce en una situación de hecho y obra consecuentemente. Asimismo, cuando se dicta un embargo, secuestro, inhibición general, etc., son decisiones de tipo ejecutivas, no obstante cuando se reserven el mote de provisionales.

Ante semejante ambigüedad, otros prefieren referir a un *tertium genus* del proceso contencioso, obrante junto al de cognición y al de ejecución, porque el presupuesto esta en la litis y no en la composición de ella, de la misma manera que su efecto no es la declaración de certeza de una relación jurídica, sino la tutela del proceso a través de otro proceso. Este podría ser el supuesto del amparo, pero solo para un tipo (amparo individual contra actos de particulares) y no para todos.

Ninguna de ellas consigue demostrar suficientemente la lógica instalación de las medidas cautelares en el concierto de las decisiones o resoluciones jurisdiccionales, y esa desorientación quizás haya sido el motivo por el cual la ley 16.986 solo pensó que se debía mantener el *status quo* (medida de no innovar) hasta que se pudiera resolver el conflicto de constitucionalidad o ilegalidad.

2.4 La dispersión es notable, como lo son también, las decisiones que se dictan en el amparo bajo el nombre de medidas cautelares que, en los hechos, responden a

618 Fallos, 24:211; 206:373, entre otros.

principios diferentes. El afán por buscar un *momen iuris* determina que nuestro superior tribunal hable de principios de protección y prevencion; el Código Civil y Comercial alegue la función social del juez y el deber protectorio evitando los abusos manifiestos; en lo procesal se focaliza el permiso para el activismo judicial, y así todos encuentran en las garantías de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la sombrilla que los preserva.

Pero lo cierto es que, una tutela sumaria puede dar razón a quien la tiene en forma rápida y definitiva, mientras que la cautelar sólo persigue proteger la resolución que se pueda dictar, cuando con el tiempo pueda quedar frustrada, sin que ello implique que quien obtenga la medida tenga razón en el fondo. Lo que nos parece inasible es separar la actuación sin tener reglas que pongan certeza; dicho en otros términos: las diferencias de la tutela no pueden obstruir la aplicación de garantías y principios del amparo, en cuyo caso, lo asimétrico puede estar en las formas como se ordenan según sea el afectado por la medida, el Estado o el particular.

2.5 Tan larga presentación tiene, entonces, un solo objetivo: promover que las medidas cautelares que en el amparo se dicten discurran por los carrilles de la tutela de urgencia, antes que amoldarlas en los presupuestos tradicionales del proceso común. Usar este argumento significa confundir verosimilitud del derecho con el carácter de afectado individual o grupo representado adecuadamente; peligo en la demora, no es lo manifiesto y arbitrario. Y exigir contracautela, tampoco guarda sentido en un proceso donde la verdadera protección constitucional proviene de la inteligencia con que los jueces realicen la interpretación sobre los hechos o el acto lesivo.

Hay distintas figuras que se aplican en la lectura de esta propuesta. Veamos cuáles son.

3. La tutela preventiva

3.1 La diversidad de funciones en la actividad jurisdiccional disciplina alternancias que dependen de lo que el juez pueda realizar más allá de lo reglado; pero también habilita la creatividad del abogado que solicita desde la demanda innovaciones de pretensión que no se muestran en el clásico conjunto de lo “material” y lo “procesal”. Dicho esto, en el sentido de advertir una transformación en la dinámica del objeto, que

no encuentra el molde apropiado en el sistema procesal que tiene, toda vez que la costumbre de práctica cotidiana es que el juez actúa, a instancia de parte, para reparar el perjuicio sufrido o restablecer el principio de legalidad. Entonces ¿qué ocurre?

La respuesta nos parece simple: hoy los roles de jueces y tribunales son diferentes pues tienen un deber implícito en la función de "hacer justicia", más allá de las pretensiones interesadas de las partes, aunque sin quebrar las garantías que a éstos se debe preservar. El problema está con los esquemas invariables que siguen aplicando principios y reglas que, a pesar de los reclamos de la doctrina para su adaptación, continúan tratando la controversia judicial como una lucha entre partes.

Y, como repetimos hasta el cansancio, en el amparo no hay partes que pelean, sino jueces actuando la máxima obligación que la Constitución les dio: interpretar conforme, para que la Norma Fundamental se proteja y aplique.

En este contexto es preciso obrar claramente para impedir que la actividad no se vea como un ejercicio de autoritarismo judicial. Sobre todo, porque los perfiles novedosos que se encuentran, en realidad tienen precedentes conocidos, solo que nominalmente se los presenta con denominaciones diferentes.

3.2 Actualmente la acción preventiva se concreta en el Código Civil y Comercial de la Nación con dos disposiciones […]

> Artículo 1710.- *Deber de prevención del daño*. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:
>
> a) evitar causar un daño no justificado;
>
> b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
>
> c) no agravar el daño, si ya se produjo.
>
> Artículo 1711.- *Acción preventiva*. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Lo preventivo supone, además de un mandato específico de hacer o no hacer, adelantarse al peligro y eludir la actuación *ex post facto.* Se trata de llegar a tiempo con la resolución judicial, que es provisoria pero suficiente.

La diferencia está en que, por más que se haya constitucionalizado la función judicial preventiva, este modelo de tutela se destina a un reducto ajeno a la Norma Fundamental.

> El control preventivo de los jueces, a fin de evitar un daño irreparable a un menor no implica, por cierto que el Poder Judicial avasalle la prensa, sino la utilización de una herramienta eficaz para la protección de derechos fundamentales brindándole un amparo adecuado[619].

La tutela preventiva de carácter procesal se destina a situaciones que no se pueden espejar en el amparo. Si las violaciones a los derechos de las personas fuesen de agravio constitucional, la propia Carta Fundamental les da un proceso rápido y expedito, y una ley que, de aplicarla en los tiempos que ella predispone, serían suficiente para demostrar que llegarían con soluciones definitivas antes que kas provisorias de carácter cautelar.

En materia ambiental, por ejemplo, la Ley General permite la prevención del daño, o la producción o propagación del mismo a futuro. Es en este último aspecto en donde cobra especial trascendencia lo preventivo, que resulta el instrumento clave para la protección especial que se explica.

> Corresponde requerir informes al Estado Nacional, a la Provincia de Santa Cruz y a la Provincia del Chubut en el marco de una acción de amparo ambiental colectivo con el objeto de que se asegure el efectivo acceso al agua potable en cantidad y calidad suficiente a toda una población, como medidas preliminares previas a la definición de la competencia de la Corte[620].
>
> Procede el amparo cuando se advierte la ilusoria posibilidad de que la actora pueda replantear por otra vía procesal el análisis y resolución de la controversia y el superior tribunal provincial omitió ponderar que en la instancia anterior, se había rechazado tácitamente las medidas de remediación de la zona afectada, máxime cuando la

619 Fallos, 324:975.

620 Fallos, 342:126.

situación ambiental llevaba un prolongado tiempo sin ser resuelta e incidía negativamente en la salud de niñas, niños y adolescentes que habitan las zonas afectadas[621].

3.3 En nuestra opinión, la tutela preventiva reclama mayores exigencias procesales que resguarden el equilibrio o facilite el control sobre el principio de proporcionalidad. En la dimensión de los "nuevos derechos", como los que se vinculan con el derecho a la salud, al desarrollo, a la inclusión social; o los más difundidos como la protección del usuario y consumidor, o los derechos ambientales, se torna expreso y manifiesta la necesidad de actuar mandatos de urgencia destinados a impedir o cesar comportamientos lesivos. Son eso justamente, decisiones urgentes, y no medidas precautorias.

No es propiamente una medida cautelar sino la expresión de una función jurisdiccional de tipo preventivo (por lo autónomo) no cautelar (porque es independiente del proceso principal). Brasil la denomina "tutela específica" (art. 461 del código procesal federal) y se dirige a proteger un derecho de contenido material sin convertir la reparación en un equivalente al daño infringido, sino que, antes bien, inhibe la práctica del acto contrario o del daño, o determina un resarcimiento *in natura* o el cumplimiento de la prestación en forma específica, o tal y como fue contratada[622].

> La tutela de los derechos y facultades constitucionales invocados por el actor a través del amparo, puede encontrar un proceso mejor, por lo que cabe disponer que la acción se sustancie por el trámite previsto para el juicio ordinario en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, siendo la acción declarativa -que al igual que el amparo tiene una finalidad preventiva-, el medio plenamente eficáz y suficiente para satisfacer el interés de la actora[623].
>
> Carece de razonabilidad que la tutela preventiva judicial pueda equipararse a la censura administrativa -en el sentido de la Constitución y los tratados de derechos humanos- hasta el límite que en su nombre se pueda eliminar el ejercicio de un derecho constitucional como es el de solicitar y obtener la tutela judicial efectiva de otros derechos fundamentales, donde

621 Fallos, 339:1423.

622 Marinoni, Luiz Guilherme, *El derecho fundamental de acción en la Constitución brasileña*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 27 de abril de 2008.

623 Fallos, 335:1222.

> la gravedad e irreparabilidad de los perjuicios se presentan de modo mucho más acentuado que en los daños que puedan darse en otros ámbitos del derecho[624].
>
> La acción declarativa, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva, y es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la provincia que procura tutela jurisdiccional ante la actitud del Estado Nacional de impedir mediante directivas y resoluciones dictadas, la pesca a toda embarcación que tenga por objetivos la captura de merluza hubbsi en el Golfo San Jorge[625].
>
> La acción declarativa que, como el amparo, tiene una finalidad preventiva no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora en tanto procura tutela jurisdiccional en el caso[626].

4. Tutela anticipatoria

4.1 En esta modalidad lo que se anticipa es el resultado de fondo, sea total o parcialmente. Por eso, la coincidencia se puede encontrar en el objeto de la pretensión o en los efectos de la cosa juzgada.

La legislación comparada presenta dos modelos […]

> El código de proceso civil de *Brasil* establece que: “El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I. Exista fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación, II. Esté caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio (malicioso) del demandado”. Por su parte, el ordenamiento procesal del *Perú*, en su artículo 618 dispone: "Medida Anticipada: además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva".

Se transcriben ambos códigos para confrontar las tendencias. Cuando se quiere anticipar la pretensión la provisionalidad es la característica, y la posibilidad de reversión la contracara o reserva del derecho. El adelanto es sobre la petición (v.gr.: pretensión indemnizatoria que se solventa parcialmente con la sentencia anticipatoria) y

[624] Fallos, 324:975.

[625] Fallos, 323:1859.

[626] Fallos, 307:1379.

los presupuestos se corresponden con los de las medidas cautelares, es decir, verosimilitud del derecho, peligro en la demora, y posibilidad de afianzamiento[627].

En cambio, cuando el anticipo trabaja sobre los efectos de la sentencia, cabe hacer una diferencia según el pronunciamiento sea *provisional* (v.gr.: alimentos provisorios urgentes; sentencia ejecutiva), y como tal revisable y pendiente del proceso principal que lo subordina; respecto de las *sentencias anticipatorias*, propiamente dichas, que asignan un tipo de cosa juzgada diferente a la formal y material, y que podría ser instalada en un grupo nuevo, como cosa juzgada anticipatoria.

4.2 La comparación nos lleva a propiciar todo impedimento para que en el amparo se pronuncien sentencias anticipatorias que, de favorecerlas, violaríamos la propia Constitucion que reclama interpretación sin prejuzgamiento. Oportunidad en un proceso rápido y expedito que, de encontarse violando el derecho a resolver dentro de un plazo razonable, exacerbaría más la ilegalidad al resolver provisoriamente.

Las tendencias que legislan este modelo, muestra que no son dos caras de una identidad, sino fisonomías diferentes con particularidades también distintas. La tutela anticipada forma parte del elenco de las "tutelas de urgencia", y le permite al juez satisfacer en un proceso común, la pretensión antes de llegar a la sentencia final. Para hacerlo la certeza es ineludible, la urgencia debe ser manifiesta, y la posibilidad de revertir lo ya acordado, un elemento esencial para el test de admisión.

> Es descalificable la sentencia que rechazó el amparo tendiente a que se ordene la realización urgente de las reparaciones necesarias en la unidad habitacional ante el riesgo cierto e inminente de colapso de techos y electrificación de paredes en el marco de una honda problemática social si se apoyó en la existencia de otra causa para considerar que existían otras vía alternativas al amparo sin advertir que esta última no era un cauce procesal apto para debatir los derechos invocados[628].

627 Para Berizonce, medida anticipatoria es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable. Son cuatro los presupuestos de procedencia: 1) prestación de contracautela; 2) que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles; 3) prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente, recaudo que revela que es menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta; 4) la concurrencia de una suerte de plus del requirente por sobre "el peligro en la demora" corriente en las medidas cautelares (Berizonce, Roberto O., *Tutela anticipada y definitoria*, J.A. 1996- IV, 741).

628 Fallos, 341:1586

Es cierto que una cosa es asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia y otra, diferente sin duda, resulta anticipar la decisión en forma total o parcial, lo que en algún lado se lee como “despacho interino de fondo”. Este grupo está dentro del género de las tutelas especiales, o de urgencia, y acomete como sentencia anticipatoria.

En funcionamiento, la tutela anticipatoria exige más que la verosimilitud en el derecho. La proximidad con la certeza es el estado ideal, al punto que no se podría adelantar el resultado con la mera posibilidad que surge del presupuesto cautelar, pero sería factible cuando la sumatoria de probabilidades aumenta la certidumbre. Lo manifiesto por su evidencia palpable y clara es el punto de partida que posibilita plantear la pretensión.

> La virtualidad de la cuestión propuesta se encuentra sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como lo es el del embarazo de la actora. El transcurso íntegro de ese período vital tornaría inoficioso un pronunciamiento de este Tribunal, a la vez que sería susceptible de concretar el daño actual o inminente en que se sustenta esta acción de amparo. Esas circunstancias imponen al Tribunal la adopción de una decisión con la máxima urgencia, máxime frente a la comprobación de que cuestiones de competencia han provocado dilaciones incompatibles con el inevitable término del proceso de gestación de un ser humano[629].
>
> La alegada urgencia en la satisfacción de la prestación solicitada en beneficio de un niño discapacitado y el hecho de que la demandada, tras conceder el beneficio, dejó de afrontar las prestaciones periódicas y sucesivas, ponen de manifiesto que el fallo que consideró que la demanda de amparo se dedujo en forma extemporánea por haber sido deducida pasado el plazo de caducidad del art. 2°, inc. e de la ley 16.986 irroga agravios de imposible reparación ulterior[630].

4.3 Luego debe ser analizado el riesgo que importa no resolver de inmediato, por el peligro de tornar inútil la decisión de fondo o de ver frustrado el derecho. La irreparabilidad del perjuicio en los tiempos normales del litigio es la pauta, pero no el fundamento. El peligro en la demora es cautelar, mientras que la urgencia fundada es propia de la tutela anticipatoria. No puede trabajar aislada de la certeza absoluta, pues

[629] Fallos, 324:5.

[630] Fallos 341:274.

allí donde exista un álea o eventualidad de tener soluciones distintas, anula la procedencia.

La bilateralidad con el derecho a la contradicción permanente genera otra diferencia con lo cautelar puro, pues no se elimina en la especie. La anticipación de la sentencia es coincidencia con la pretensión material, no con las prevenciones de naturaleza cautelar que se pueden conseguir, por ejemplo, con las acciones preventivas.

Por eso, aunque se otorgue un anticipo de lo pedido, el amparo debe continuar hasta la sentencia definitiva.

> Aún cuando, a raíz de la medida anticipatoria decretada en autos, ya haya tenido lugar la intervención quirúrgica que la demanda procuraba obtener -cirugía con endoprótesis no prevista en el PMO-, queda subsistente un interés suficiente en la habilitación de la instancia extraordinaria, desde que el sentido de la resolución final tendrá directa influencia sobre la determinación del sujeto que en definitiva habrá de afrontar los costos de la operación[631].

Finalmente, la irreversibilidad es una traba para que se autorice el adelanto que beneficia al que pretende, porque es de la esencia de este mecanismo, la provisionalidad; vale decir, la solución instantánea pero no definitiva, en cuyo caso, de tornar de imposible devolución las cosas al estado anterior, vuelve en un crédito emergente de la sentencia (título ejecutorio), que no significa accionar de regreso, ni es propio que así se resuelva en una acción de amparo.

> Cuando se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora, tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso[632]

> La acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, y frente a un grave problema, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual la misma no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego

631 Fallos, 337:441.

632 Fallos, 331:563.

y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole[633].

4. La tutela de satisfacción inmediata

4.1 El principio de bilateralidad supone que cuando alguien pide ante los jueces, se escucha a la otra parte para que, confrontando razones de la afirmación y de las negaciones, se pueda tomar una decisión justa; a veces, cuando es manifiesto el derecho del que peticiona y promedia un peligro claro de tornar ilusorio el cumplimiento de la sentencia, esa posibilidad de oír al contrario se posterga; primero se resuelve y después se da posibilidad de réplica u oposición. Pero en las llamadas "medidas autosatisfactivas", que nosotros preferimos llamar de satisfacción inmediata, el problema está en que trabaja sobre un modelo inédito: se pide y de inmediato se resuelve; no hay tiempos para la bilateralidad; no hay espacios para la provisionalidad.

Pero ¿son ciertas estas observaciones?

> Pico i Junoy sostiene que […] "se trata de medidas que se adoptan en un procedimiento que podríamos calificar de sumarísimo, en el que sólo se pretende la protección expedita y rápida del actor debido a la situación de urgencia que requiere su tutela, y nada más[634]. El carácter sumarísimo se deduce de la posibilidad de adoptarse la medida autosatisfactiva sin audiencia del demandado. Su derecho a la defensa se posterga a la formulación del recurso de apelación contra la sentencia en la que se adopte la medida o al proceso declarativo posterior (la elección de una vía defensiva excluye la otra). Así, como destaca Marinoni, la clásica tutela cautelar se transforma en técnica de sumarización para con ello lograr superar la ineficacia del procedimiento ordinario y obtener una sentencia rápida y capaz de hacer efectivo el derecho material reclamado"[635].

633 Fallos, 330:4647.

634 Calderón Cuadrado, advierte del riesgo de la sumarización de la tutela cautelar, cuando afirma: "Sin embargo, una y otra [la medida cautelar conservativa y la anticipatoria], sin distinción, si no están en función de una sentencia del proceso principal, si no se ha establecido ese nexo de unión entre ambos, sino que se solicitan con la intención de convertirse en definitivas, se corre el riesgo de modificar su naturaleza y convertirlas de medidas cautelares en procesos sumarios" (*Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Cívitas, Madrid, 1992, p. 80).

635. Pico i Junoy, *De las medidas cautelares, a las medidas autosatisfactivas ¿un avance del derecho procesal?*, ob. cit., p. 2.

4.2 La doctrina ha trabajado muchísimo la materia, como también se ocupa la jurisprudencia de llevarla a cabo y señalar presupuestos y condiciones. En este sentido se exponen como requisitos:

a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal;

b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;

c) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas de satisfacción rápida que despacharen, y disponer, a solicitud de parte, prórroga de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;

d) Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada, o excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído;

e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un proceso declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada; elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra.

También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida auosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación; previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.

4.3 Para comprender cabalmente el modelo, primero es necesario responder a su objetivo. Las medidas de satisfacción inmediata son providencias que anticipan un resultado coincidente con la pretensión principal, tornando innecesario continuar con el trámite del proceso, al quedar cumplido su objeto con la decisión adoptada.

La presentación de ellas supone trabajar con los requisitos de la tutela de urgencia y particularmente de la tutela anticipatoria. Vale decir, certidumbre absoluta sobre la fehaciencia del derecho que se invoca; evidencia notoria y sin necesidad de prueba corroborante, más la necesidad imperiosa de solucionar cuanto más rápido se pueda para evitar un perjuicio irreversible. Con estos requisitos se plantea la pretensión urgente que, como tal, no es una medida cautelar, porque no persigue la satisfacción provisional sino la obtención de un resultado pleno.

La certidumbre inicial que se exhorta ante los jueces para que sean éstos quienes decidan, da lugar a la cuestión siguiente: ¿Es suficiente para obrar la función jurisdiccional de conocimiento y ejecución, acordando efectos de cosa juzgada, a una pretensión que no tiene posibilidades de resistencia, más allá del control de razonabilidad y prudencia que el tribunal ejerza? Probablemente sea muy riesgoso afirmarlo, pero si se intercala entre el pedido y la decisión una etapa de bilateralidad, se resuelve –en nuestro parecer- la inconstitucionalidad manifiesta que surge de ser negada.

Además, no se puede aprovechar una medida extraordinaria y excepcional que razona sobre la extrema urgencia, para sustituir con ella la finalidad constitucional del proceso por excelencia, como es el amparo. Es aquí donde se debe extremar la rapidez y expeditividad para solucionar con el formato *sui generis* que tiene el juicio constitucional.

La Corte ha sido muy estricta al considerar la admisión de la autosatisfactiva como repuesta de suplencia del amparo, o como resolución requivalente […]

> La existencia de verosimilitud y el peligro irreparable en la demora debe examinarse con particular estrictez, pues en el caso de concederse la tutela preventiva, se derivarían de ella los mismos efectos que los de la pretensión que constituye el objeto del litigio, sin que se advierta por el momento -sin perjuicio de futuras modificaciones de las actuales circunstancias- una situación de hecho que pueda influir en el dictado de la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible[636].
>
> Corresponde revocar la medida cautelar que mantuvo la orden dirigida a la AFIP para que se abstenga de aplicar a los socios de la entidad actora el procedimiento de ejecución

[636] Fallos, 330:1261.

> establecido en el art. 92 de la ley 11.683 (t.o. 1998), en tanto su objeto coincide con el de la acción de amparo rechazada por falta de legitimación del amparista[637].
>
> Si bien el art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se refiere exclusivamente a la potestad de la Corte para entender respecto de medidas cautelares dictadas aun por quien no reviste la calidad de tribunal superior de la causa, si la medida cautelar coincide con el objeto de la demanda, la resolución que declaró su viabilidad constituye un anticipo de jurisdicción e implica el juzgamiento del fondo del asunto por lo que la competencia del Tribunal no queda circunscripta al estrecho marco cognoscitivo de la cautela sino que se extiende también a lo que ha sido tema de fondo, o sea, al planteo sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada[638].

4.4 Pensar en las medidas de satisfacción inmediata como procedimientos autónomos, o como innovación en las funciones jurisdiccionales que carecen del modelo típico del método judicial de debate, tiene para nosotros dos inconvenientes de naturaleza constitucional:

a) De aceptarse que es un despacho singular que torna innecesaria la promoción de un proceso porque ya se consiguió el objeto que en éste se debiera plantear, supone generar una providencia de naturaleza administrativa (no jurisdiccional, porque resuelve una demanda que no quiere ser pretensión, porque ésta exige sustanciación) que, al afectar el derecho de terceros a quienes no se escucha, es inconstitucional;

b) si acordamos que hay sustanciación por mínima que sea, hay garantías, principios y reglas que se deben cumplir para que haya proceso; y para ser tal culmina, únicamente, con la sentencia fundada que la Norma Fundamental instala entre las garantías del debido proceso. Si es una providencia, o un despacho, no será la sentencia debidamente fundamentada que piden las normas básicas mencionadas.

6. Medidas provisionales

8.1 La medida de no innovar, como antes se dijo, es la única mención que tiene la ley 16.986 respecto a disposiciones cautelares. Ella se utiliza como medio de

637 Fallos, 330:3015.

638 Fallos, 325:28.

suspender la ejecución o cumplimiento de un acto mientras se desarrolle el trámite del amparo.

> Si bien por vía de principio, la medida de no innovar no procede respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles[639].
>
> Si fue la propia autoridad municipal antecesora de la demandada quien reconoció la existencia de un estado de potencial afectación de la seguridad de los habitantes del barrio, por lo que les confirió, con apoyo en normas de carácter local, un tratamiento distinto del resto de los vecinos, la resolución que denegó la medida de no innovar no contiene una ponderación de la realidad comprometida ni de la secuela que puede llegar a producir el cumplimiento inmediato del acto administrativo dictado al amparo de la ordenanza impugnada[640].
>
> El amparo no actúa como una simple medida de no innovar, accesoria a una demanda judicial ya iniciada o que corresponda iniciar, para lo cual carecería de toda justificación (Voto del Dr. Carlos S. Fayt)[641].

8.2 Confrontadas las situaciones posibles, el juez tendría que resolver:

a) Si el acto público o de un particular constituye una vía de hecho consumada, la medida cautelar es inoficiosa porqué, las consecuencias se habrían cumplido y sólo podría resolver una reparación.

b) Si la medida está cumpliéndose y la lesividad es continua, la precautoria puede suspender la agresión.

c) Si la acción se deduce contra un caso de amenaza, evidentemente la medida de no innovar admite mantener los hechos como están, hasta que se resuelvan en definitiva.

d) Pero también el juez puede disponer una medida anticipatoria, que obrando dentro del marco de urgencia y expeditividad que el amparo requiere, lo faculta para anticipar los resultados que, de otro modo, no llegarían a tiempo.

> Por ejemplo, si el amparo fuera interpuesto para evitar una tala indiscriminada de árboles, la medida cautelar que ordene no practicar esa actividad, estaría anticipando la tutela

639 Fallos, 325:23.

640 Fallos, 321:1480.

641 Fallos, 321:1252.

> solicitada, pero el efecto provisional de la providencia resolvería parcialmente el caso planteado.

Cualquiera de estas decisiones responden la consigna de preservar el derecho constitucional (o fundamental) que está restringido, alterado, lesionado o amenazado. Ahora bien, si tenemos en cuenta lo dicho anteriormente respecto a la bilateralidad del amparo y la supuesta necesidad de encontrar legítimos contradictores, la medida cautelar no podría darse cuando no hay demandados posibles. Pero, en realidad, ni hay demandados (en el amparo, se revisa el acto lesivo) ni limitaciones para resolver preventivamente.

En efecto, existen situaciones que afectan a terceros y que el amparo resuelve como una necesidad de evitar perjuicios mayores. Por ejemplo, si un grupo de vecinos, o sólo uno de ellos, deduce la ilegitimidad de un acto administrativo que autoriza la construcción de un edificio de propiedad horizontal en una zona vedada para ello, la medida cautelar paraliza los efectos de la autorización o impide que ella prosiga.

> El Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán, con simpleza y claridad resuelve: "*Medida de no innovar*.- En cualquier estado de la instancia el Juez puede ordenar, a pedido de parte o de oficio, medidas de no innovar, las que se cumplimentan en forma inmediata, sin perjuicio de su ulterior notificación. El Juez puede pedir la contracautela pertinente para responder por los daños que tales medidas pudieren ocasionar. La solicitud debe resolverse el mismo día de su presentación.
>
> "Cuando la suspensión acordada por la medida de no innovar afecte un servicio público o a la administración, el Juez puede dejarla sin efecto, declarando a cargo de la autoridad demandada o personalmente por los que la desempeñan, la responsabilidad por los perjuicios que se derivan de su ejecución.
>
> "De igual modo, el Juez interviniente puede dictar cualquier medida de conservación o seguridad que la prudencia aconseje, para prevenir riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo conforme con las circunstancias del caso.
>
> "El Juez por resolución fundada, puede hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que se hubieren dictado"

La accesoriedad de las precautorias lleva a que dictada la sentencia (definitiva) pierdan su vigencia por haberse esclarecido el objeto que tenían destinadas a resguardar o conservar.

8.3 Cuando la suspensión del acto corresponde a una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 13 de la ley 26.854, que tratamos en el punto siguiente.

Los recaudos a cumplir son simultáneos, de manera que si falta uno solo de ellos, no se podrá admitir la cautelar. Ellos son […]:

> a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;
>
> b) La verosimilitud del derecho invocado;
>
> c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto;
>
> d) La no afectación del interés público;
>
> e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.
>
> 2. El pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida.
>
> En este supuesto la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el inciso anterior.
>
> 3. La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa.
>
> El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2.
>
> 4. La entidad pública demandada podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del acto estatal en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resolverá el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declarará a cargo de la entidad pública solicitante la responsabilidad por los perjuicios que irrogue la ejecución, en el supuesto en que se hiciere lugar a la demanda o recurso.

7. Medidas cautelares contra el Estado

7.1 La ley 26.854 regula el régimen de medidas cautelares que se peticionen contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados. Incluye en sus disposiciones el procedimiento que corresponde cuando sean las autoridades señaladas quienes reclaman para sí las precautorias.

El amparo quedó fuera de sus previsiones, pero se aplica cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando el objeto sea de naturaleza ambiental.

Como también la ley se refiere genéricamente al amparo para señalar algunos trámites, algunas veces el tribunal requiere que se cumplan estos procedimientos, provocando esa distracción que se altere un importante conjunto normativo que comienza con la Constitución Nacional, tratados y convenciones internacionales, leyes específicas que dirimen sobre el tema, y modifican esencialmente el poder cautelar de los jueces.

En efecto, las facultades jurisdiccionales para decretar medidas cautelares son, y deben ser, discrecionales. No se puede imponer, ni prohibir la admisión o procedencia de alguna de ellas, porque de hacerlo se viola la garantía del acceso a la jurisdicción, y en tal caso, se afecta el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 43, CN).

> Nos referimos, en especial, a los artículos siguientes, que se destacan en las partes que se aplican a todos los amparos contra el Estado […]
>
> Artículo 2 parte final, que dice: “En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días”.
>
> Artículo 4.- Informe previo: 1. Solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud.
>
> Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes.
>
> Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción.

> Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar una vista previa al Ministerio Público.
>
> 2. El plazo establecido en el inciso anterior no será aplicable cuando existiere un plazo menor especialmente estipulado. Cuando la protección cautelar se solicitase en juicios sumarísimos y en los juicios de amparo, el término para producir el informe será de tres (3) días.
>
> 3. Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

7.2 Las precautorias en materia de amparo no siguen la línea de los presupuestos procesales, al regirse por otros principios que se cobijan en la confianza que a los jueces le otorga la sociedad. De este modo no se aplican los principios dispositivo, y de congruencia, es decir, que siguiendo con esta directiva, el juez no podría fallar fuera del marco de lo peticionado. Pero en las medidas cautelares, el juez puede otorgar o denegar lo pedido, modificar las cautelas dispuestas, sustituirlas u ordenarlas de oficio.

La libertad para decidir debe ser una garantía para la seguridad del justiciable y para la eficacia del servicio jurisdiccional. Por tanto, la directriz que encomienda este principio, admite que las medidas cautelares que se requieren deben ajustarse a sus límites precisos, sin ocasionar daños innecesarios a la contraparte, y preservando la materialización de la ejecución en el supuesto hipotético que fuera necesaria.

> El art. 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nacion dice:"El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger".

Las reglas ponen en claro la libertad del juzgador para proveer las medidas útiles y efectivas, esto es, de acuerdo con la naturaleza de los bienes y demás circunstancias que rodeen el proceso. Interesa apuntar que, ordenada la medida precautoria pedida por la parte y puesta en ejecución, al juez le está prohibido modificarla por encontrar consentida la precautoria y en vías de cumplimiento. El art. 204 que referimos, se refiere a la cautelar solicitada, mas no a la que ha sido ordenada, salvo que esté recurrida.

7.3 El fundamento de estas facultades radica en evitar que las medidas cautelares sean fomento de actitudes extorsivas o abusivas, sin perjuicio de la flexibilidad que pondera el uso adecuado de cada una de las precautorias. El sentido preventivo está también en el art. 205 del ordenamiento adjetivo, de poca o nula aplicación en el contencioso administrativo, y menos aún, en el amparo.

Además, las medidas cautelares son esencialmente *preventivas*. No juzgan ni prejuzgan sobre los derechos del peticionante, pero conservan presente el objeto que tienden a proteger de manera que es fundamental el carácter guardián de bienes del cautelado, y de seguridad para el justiciable.

El art. 206 del código muestra una faceta de esta condición preventiva […]

> "Cuando la medida se trabare sobre bienes muebles, mercaderías o materias primas, pertenecientes a establecimientos comerciales, fabriles o afines que los necesitaren para su funcionamiento, el juez podrá autorizar la realización de actos necesarios para no comprometer el proceso de fabricación o comercialización".

El principio de conservación y continuidad de la empresa, tan particular en el derecho comercial, continúa en sede procesal con las condiciones que se indican. En esencia responden al criterio por el cual se sostiene que las medidas cautelares no han de irrogar perjuicios innecesarios. Precepto que se puede amoldar con el art. 203 del régimen procesal.

Opera también aquí la discrecionalidad del juzgador para decidir la medida adecuada (v.gr.: si fuese un embargo sobre cuentas puede sustituir la precautoria por una administración o intervención judicial).

7.4 En el amparo la reducción que enuncia la ley 16.986 con la medida de no innovar, se amplía en la ley 26.854 hacia toda medida que resulte idónea para asegurar el objeto del proceso. Esta, si bien es ajena al amparo, puede ser confrontada en el poder cautelar que tiene el juez en un proceso, y más aun al tratarse de un juicio constitucional.

Donde estaremos de acuerdo, también, es en las reglas del artículo 14 de la ley que venimos espejando, donde hay una clara inclinación a impedir el uso de medidas autosatisfactivas, que solo encuentran excepción cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, o se encuentre comprometida la vida digna

conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental (art. 2 inciso 2, párrafo final).

> Cuando el art. 3º parte final de la ley 26.854 señala que las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal, hace referencia a una inveterada y errónea costumbre del foro, de copiar en el incidente que se abre para requerir medidas cautelares contra el Estado, repetir después lo dicho como si fuera la principal pretensión. Obviamente ante la coincidencia, la precautoria es desechable de inmediato.

Para ello, incumbe a los jueces la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia ínsita en los temas referidos, pudiendo dictar las medidas cautelares mejor dispuestas y encauzar los trámites por carriles expeditivos y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con una tutela constitucional[642].

7.5 Una particularidad del amparo son las reglas de competencia y su enfrentamiento con el artículo 196 del código procesal que permite se ordene cualquier precautoria por juez incompetente. Esta norma se utiliza abusivamente y con el claro objetivo de dilatar el proceso una vez que se consigue.

Ocurre que, ni la incompetencia manifiesta ni la declarada por la alzada en virtud de la apelación, autorizan el levantamiento de las medidas cautelares decretadas. De subsistir éstas, quien debe ordenarlo es el juez competente, es decir, el juez natural del proceso principal, regla que al ser también discutible, no hace más que prolongar la celeridad que se impone, convirtiendo a lo que debiera ser una medida provisional, en un resultado precario, aunque de largo alcance.

> La alzada del juez ante el cual vino a quedar radicada la causa, está llamada a juzgar en los recursos de apelación planteados contra medidas cautelares dictadas por el tribunal incompetente que previno en el proceso[643]. La medida cautelar ordenada por un juez incompetente no prorroga su competencia[644].

642 Fallos, 336:2333.

643 Fallos, 340:824.

644 Fallos, 315:1738.

El principio general es que los jueces deben abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no sea de su competencia.

> Si tanto el Juzgado Federal de Junín como un juzgado contencioso administrativo federal se declararon competentes para entender en la causa, el órgano legalmente facultado para dirimir la contienda de competencia es la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en virtud del art. 20, segundo párrafo, primera parte, de la ley 26.854[645].
>
> En el marco de una medida cautelar formulada contra el Estado Nacional o sus entes descentralizados, el juez interviniente debe expedirse sobre la cuestión de competencia al momento de pronunciarse sobre aquélla, si no lo hubiera hecho antes, según lo dispuesto por el art. 2°, ap. 1°, de la ley 26.854 dado que la norma no brinda otra oportunidad para pronunciarse sobre la cuestión, distinta de las previstas en los arts. 4°, 10 y 352 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación[646].

7.6 Lo mismo suele ocurrir cuando se bilateraliza en el amparo el pedido de una cautelar, generando una suerte de información previa al Estado o sus dependencias, con un fin inapropiado para la regla de resolver sin oír a la contraparte. Esto es confundir los espacios que se deben aplicar.

Lo exacto que ocurre es que con una vara igual de admisión para el proceso común que para el constitucional, se otorga autonomía al procedimiento cautelar cuyo único objeto a resolver será la procedencia de lo pedido antes, simultáneamente o después de promover la demanda.

En consecuencia se vuelve a un problema ya explicado. El acto lesivo que demuestra lo manifiesto e ilegítimo de la violación constitucional se pone junto al requisito de verosimilitud del derecho; el peligro en la demora se iguala con la urgencia y expeditividad con que se debe resolver; y la contracautela queda como una exigencia discrecional del juez quien debe estudiar las características del caso.

Con el criterio establecido, bastaría con que el representante del Estado alegara que la medida es inadmisible o refiera sobre la existencia y legitimidad documental, para impedir que se diera una medida cautelar, en un proceso donde después deberá

645 Fallos, 341:668.

646 CS, “Santader, Julio César c/ E.N. – S.P.F.”. Sentencia del 15 de setiembre de 2015.

intervenir. De este modo, consigue una ventaja procesal inaceptable que quiebra las reglas del principio de igualdad de las partes en el proceso.

7.7 Finalmente, nos interesa señalar que -a sabiendas que la expiración de las medidas cautelares no es propia del amparo-, la eventual incidencia de la regla de caducidad de la cautelar por extinción del tiempo previsto para su vigencia. Lo útil puede estar en los tiempos máximos que se predisponen (tres meses para el amparo) porque de ellos se puede tomar el plazo razonable para gestionar la totalidad de un juicio constitucional como el amparo contra actos de autoridades públicas. Superado ese tiempo, sería injusto alterar la garantía para solo uno de los sujetos que intervienen.

Se puede elogiar la decision de calificar la conducta procesal de la parte que, tras conseguir que la precautoria se dicte, abandona o pone pausas excesivas en el trámite del amparo, buscando ventajas que resultan claramente abusivas en el proceso.

CAPÍTULO XXXII

La sentencia en el amparo

1. Sentencias constitucionales en el control concentrado y difuso

1.1 La sentencia en el amparo es uno de los capítulos más conflictivos, toda vez que sus principios, formas, efectos y particularidades depende del modelo constitucional donde se articule. En nuestro país, el formato y el contenido se desarrolla como si fuera una sentencia ordinaria (art. 163 CPCC).

En los sistemas de control constitucional político no hay específicamente una sentencia. Existe una declaración sobre el precepto normativo, que no puede catalogarse como decisión jurisdiccional, pues no es esa la función que cumplen.

> El Consejo Constitucional francés no tiene como función un control general de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, ni tampoco de garantizar por su intermedio los derechos y libertades de los ciudadanos, Su actividad esencial se explica con la Constitución de 1958 que pretende *reforzar el Ejecutivo en detrimento del Parlamento*, y particularmente, de la Asamblea Nacional. En tal marco general, sostiene Fernández Segado, se intuía útil instituir un mecanismo eficaz para obligar al Parlamento a permanecer en el marco de sus atribuciones constitucionales. Y a ello responde el Consejo Constitucional[647].

En los sistemas jurisdiccionales, también difiere porqué es distinto el método aplicado en el control difuso respecto al concentrado, y las confusiones aumentan cuando se observa un modelo dual que emplea internamente metodologías de uno y otro sin unificarlos.

647 Fernández Segado, Francisco, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*, en Revista Española de Derecho Constitucional Año 13 39 nº (Septiembre-Diciembre), Madrid, 1993, ps. 195 y ss.

> Domingo García Belaunde, advirtiendo el fenómeno de penetración e inflluencia recíproca entre los sistemas, denomina modelo dual o paralelo, a aquél que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse, tal como tiene Perú en su carta constitucional vigente desde 1993[648].

1.2 Nuestro país es otro ejemplo de desconcierto. Seguimos a la Constitución Americana pero no tenemos *common law*. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación no aplica el *stare decisis* (doctrina del precedente obligatorio), provocando repetidamente que sean los Superiores Tribunales de cada provincia quienes tengan la última palabra en la interpretación constitucional. El cierre de los procesos constitucionales que debiera ser propio del Alto Tribunal de la Nación, queda despojado de la función gracias a las restricciones de la Acordada 4/2007.

Esta verdadera desigualdad de sistemas se vuelve evidente en los juicios de amparo, que teniendo la misma antesala en la Constitución Nacional, cada uno lo resuelve con el modelo que prefiere la ley reglamentaria local que se ocupa del trámite antes que de la sustancia.

> Si la acción de amparo iniciada por la concubina en reclamo del porcentaje de la pensión fue rechazada con el argumento de que asistían vías procedimentales más idóneas y al intentar el camino judicial éste se le deniega con fundamento en que había transcurrido el plazo del art. 12 del Código Contencioso Administrativo local -perimido ya a la fecha del dictado de dicha sentencia- la contradicción importó, cuanto menos, posicionar a la justiciable en un camino que la condujo fatalmente a la frustración de su solicitud y que vulneró gravemente su derecho de defensa en juicio, a lo que se añade la falta de fundamento en la descalificación de los argumentos de la cámara[649].
>
> El rechazo in limine del amparo interpuesto por el intendente de la ciudad de La Rioja (…) carece de todo desarrollo argumentativo racional respecto de las cuestiones constitucionales y no satisface la garantía constitucional de fundamentación de las sentencias judiciales, en tanto no podía clausurar definitivamente el debate sobre la naturaleza no justiciable de las cuestiones de trascendencia institucional que se plantean rechazando in limine el amparo al resguardo de competencias locales, pues el respeto al régimen federal de gobierno y al ejercicio en plenitud de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias exige reconocer a

648 García Belaunde, Domingo, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo,* La Ley, 1998-E, 1175.

649 Fallos, 338:530.

> sus magistrados el carácter de irrenunciables custodios de garantías de la Constitución Nacional[650].

1.3 La problemática de la sentencia en el amparo sucede con el alcance que se le debe dar cuando ella la profiere un tribunal concentrado, en cualquiera de sus modelos (v.gr.: cortes; sala dentro de un Superior Tribunal; tribunal autónomo), respecto del pronunciamiento que emite un juez constitucional del control difuso, que permite a cualquier magistrado dar efectividad al principio de controlar la supremacía de la Constitución.

Cuando el modelo es concentrado (Tribunales Constitucionales) el debate se sostiene acerca de si el fallo es jurisdiccional o no. Como tal, los alcances objetivos y subjetivos dependen de la consideración que reciba el carácter de la sentencia, pues si fuera interpretada como resolución que permita aplicar o inaplicar una norma, los efectos se reducen a la validez misma de la ley. En otros términos, no existiría una decisión para las partes sino para toda la sociedad respecto a la validez o ilegitimidad de una norma jurídica.

> La incertidumbre que rodea a este instituto –dice Blasco Soto– tiene una de sus causas en que la sentencia constitucional se ha reducido en su concepto al hecho jurídico material (resultado del legislador negativo), sin advertir que el régimen de las decisiones procesales y su naturaleza varía según se trate el tema desde el punto de vista sustancial o procesal. Si el estudio del alcance cronológico se resuelve desde el derecho sustancial, su virtualidad se desplegará desde el momento en que se verifica el hecho constitutivo (la sentencia); eficacia que, en modo alguno, se considera consecuencia jurídica de la naturaleza de la decisión. Desde esta posición las categorías jurídico-materiales (nulidad/anulabilidad) son las que definen la eficacia temporal de la sentencia constitucional. La concepción dogmática dominante que considera la sentencia más como acto normativo que procesal determinó que sus efectos se delimitaran en atención al vicio de la ley (acto nulo o acto anulable) sin establecer diferencias entre el objeto del control (la ley) y la naturaleza del resultado (la sentencia)[651].

650 Fallos: 337:1263.

651 Blasco Soto, María del Carmen, *Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad.* Revista Española de Derecho Constitucional Año 14. Nº 41 (Mayo-Agosto), Madrid, 1994, ps. 35 y ss.

En los sistemas difusos, el tema de la bilateralidad del proceso lleva a posiciones opuestas. O se justifica la sentencia en los términos como se expide en un proceso común, haciendo verdad el precepto que el juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes; o se permite que resuelva la cuestión de constitucionalidad sin mediar petición expresa de las partes, con el fundamento que los procesos constitucionales llevan implícita esta misión jurisdiccional.

1.4 Los Tribunales Constitucionales son órganos de justicia especial. Su función está acotada a un conflicto normativo que deben resolver sobre la base de respeto al principio de mayor jerarquía de los derechos fundamentales. Esta característica llevó a que, por mucho tiempo, se concibiera al tribunal como legislador negativo pues su tarea primordial era evitar la aplicación de normas que violentaran la Constitución. Al mismo tiempo, sus sentencias se consideraron como expresiones de legislacion constitucional.

Sin embargo, estas conclusiones solamente resultan ciertas en el plano del incidente de inconstitucionalidad, donde claramente se observan partes que responden al principio de bilateralidad; contradicción normativa que admite aplicar el principio controversial, y efecto de la sentencia hacia quienes son legítimos contradictores.

> La cuestión de inconstitucionalidad, al ser incorporada posteriormente, introdujo aspectos nuevos que no influyeron en los principios estructurales ya asentados, de la nueva jurisdicción. Se prescindió, por razones elementales, del efecto inmediato que la declaración de inconstitucionalidad provoca en las relaciones jurídicas. Sin embargo, la aparición del proceso constitucional que tiene su origen en la legitimación de los órganos jurisdiccionales ha planteado nuevas cuestiones y problemas que no resuelve ya la vieja concepción.
>
> Sostiene Blasco Soto que, para averiguar cuál es la verdadera naturaleza de la sentencia es menester acudir al proceso en el que ésta nace. Desde la lógica del juicio se advierte que la naturaleza del proceso condiciona y limita el alcance de la decisión, encuadrándola con criterios objetivos. Como ocurre con la ordinaria, la naturaleza de la sentencia constitucional, se presenta como algo típico, explicable sólo en términos procesales y no mudables a categorías ajenas. En la sentencia constitucional se puede y debe hablar de retroactividad, pero no fuera del proceso, porque la sentencia es factor reflejo pero, a la vez, determinante de cambiantes situaciones procesales hasta la situación definitiva que crea[652].

[652] Soto Blasco, ob. cit., p. 43.

El objeto del proceso constitucional se limita al restablecimiento o preservación de los derechos y libertades, pero agrega la declaración de inconstitucionalidad como un supuesto diverso que puede resultar una consecuencia inevitable de cualquiera de las peticiones.

1.5 Por ello el interrogante surge para esclarecer si las pretensiones que versan sobre la constitucionalidad de una norma permiten estudiar algo más que la adecuación de la ley al principio de la supremacía. De ser afirmativa la respuesta, la sentencia podría considerar los efectos de la norma en el contexto social y aun para las partes del conflicto.

Es decir, una sentencia del Tribunal Constitucional no es, por vía de principio, una decisión para las partes sino una declaración abstracta sobre la constitucionalidad imperante; pero cuando resuelve la ilegitimidad normativa, y la sentencia debe aplicarse, no quedan dudas sobre la incidencia que ella apareja en el derecho de quienes confrontan y en la trascendencia que importa para toda la sociedad.

> Cuando Blasco Soto presenta el principio de la entidad compleja de la sentencia constitucional, no pretende desvirtuar el carácter individual de las sentencias del Tribunal Constitucional. Sólo muestra la confusión existente en el terreno de identificar la naturaleza jurídica de las decisiones de la jurisdicción concentrada. En su discurso agrega que "queremos precisar que el hecho que reivindiquemos el aspecto procesal de la sentencia no nos hace olvidar que el fin del proceso no es sólo una definición procesal, sino que es indudable que el proceso tiende a un resultado sustancial, que es la proclamación de la voluntad de la ley que resuelve la pretensión deducida en el mismo"[653].

Las sentencias del Tribunal Constitucional son estimatorias o desestimatorias; las primeras deben declarar la nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el ejercicio pleno de los derechos o libertades protegidos, con la determinación en su caso de la extensión de sus efectos. En principio, éstas son sentencias declarativas que producen efectos abrogatorios "in abstracto".

Pero cabe advertir que, cuando la decisión encuentra que la actuación de los poderes públicos contiene el vicio de inconstitucionalidad, la declaración no es abstracta, pues el efecto inmediato se produce en la relación jurídica que originó el planteo de constitucionalidad, de modo tal que los particulares afectados tienen una

[653] Blasco Soto, ob. cit., p. 45.

sentencia favorable y una cosa juzgada específica que se aplica en sus límites objetivos y subjetivos. Obviamente, estos efectos son procesales y no legislativos.

1.6 Si la actuación del Tribunal Constitucional proviene de una demanda de amparo, la sentencia ha de respetar el principio de congruencia, a cuyo fin el juez debe fallar conforme lo pedido y probado por las partes.

> Si la sentencia se basa en hechos distintos de los alegados por las partes, el Tribunal debe alertar que lo hace dentro del marco de los hechos fundamentales que permiten su intervención: a) los que configuran el derecho fundamental cuya tutela se demanda; b) los que delimitan su función o puesta en peligro actual.
>
> Dice Cordón Moreno que, el Tribunal Constitucional incurrirá en incongruencia siempre que los hechos nuevos por él introducidos como fundamento de su decisión supongan una alteración de esos hechos fundamentales y, como consecuencia, de las pretensiones ejercitadas[654].

Las sentencias desestimatorias se limitan a declarar que no existe lesión efectiva y que, en consecuencia, no debe anularse acto alguna, adquiriendo firmeza la situación jurídica que originariamente se cuestionara.

Como se observa, en los modelos de justicia constitucional concentrado, la historia revela que partieron de un sistema político destinado a defender la Constitución sobre la base de la teoría piramidal de Hans Kelsen, para evolucionar como tribunal de conflictos de claro sustento en principios procesales.

1.7 En cambio en el control argentino, la defensa constitucional comienza a petición de parte, se desarrolla a expensas del interés manifestado y culmina con un pronunciamiento acotado a lo pedido y probado por las partes.

Evidentemente, la técnica dispuesta como la apreciación judicial del foco litigioso, queda sometido por el principio dispositivo, por el cual puede afirmarse que, históricamente, “el proceso es cosa de partes” y el juez resuelve “*secundum allegata et probata*”.

654 Cordón Moreno, Faustino, *El proceso de amparo constitucional.* La Ley, Madrid, 2002 (2ª edición), p. 133.

Aparece aquí un problema similar al de la jurisdicción concentrada: si la sentencia es un acto procesal, el proceso es su origen y sólo las partes sus interesados. En consecuencia, la decisión sólo a ellos afecta y el efecto no trasciende a terceros para no agraviar el derecho de defensa y la extensión natural de la cosa juzgada.

En cambio, cuando la sentencia se analiza como un acto institucional, donde anida el problema de la declaración de inconstitucionalidad con su probable interferencia en la actividad de los demás poderes, el tema necesariamente cambia sus fundamentos.

La opinión mayoritaria de la doctrina sostiene que el juez constitucional del sistema difuso puede, aun sin mediar requerimiento expreso de parte, declarar la inconstitucionalidad de las leyes. De este modo, la función jurisdiccional queda preservada y garantizada la eficacia constitucional, tal como quedó consagrado en el artículo 43.

2. Contenido de la sentencia

2.1 En una obra reciente de esta editorial[655] sostuvimos que la naturaleza jurídica de la llamada "sentencia constitucional" era un tema de necesario esclarecimiento.

En los llamados procesos constitucionales (amparo, hábeas data, hábeas corpus, acción de cumplimiento, acción popular, etc.) la sentencia dictada, lógicamente también es "constitucional", aun cuando el camino de llegada no sea el apropiado para remediar los conflictos de interpretación sobre derechos fundamentales.

Sea como sea, la verdad es que el panorama está abierto a varias interpretaciones, llevando a la necesidad de definir cuándo se está ante una sentencia constitucional y poder, así, cualificar su esencia y calidad.

La cuestión no es solamente de contenido, sino además, del formato como debe construirse la sentencia. En primer plano queda de manifiesto que es diferente de una decisión común donde la razón del derecho se divide en ganadores y perdedores. Aquí no se focaliza la persona y la cuantía de su argumento fundado, porque la mirada se pone en el derecho constitucional afectado, de manera que la bilateralidad de

[655] Gozaíni, Osvaldo A., *Sentencias constiotucionales. Teoria y práctica*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2020, capítulo I.

testimonios puede quedar solapada por la aplicación de principios propios y específicos de la interpretación constitucional.

Es en este tramo donde anida buena parte del desarrollo doctrinario, que sin haber analizado el presupuesto anterior (naturaleza jurídica), clasifican las sentencias constitucionales sin explicar los motivos que los lleva a poder apartarse del modelo tradicional de elaboración. Esto se constata inclusive en la redacción de nuevas cartas superiores locales y federales, que confunden la actividad jurisdiccional propia del control de constitucionalidad, con la eficacia potestativa de la sentencia, convirtiéndola en un mandato impropio o casi en una legislación indirecta.

Este aspecto no se puede omitir toda vez que replantea la discusión sobre la jurisdicción y la legislación, o dicho en otros términos, en la posibilidad de tener jueces que con sus sentencias creen derechos como si fueran legisladores.

2.2 Una proyección del problema advertido está en la eficacia "*erga omnes*" donde hemos tenido oportunidad de señalar las asimetrías de aplicación en el modelo continental europeo respecto del Latinoamericano[656].

En este espacio la desigualdad entre el control de constitucionalidad difuso que resuelve solamente en y para casos concretos, se distancia del modelo concentrado que puede remediar en abstracto (modelo Kelseniano) y con proyecciones hacia todos; e inclusive trabajar en casos donde la eficacia expansiva de la sentencia se puede aplicar a la generalidad de un grupo o sector.

Esa diferencia entre resolver casos concretos de eficacia singular, y casos abstractos que generalizan la respuesta a un colectivo, confunde muchas veces al juez que realiza la actividad, pues en nuestro país no es posible tramitar un expediente que no tenga un afectado individualizado, dando lugar a reyertas doctrinarias entre quienes piensan que los derechos también se pueden afectar colectivamente difuminando los perjuicios individuales, dando por cierto así que la sentencia puede proyectar la eficacia de la cosa juzgada hacia todos.

656 Gozaíni, Osvaldo A., *Sobre sentencias constitucionales y la extensión erga omnes*. La Ley, 2007-D, del 8 de agosto de 2007. También en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, tomo I. Porrúa, México, 2011 (1ª edición), p. 153.

2.3 También la elaboración técnica de una sentencia filtra cuestiones de menor formalidad pero de mayor trascendencia. La ideología, en una sentencia constitucional, es un tema inocultable, donde no son únicamente consideraciones dogmáticas las que fluyen, al poder cimentar los fundamentos con la impronta de los hechos; o el crédito de la doctrina; o la influencia del precedente; cuando no en motivaciones políticas o de interpretación pura que, todas ellas, demuestran la necesidad de abordar esta faceta.

En efecto, en Argentina se puede ver, como ejemplo, cuánto significa este deber de razonabilidad. El art. 17 de la Constitución dice que la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de *sentencia que debe fundarse en ley* […]. Por su parte, el art. 18, esquematiza el derecho de defensa en juicio dando la siguiente garantía: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley anterior al hecho del proceso* […]".

Las sentencias se deben razonar, porque la racionalidad aplicada a los hechos constituye un requisito natural para que las partes conozcan los motivos que han provocado la persuasión y certeza representada en la decisión. Esta condición proveniente de la Norma Fundamental es el temperamento que expone el artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) cuando sostiene […]

> *Deber de resolver*- El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Ahora bien, apoyar la razón de una sentencia en la ley puede ser genuino pero no asegura la legalidad constitucional de cuanto se resuelva. Por eso, actualmente, la legislación comparada proclama un derecho fundamental más amplio, destinado a garantizar al ciudadano el acceso al proceso y a una decisión justa. Cuadrar la diferencia supone esclarecer cuánto significa *fundar* una sentencia en ley (de modo que si la ley se aplica no hay conflictos eventuales) respecto a *motivar* la decisión (que supone fundamentar con el aporte de razones).

La distancia puede ser importante teniendo en cuenta que los jueces del sistema codificado están obligados a someterse al imperio de la ley (en cualquiera de los mecanismos de control de constitucionalidad), mientras que un diseño disímil admite las bondades de la equidad y la interpretación abierta de la norma. En definitiva, de lo que se trata es de fijar una idea estable para la razonabilidad de las sentencias.

2.4 Las dos funciones que se observan, la *procesal* que propicia fiscalizar desde el control jerárquico de instancias superiores, y la función *política* que con la democracia admite el control de la opinión pública, determinan como un elemento necesario e ineludible en el debido proceso, que toda decisión judicial sea razonable y plenamente motivada.

La ventaja que tiene esta condición, coloca en primera línea la actitud preventiva que impide consagrar arbitrariedades al imponer una motivación plena y suficiente de lo resuelto. Por eso al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de fuerza suficiente como para desterrar la arbitrariedad.

En segundo término, se pone de relieve la acción imparcial y desinteresada del juez que, al interpretar los hechos y aplicar el derecho, decide sin favorecer a una u otra parte sin más beneficios que los resultantes de la justicia proclamada.

Inmediatamente, la obligación de explanar razones y fundamentos en cada decisión jurisdiccional, y particularmente en la sentencia definitiva, supone crear una nueva garantía procesal que se destina a varios frentes: a) como deber de los jueces al resolver; b) como control de las partes sobre la justificación de las providencias y decretos; c) como criterio de fiscalización en el cumplimiento de la ley; d) como salvaguarda para la independencia judicial, y e) como principio orientador sobre las formas procesales que toda sentencia debe contener.

2.5 Pero, al mismo tiempo, la elaboración escrita de la fundamentación obliga a invertir tiempos del proceso que, a veces, contrarían otros principios fundamentales como el “derecho al plazo razonable”, el cual no queda resuelto con la imposición de plazos y términos para expedir las resoluciones judiciales.

No se descarta que la tarea de fundamentación exhaustiva produce la obligación de ocuparse de todas y cada una de las pretensiones, de manera que la simple motivación no se puede tener cumplida con la mera declaración de voluntad del juzgador, en la medida que la decisión judicial debe estar precedida de una argumentación sólida y referida con cada una de las pretensiones.

Por otra parte no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa y pormenorizada que vaya respondiendo a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa que en su caso realicen quienes ejerzan la potestad jurisdiccional; lo importante es que las pretensiones de las partes se sometan a debate y se discutan de forma argumentada y razonada.

2.6 La síntesis concreta en las decisiones que se tomen en el juicio de amparo un modelo de sentencias constitucionales. Estas, para focalizarse en la Norma Fundamental, postergan sin arbitrariedad, las prioridades o preferencias de quienes litigan, para darle prelación al principio de supremacía constitucional, apoyado en las jerarquías de intereses y en la razonabilidad del imperio y autoridad del pronunciamiento.

Para cumplir cabalmente con este contenido implícito cambian dos componentes esenciales: las *formas* y la *sustancia*.

Las primeras resuelven el modo de construir una sentencia constitucional; las otras, refieren a los modelos de fundamentación. Podrán llegar de la *razón suficiente,* que se apoya en el análisis deductivo de los hechos con relación al derecho aplicable; o en su caso, se basarán en argumentos de cobertura supletoria o accidental, que se instalan en la parte de motivaciones destinadas a conseguir la reflexión del sujeto violador; o para hacer apostillas que sin resultar imprescindibles para fundamentar la decisión, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

> García Tomá afirma que […] la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad. La finalidad apunta a orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que puedan ser utilizados en la interpretación que estos realicen en los procesos a su cargo: amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos[657].

En todo este amplio espacio de la arquitectura de sostén para una decisión diferente al modelo tradicional de la sentencia, se obtienen áreas singulares que

[657] García Tomá, Víctor, *Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional Peruano.* Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, s/f, p. 34.

trascienden cuanto responde al pronunciamiento definitorio. No solo es la sentencia de valor ejecutivo la que se designa, sino también, todo aquello que se desprende con autonomía del fallo alcanzado.

Es el tiempo de los llamados "*obiter dictum*" o de la "*ratio esendi*" o, también de la "*ratio decidendi*" que son expresiones latinas que se formulan como integrantes y significan algo más que una parte del cuerpo del decisorio. El *obiter dicta*, es lo que se dice fuera de contexto, pero con una fuerte vinculación a consecuencias previsibles o que se quieren expresar de paso en la providencia; esto es, aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las "consideraciones generales", las descripciones del argumento jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa que se decide. El *obiter dicta*, no tiene fuerza vinculante y como se expresó, constituye criterio auxiliar de interpretación[658].

En cambio la *ratio decidendi* son argumentos de la motivación; hacen al fundamento central que elude la pura discreción o la arbitrariedad de quien resuelve. No son justificativos, sino razones de fondo que obligan a expresarlas para darle sentido justo a la sentencia constitucional[659].

Para llegar a conclusiones sostenibles, la sentencia deberá trabajar con este molde apropiado más a lo constitucional que a lo dirimente, y en su caso resolver: a) si es una amenaza, que ella termine y se resguarde la posibilidad de consumación; b) si es una lesión que ella sea reparada; c) si es una restricción que ella se suprima; d) si es alteración que el derecho se restaure o reponga al estado anterior; y e) si hay inconstitucionalidad deberá dictarse con los efectos que correspondan a la extensión de afectados.

3. Sentencias de inconstitucionalidad

[658] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia: C-241/10

[659] La *ratio decidendi*, corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico. Es decir, es la "formulación, del principio, regla o razón general [de la sentencia] que constituye la base de la decisión judicial. '(…) La *ratio decidendi* está conformada, se decía antes en las sentencias de la Corte, por "los conceptos consignados en esta parte [motiva de una sentencia], que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva", sin los cuales "la determinación final [del fallo] no sería comprensible o carecería de fundamento" (Sentencia C-241/10, citada *ut supra*)

3.1 Un ejemplo valedero que verifica la necesidad de adecuar el formato de la sentencia que se dicta en el amparo, ocurre cuando en el caso se puede declarar la inconstitucionalidad de alguna norma.

La posibilidad se encuadra en el artículo 2 de la ley 27 (resolución del tribunal en el caso o controversia), y esencialmente, en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional. De ello se desprende que, tramitándose un amparo existe la causa, y la decisión adoptada se aplicará a ese reducto procesal.

> Una pretensión que, más allá de la vía por la cual se la ha introducido, persigue la invalidez constitucional de una norma, debe responder a un caso o controversia en los términos de los arts. 116 de la Constitución Nacional y 2 de la ley 27, ya que de soslayarse esta exigencia el Tribunal debería llevar a cabo su jurisdicción más inminente en un conflicto meramente hipotético[660].
>
> En materia de amparo las normas son las mismas, y por ello, la existencia de "causa" presupone la de "parte", esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso; la "parte" debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afecten de manera suficientemente directa o sustancial, que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas en los artículos 41 a 43 de la Constitución Nacional, sin que de dichas previsiones constitucionales se siga la automática aptitud para demandar, sin el examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción , en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de "causas" (arts. 108, 116 y 117 de la Constitución Nacional)[661].

Decisión simple, pero incongruente con el significado de cuanto refleja un caso de inconstitucionalidad. La norma ilegítima, ilegal o arbitraria puede declararse inaplicable al afectado; y al mismo tiempo que lo dice, altera el principio de igualdad al no hacer extensiva la sentencia hacia todos aquellos que se encuentran en identidad fáctica y jurídica.

3.2 Si fuera afirmado que es deber constitucional resolver el caso y actuar hacia los demás con la eficacia expansiva de la cosa juzgada, la afirmación sería acertada en

660 CS, “Unión Cívica Radical - Distrito La Rioja y otro s/ acción de amparo”. Sentencia del 25 de enero de 2019.

661 Fallos, 336:2356.

los mecanismos que receptan la obligatoriedad del precedente; pero no es así en Argentina, donde la Corte Nacional declama la extensión pero no la puede imponer.

Inclusive el efecto erga omnes se desplaza hacia los amparos ambientales, y en aquellos donde se pueda tramitar como procesos colectivos, siendo restringido y excepcional aplicar tal efecto a otros procesos.

> Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar requerida por el actor -diputado nacional-, y ordenó la suspensión de la aplicación y los actos de ejecución de la ley 26.522 -regulación de los Servicios de Comunicación Audiovisual- mientras se sustancia la causa, con caución juratoria, al mismo tiempo que tuvo por entablada la acción contra el Estado Nacional, pues el *a quo* debió haber considerado que una cautelar que suspende la vigencia de toda la norma con efecto *erga omnes*, tienen una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedentecia debe ser evaluada con criterios especialmente estrictos que la cámara no aplicó[662].
>
> Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por un abogado consiguiendo que se declare la inconstitucionalidad de la normativa impugnada, atribuyéndole carácter *erga omnes* a la decisión, pues el fundamento de dicha amplitud en los efectos de la resolución no se halla sólo en la búsqueda, por parte del juzgador, de arbitrios tendientes a superar el escollo derivado de la arraigada concepción individualista en materia de legitimación, sino que el verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger[663].

En consecuencia, resolver el caso es una sentencia dirimente de un conflicto entre partes que controvierten sobre hechos y derechos; mientras que una sentencia constitucional, es una consrucción ideológica que importa realizar interpretación constitucional.

No son únicamente los argumentos que las partes despliegan los que ponen prioridad de motivos; tampoco lo fuerza la contundencia probatoria que se haya gestado; lo más importante y que trasciende dicho interés particular, es el poder de interpretación constitucional[664]. Por eso, aun cuando la sentencia de

662 Fallos, 333:1023.

663 Fallos, 332:111.

664 Gozaíni, *Teoría de la sentencia constitucional*, cit., ps. 254 y ss.

inconstitucionalidad concluye una controversia, también funge con alcance definitorio y fuerza normativa.

La Corte Constitucional de Colombia, hizo famosa la sentencia que sostiene esta tesitura y dice […]

> Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela[665].

4. Modalización de la sentencia

4.1 La naturaleza que contrae una sentencia constitucional la hace diferente del modelo común. Su proyección aventaja el territorio que las partes delimitan con sus pretensiones, y excede naturalmente esa dimensión cuando se abordan cuestiones abstractas (v.gr.: consulta de inconstitucionalidad).

Si el formato de la sentencia quedara en el cuadro de la formación general, bastaría con decir que se hace lugar a la declaración de inconstitucionalidad o que ella se rechaza, y nada más. En cambio, si atendemos la argumentación enfatizada, las razones expuestas, los motivos aportados, y cuanto se espera conseguir de ese pronunciamiento, pronto se verá que el reducto de las partes en conflicto tiene aperturas y finalidades que admite generalizar la decisión, o esperar de ella más que una cosa juzgada entre partes.

Obvio resulta así, que no importa el sistema previsto para el control de constitucionalidad, porque al emitirse una sentencia constitucional, la consecuencia prevista permitirá clasificar las posibilidades y características.

[665] Sentencia T-406/1992

4.2 En otro lugar dividimos el análisis de la sentencia constitucional en tres planos distintos: *a)* la elaboración formal de la sentencia; *b)* la resolución propiamente dicha y, *c)* la decisión institucional[666].

La primera división se ocupa de la elaboraciuón técnica; la siguiente relaciona el modelo formal y solemne de la estructura; y la tercera es la más importante para verificar las diferencias con la sentencia tradicional.

Curiosamente son los pasos y etapas que contiene el artículo 12 de la ley 16.986 al decir […]

> La sentencia que admita la acción deberá contener:
>
> a) La mención concreta de la autoridad contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo;
>
> b) La determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución;
>
> c) El plazo para el cumplimiento de lo resuelto.

La dificultad es la supletoriedad improcedente del código procesal, que ha llevado a jueces y magistrados a resolver con el formato del artículo 163, sin advertir las posibilidades que se cuentan para apartarse del modelo.

4.3 Las particularidades de las sentencias constitucionales se presentan como *sentencias atípicas*, que permiten establecer al menos tres clasificaciones:

a) Por el *resultado*, son estimatorias o desestimatorias.

b) Por las *modalidades* podrán ser interpretativas, normativas, aditivas, reductivas, sustitutivas.

c) Por los *efectos* son exhortativas, estatutarias o declarativas.

A su vez las sentencias exhortativas tienen modos y efectos propios, que pueden llevar a la anulación, la inconstitucionalidad total o parcial, la delegación (sentencia condicional) o la resolución diferida (constitucionalidad precaria).

Cada una lleva su impronta, con la ventaja de ser sentencias que, pudiendo perseguir un resultado concreto, permiten expandir sus efectos, proyectar sus mensajes,

666 Gozaíni, *Teoría de la sentencia constitucional*, cit., ps. 256 y ss.

o dar aviso al legislador o al administrador para que en un tiempo preciso -que se puede establecer- revise aquello cuya inconstitucionalidad o ilegalidad se encuentra en el caso.

De no cumplirse, podrá convertir a esta sentencia con condiciones, en una sentencia abrogatoria, si el obligado no satisface la advetencia expresada al comunicar la decisión jurisdiccional.

> En la Constitución de la provincia de Río Negro, establece el artículo 208: Cuando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.
>
> Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo.

Como se vé, la propuesta no es descabellada, promoviendo un cambio en la fuerte tendencia a la verticalidad de contenidos. Lo que dice la Constitución no se discute, y cuantos derechos se reglamenten para hacerla más efectiva, mejor será para los derechos del hombre. Esta idea se basa en que mayor sea el arsenal legislativo mejor será la consagración de los derechos.

Sin embargo, la sentencia constitucional no es necesariamente declarativa de todo lo reglado (que suele presentarse como “interpretación conforme”) mientras quede en la potestad del que juzga encontrar la razón suficiente más la ponderación sobre hechos y consecuencias.

> Lorenzetti sostiene que esta lucha por la declaración y la competencia horizontal revela que no se trata de agregar derechos sino de tener en cuenta la base institucional a la que son anexados. El vicio inherente a la teoría de los derechos es que presupone un horizonte homogéneo de experiencia, que no existe en la realidad. Se produce así un conflicto entre la diversidad persistente de las relaciones sociales y el poder homogeneizador del Derecho. De este modo hay dos efectos adversos. En algunos casos se sobre regula a fin de producir esa nivelación, provocando la rebeldía de sectores afectados y contradiciendo reglas económicas-sociales que terminan por desbaratar la pretensión protectoria. En otros supuestos se *infraregula*, conduciendo a la privatización de lo jurídico, adoptando los

> criterios de racionalidad práctica extralegal: el Derecho economizado, medicalizado, politizado[667].

5. Sentencias interpretativas

5.1 El test de constitucionalidad es una actividad propia y específica en el juicio de amparo. No importa el carácter del acto lesivo pues la afectación siempre alcanza a una norma fundamental de fuente constitucioal o proveniente de tratados y derechos humanos.

La labor jurisdiccional asienta, básicamente, en interpretar. Lo podrá hacer siguiendo el sentido gramatical de la disposición; otras veces, adecuará el caso previsto al tiempo cuando la voluntad del legislador quedó expresado; la analogía o la doctrina de la mejor razón es otra probabilidad. En fin, no importa referirnos a los variados métodos para la interpretación constitucional para verificar que son el modelo más utilizado en las sentencias constitucionales.

5.2 En este proceso no escapan los valores y las consecuencias del fallo. Aquella famosa frase de Morello […] "el juez no puede ser fugitivo de la realidad", se torna de aplicación inmediata para que la decision sea auténticamente una palabra actual y justa, sin sustraerse al entorno que rodea el conflicto.

> Las sentencias interpretativas surgen como una alternativa para atemperar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales, pues, en la experiencia de los tribunales constitucionales, sobre todo en Europa, se advirtió que, en muchas ocasiones, la expulsión de una norma producía mayores desajustes al sistema institucional que su aplicación, aun cuando fuera inconstitucional. Javier Díaz Revorio defi ne estas sentencias como aquellas cuyo fallo, dejando inalterado el texto de la disposición, declara explícita o implícitamente que al menos una de las normas, o parte de ella, que de él derivan conjunta o alternativamente, no son acordes con la Constitución[668].

667 Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho.* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Sana Fe, 2006, p. 325.

668 Díaz Revorio, Francisco Javier, *Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 68.

5.3 Algunos ejemplos jurisprudenciales de la Corte Suprema nacional son suficentes para evidenciar como se manifiestan las sentencias interpretativas […]

> Debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad[669].
>
> Tratándose de una pretendida modificación de la regulación referida al gobernador-vicegobernador, la "primera elección general" en cuya oportunidad debería tener lugar la consulta popular para concretar la enmienda es la "próxima elección de gobernador-vicegobernador". Ello implica descartar la opción interpretativa que asimile "próxima elección general" con "cualquier próxima elección" o con la "elección provincial para un cargo determinado"[670].
>
> La ley 27.362 no afecta los procesos ni las condenas oportunamente impuestas en los juicios por delitos de lesa humanidad, sino que aclara la forma de computar el encierro preventivo. Esta operación matemática, a criterio del legislador, debe ser realizada sin el beneficio que estableciera el artículo 7° de la ley 24.390, a la fecha derogado, que otorgaba a la prisión preventiva -una vez transcurrido cierto lapso- el doble de su magnitud […]. A los fines de predicar el carácter interpretativo de una previsión legislativa no solo corresponde atenerse a su literalidad, sino también a la naturaleza de los elementos que el novel enunciado normativo expone con el objetivo de desentrañar el sentido de la legislación anterior[671].

6. Sentencias complementarias

6.1 Agrupamos en este sector a las sentencias que, para evitar la anulación completa de la norma mediante una declaración de inconstitucionalidad, advierten o señalan el vicio que contienen estableciendo el modo como se debe enmendar.

669 Fallos, 328:1146.

670 Fallos, 342:343.

671 Fallos, 341:1768. En sìntesis, este tribunal repetidamente afirma que es atribución del Poder Judicial determinar el carácter de la norma cualquiera hubiese sido la calificación asignada por el legislador (Fallos, 184:621; 234:717; 241:128; 267:297; 311:2073; 328:1476), privilegiando la realidad por sobre la denominación en caso de ausencia de correlación (Fallos, 21:498; 289:67 y 318:676), con el fin de establecer si so pretexto de aclarar se concreta una reforma legislativa (Fallos, 234:717; 267:297; 274:207; 307:305; 327:769) y/o se afectan derechos legítimamente adquiridos bajo el amparo de la ley anterior (Fallos, 311:2073; 324:933; 327:769).

Son las llamadas sentencias aditivas, reductivas o sustitutivas, conforme agreguen al texto algo que le falta para evitar su ilegalidad; le quiten una frase que tiñe el contenido establecido (por ejemplo, decir en una ley procesal que esta será aplicable en todo el territorio nacional, faltándole indicar que podrá hacerlo por adhesión de cada provincia); sustituir un contenido proponiendo otro, o delegando en quien corresponda, el arreglo pertinente.

Explica César Landa […]

> Las sentencias sustitutivas, como sentencia interpretativa-normativa refleja que el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley. Debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico. La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada -y en concreto afectada de inconstitucional- con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial[672].

6.2 Son también sentencias interpretativas que admiten pronunciar la decisión apartándose de la congruencia con la pretensión de absoluta inconstitucionalidad. Tienen un permiso implícito para morigerar los efectos perniciosos de la anulaciòn total y se exponen en varios ejemplos.

> Corresponde revocar la sentencia que al hacer lugar a la acción de amparo interpuesta, había declarado la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 5º- "autoconsumo cualquiera fuere su uso o utilización final" y de la última frase del art. 6º del decreto 786/02 -"autoconsumo en yacimiento"- afirmando en que se incurrió en un evidente exceso reglamentario en desmedro de principio de legalidad tributaria, en razón de que de la ley 25.565 se infiere que el legislador sólo quiso gravar el consumo de gas por redes o ductos entregado a terceros, pero no el autoconsumo, pues dicho recargo rige respecto de la totalidad de los consumos realizado por cualquier ducto, cualquiera sea su uso o utilización final, inclusive el denominado consumo propio o "autoconsumo"[673].

672 Landa, César, *Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional Latinoamericana.* ponencia en el seminario internacional *"La justicia constitucional. Prolegómeno de un Ius Constitutionale Commune en América Latina",* organizado por el Max-Planck-Institut, Heidelberg, 18-19 noviembre de 2009.

673 Fallos, 331:2453.

> Corresponde confirmar la sentencia que no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 36, 37, y concs. de la ley 7195 de la Provincia de Buenos Aires, pues los argumentos esgrimidos por el apelante sobre la interpretación de la ley provincial devienen abstractos en el caso, desde el momento que el tribunal actuante, más allá de responder uno a uno los agravios, reconoce que la palabra ¨ingreso¨ introducida en el texto legal se refiere al resultado de la gestión del interventor y no a toda suma que se incorpore a la sociedad y también, con suficientes fundamentos, demostró el *a quo* que los honorarios regulados de ninguna manera superan lo razonable[674].
>
> El deber de observar una interpretación estricta de la ley sólo veda la analogía, no la inteligencia exacta de la ley más allá o más acá de sus términos literales, cuando el resultado de la interpretación revela que la letra de la ley ha expresado sólo de manera incompleta o incorrecta la voluntad legislativa[675].

7. Sentencias normativas

7.1 La sentencia normativa es una de las más conflictivas en el panorama del amparo. En los hechos, se asemejan a una sentencia que legisla, pero con tan serios y fundados argumentos, que suman valores antes que pecados. Son derivaciones propias de la omisión inconstitucional, y se relacionan con las sentencias exhortativas, según adviertan la ausencia de norma para que el gobierno o la legislación acuda para resolverlo, o decida el propio tribunal dictar una sentencia estatutaria.

Así las denomina la legislación colombiana, que admite la consulta previa de medidas administrativas o legislativas que puede tomar cada órgano del Estado, pcuando las acciones sean susceptibles de afectar directamente los intereses generales de la comunidad. La interpretación del proyecto se convierte en una ley estatutaria.

7.2 Podríamos afirmar que son sentencias constitucionales que procuran resolver una emergencia o un estado de excepción. La contracara del argumento se apunta al efecto *erga omnes*, al igualar el efecto jurisdiccional al de una ley que convierte al juez constitucional en legislador indirecto.

En realidad, la confrontación es inútil cuando se constata que todo conflicto normativo que deba ser resuelto por agentes jurisdiccionales (jueces o tribunales)

674 Fallos, 302:732.

675 Fallos, 320:2271.

termina referenciando a la sentencia como estrictamente normativa, donde el resultado del pleito es solo complementario.

La sentencia es normativa por esencia y contenido; y la actuación del juez constitucional es propia de la función que debe cumplir.

Bien ha dicho la Corte Constitucional de Colombia que […]

> La unidad normativa procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado[676].

7.3 Quizás donde resida la inseguridad sea determinar si el juez o tribunal constitucional está en condiciones de separar las etapas de la construcción jurídica de la sentencia para dejar alojado solamente en la decisión el efecto normativo.

Hemos visto hasta ahora, que la formación intelectual difiere del pronunciamiento en sí mismo, al punto que se diferencia entre lo obligatorio del fallo respecto de aquello que es precedente y de seguimiento forzado en lo sucesivo. Por tanto, lo que se debe esclarecer es si la interpretación tiene fundamentos normativos; si la argumentación los persuade y, en su caso, si la decisión se justifica. Tanto como, en un caso se debe distanciar la aplicación, de la exégesis y la creación del derecho.

7.4 Una famosa sentencia normativa fue el caso "Beatriz Mendoza"[677], por el cual la Corte le ordena al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros, para que presenten un plan integrado que contemple un ordenamiento ambiental del territorio, el control sobre las actividades antrópicas, el estudio sobre el impacto ambiental de las empresas demandadas, un programa de educación ambiental y un programa de información ambiental vinculado con el saneamiento de la cuenca del río Matanza-Riachuelo.

[676] Sentencia C 491/12.

[677] Fallos, 331:1622.

En audiencia pública convocó a todos los sectores interesados para que aportaran información; y admitió en carácter de amicus curiae, a quienes pudieran aportar elementos necesarios para identificar la obra que, a su entender, cumpliera la finalidad satisfactoria con respecto al daño irreversible. La sentencia dictada el 8 de julio de 2008 fue una verdadera sentencia normativa.

> La autoridad obligada a la ejecución del plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, que asumirá las responsabilidades ante todo incumplimiento o demora en ejecutar los objetivos que se precisan en la sentencia, es la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168, sin perjuicio de mantener intacta en cabeza del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la responsabilidad que primariamente les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental por disposiciones específicas de la Constitución Nacional […]
>
> El incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en cada etapa del plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca […]
>
> Más allá de lo dispuesto en la ley 26.168 y de las atribuciones que, en cada una de las jurisdicciones correspondientes, establecen las normas constitucionales e infraconstitucionales de aplicación, en orden al alto significado institucional que importa la transparencia en el manejo patrimonial de la cosa pública, cabe establecer que la Auditoría General de la Nación llevará un control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo […]
>
> Es relevante fortalecer la participación ciudadana en el control del cumplimiento del plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, mediante la indicación de un coordinador capaz de recibir sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado, debiendo recaer tal designación en el Defensor del Pueblo, en orden a la plena autonomía funcional que se le reconoce al no recibir instrucciones de ningún otro poder del Estado […]
>
> Dado que es en instancia originaria y en la causa de que se trata , en que el Tribunal debe juzgar si sus decisiones han sido acatadas, o no, y en su caso tomar las decisiones apropiadas para lograr el riguroso cumplimiento de sus fallos, desmantelando las consecuencias derivadas de todo acto por el cual se haya intentado neutralizar, paralizar o desconocer, en todo o en parte, los mandatos contenidos en una o más decisiones dictadas, dicha ponderación y la necesidad de preservar un significativo grado de inmediatez de la magistratura con los sujetos del caso, lleva a atribuir la competencia para la ejecución de la sentencia que fija el plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo a un

> juzgado federal de primera instancia con competencia en parte del asiento territorial de la cuenca hídrica[678].

7.5 Pero la que ha trascendido como verdadero ejemplo de sentencia normativa fue la impartida en el caso "Halabi". El resonado considerando 12) sostuvo […]

> Frente a esa falta de regulación -la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido-, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492) […]

La trascendencia de este fallo fue porque tuvo el modelo de exhortar al legislador para que resolviera la omisión de legislar en materia de acciones colectivas, y en el entretanto, dispuso que la sentencia reglamentara el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase.

Sentencia normativa que determina cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, define la clase homogénea, y las cuestiones de legitimación que corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan los procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.[679].

7.6 Los supuestos continúan y vuelven notorio el uso que practica nuestro Alto Tribunal. En el hábeas corpus colectivo, conocido como el caso "Verbitsky", se dispuso […]

> A diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judiciable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y

678 Fallos, 331:1622.

679 Fallos, 332:111.

> evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias […].
>
> Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial, ya que desconocer esa premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad […]
>
> Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, carencia de recursos humanos, insuficiencia de formación del personal o consecuentes excesivas poblaciones penales, ya que privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5°, inc. 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)[680].

8. Sentencias exhortativas

8.1 Se llaman sentencias exhortativas porque al resolver no imponen directamente. Ponen sobre aviso al condenado para que revise el acto que se declara ilegítimo, ilegal o arbitrario, pero no lo obliga a cumplir inmediatamente la sentencia, porque le da un tiempo para cumplir con los resultados que se evaluaron en los fundamentos del fallo. En consecuencia, antes de ejecutar por la fuerza (*executio*) una condena eventual, se permite abrir un espacio de reflexión para que el obligado de cumplimiento voluntario al hecho que se ha determinado.

Políticamente, son decisiones que evitan los conflictos entre poderes, y al mismo tiempo, cumplen con el control de constitucionalidad que la Norma Fundamental le exige cumplir a todos los jueces.

Esta es una verdadera novedad que solo es propia de las sentencias constitucionales, no siendo posible que se aplique en los pronunciamientos ordinarios, salvo pocas excepciones como las llamadas sentencias condicionales o de futuro.

8.2 La polémica se entabla con el tipo de exhortación que se practique, en la medida que la obligatoriedad de cumplimiento privaría la condición de “consejo”, para

[680] Fallos, 328:1146.

ocupar el espacio de la "intimación", es decir, si al legislador se lo emplaza para que remueva del ordenamiento jurídico una norma que se advierte inconstitucional, el "consejo" puede ser que sustituya la disposición, y la "amenaza" será que si no se cumple en el término acordado, la ley quedará suprimida.

Además, una cosa es exhortar en el marco del control de constitucionalidad concentrado, donde el Tribunal Constitucional tiene fuerza normativa para sus decisiones, proyectadas con el efecto *erga omnes* de las sentencias; y otra pretender lo mismo en sistemas donde los jueces actúan para el caso concreto, en los que sus pronunciamientos difícilmente lleguen a la inconstitucionalidad aunque puedan declarar inaplicable la ley.

> Hay veces que la sentencia analiza el caso y resuelve los problemas que allí se le plantean, pero vuelve exhortativa la decisión cuando reclama soluciones generales. Así fue en el caso Verbitsky donde en el cierre de la sentencia dice: "Que en virtud de tales precedentes ha de urgirse a los poderes de la Provincia de Buenos Aires, para que adopten las medidas necesarias en el ámbito de sus atribuciones constitucionales, con el fin de asegurar que las detenciones y las condenas que se ejecutan en establecimientos sometidos a su jurisdicción no agreguen a la privación de la libertad lesiones a los derechos humanos de los presos (arts. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

8.3 Inclusive, dentro de éste marco, se suscita otra cuestión de rispidez como es la compleja naturaleza del juez constitucional según se interprete como órgano jurisdiccional de *compatibilidad* de actos, normas y derechos con la Constitución y Tratados sobre Derechos Humanos, donde la tarea es de mera comprobación y declaración; respecto de aquellos que coligen una intervención más amplia, comprensiva de pronunciamientos en lo que se incorporan valores superiores –como la justicia, la dignidad humana, la igualdad, la diversidad cultural, etc.–; o principios propios de la justicia constitucional (v.gr.: interdicción de la arbitrariedad; prohibición del abuso del poder; limitación del exceso discrecional, etc.), que permite superar el límite otrora previsto por Kelsen cuando refirió al tipo de "legislador negativo" del tribunal constitucional[681].

La Corte Constitucional de Colombia asume estas extremidades ideológicas y afirma en la sentencia C-436 de 1994 que […]:

681 Gozaíni, *Teoría de la sentencia constitucional*, cit., p. 322.

> Con esta modalidad de exhorto, esta Corporación no está, en manera alguna, desbordando su competencia o invadiendo la órbita de actuación del Congreso. Por el contrario, el profundo respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislativo es lo que explica que la Corte se haya abstenido de delimitar materialmente el concepto de servicios públicos esenciales [...]. El exhorto no debe, entonces, ser visto como una ruptura de la división de poderes son como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado [...]. Además, este tipo de exhorto no es en manera alguna innovación doctrinaria de esta Corte o de esta sentencia, sino que éste surge de las tensiones valorativas propias del texto constitucional, en particular de aquélla que existe entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración del legislador.

1.4 Tampoco está demás advertir que la sentencia exhortativa cambia el modelo de relación en el Poder, donde el control de fuerzas para conseguir afianzar el principio de la supremacía constitucional, se convierte en un diálogo con el legislador y la administración. De algún modo es una vuelta a la función preventiva de la jurisdicción, dejando momentáneamente de lado la actuación represiva.

Por eso, también, la exhortación puede fungir como aviso tendiente a impedir conflictos políticos, pues una sentencia que saque del ordenamiento una norma declarada inconstitucional puede ser resistida por caminos distintos y posibles que, dando tiempo para las alternativas, podrá quedar inerte tras la reflexión.

> El caso “F.A.L.” debía resolver la punición del aborto a causa de haberse violado a una menor de quince (15) años que reclamó tal práctica en un estabnlecimiento médico, el que fue realizado. La Corte, teniendo en cuenta el art. 19 in fine de la Constitución Nacional y su relación con el art. 86, inc. 2° del Código Penal , concluyó que quien se encuentre en las condiciones allí descriptas no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible, por lo que corresponde advertir a los profesionales de la salud la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales ante la situación fáctica contemplada en la norma referida y recordar a los diferentes operadores de los distintos poderes judiciales del país que lo que previó el legislador es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico[682].

[682] Fallos, 335:197.

> La decision cierra con un mensaje directo que exhorta a las autoridades nacionales, provinciales y de la ciudad autónoma de Buenos Aires, a implementar y hacer operativas, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalariospara la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.

9. El plazo para dictar sentencia

9.1 El párrafo final del artículo 8 de la ley de amparo, establece que producido el informe o vencido el plazo otorgado sin su presentación, no habiendo prueba del accionante a tramitar, se dictará sentencia fundada dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, concediendo o denegando el amparo.

Por su parte, el artículo 11 dice que, evacuado el informe a que se refiere el artículo 8 o realizada, en su caso, la audiencia de prueba, el juez dictará sentencia dentro del tercer día. Si existiera prueba pendiente de producción por causas ajenas a la diligencia de las partes, el juez podrá ampliar dicho término por igual plazo.

La diferencia entre plazos proviene del denominado “amparo de puro derecho”, porqué en éste, al no tener que realizarse la audiencia de prueba, ante la inexistencia de oferta de medios por ninguno de los seujetos del amparo, o siendo suficiente para el pronunciamiento la documental acompañada, el plazo para dictar sentencia es de 48 horas a partir del momento que se presentó el informe o venció el tiempo para hacerlo.

En cambio, el plazo se extiende a tres días cuando se produce prueba en la audiencia, siendo su terminación el momento a partir del cual se debe dictar sentencia, sin necesidad de peticion expresa.

9.2 Los tiempos se cuentan por días hábiles ante la supletoriedad que aplica el código procesal. No son días continuos ni las horas se cuentan como tales.

> La sentencia no satisface el requisito de debida fundamentación exigible en las decisiones judiciales, pues sin exponer razones de peso que lo justifiquen, omitió la consideración del precepto cuya aplicación supletoria el legislador dispuso en la ley de amparo y decidió la cuestión a partir de la hermenéutica de disposiciones de derecho sustantivo (Código Civil y Comercial de la Nación), establecidas para el cómputo de los intervalos del derecho y no de los términos procesales, provocando de esta forma un grave menoscabo de la garantía de

defensa en juicio del demandado, quien se vio privado de la posibilidad de obtener la revisión de la decisión[683].

Es evidente que la ley es demasiado desprolija en la ponderación del tiempo procesal. A veces se especifican los términos en horas, los plazos en días, y en caso alguno se indica si ellos son hábiles o corridos. Estos desajustes son problemáticos a la hora de resolver la aplicación de los plazos y términos comunes al proceso constitucional.

Por ejemplo, si el juez denegara la prueba ofrecida por el actor y dictara sentencia de inmediato, sólo podría atacar esa providencia por el fondo, habiendo perdido la posibilidad del replanteo por reposición.

De igual manera sucede el conflicto entre los tiempos del amparo contra actos de autoridades públicos reglamentados en la ley federal, y el juicio sumarísimo que antes se aplicaba a los amparos contra actos de particulares. Como se continúa aplicando erróneamente el código procesal como vía supletoria del artículo 43 constitucional, los vicios de procedimiento persisten.

Por ello, estimamos que no está vigente la ley 16.986 para establecer acotamientos procesales que agravian la eficacia del sistema amparista y vulneran el sentido de proceso rápido y expedito que la norma fundamental establece.

10. Alcance del concepto sentencia definitiva

10.1 Sentencia definitiva es la que pone fin al proceso e impide su continuación. Algunas decisiones judiciales tienen la característica de ser definitivas cuando no encuentran ninguna vía sustitutiva para lograr reparación, o a pesar de permitir la continuidad del proceso en una instancia diferente, ello puede causar un perjuicio innecesario, o por su entidad, tienen equivalencia de resultado con un pronunciamiento final.

Estas características cuestionan la naturaleza definitiva de la sentencia de amparo. Para sostenerlo se utiliza un nutrido conjunto de argumentos, como sostener la limitación del conocimiento judicial; la restricción de plazos y términos; la reducción de la sentencia al ámbito de ponderación del acto o hecho lesivo; entre otros.

683 CS, “Alpacor Asociados SRL c/ AFIP s/ amparo ley 16.986”. Semtencia del 3 de diciembre de 2019.

Pero la frase del artículo 13 de la ley federal, cuando expresa que la sentencia firme declarativa […] *hace cosa juzgada respecto del amparo*, pone ciertas dudas sobre los efectos provisionales que se piensan como regla. La incertidumbre se vuelva más notable, cuando en el mismo precepto señalado, se indica que en lo demás que no se refiera al amparo, quedan subsistentes el ejercicio de acciones y recursos que puedan corresponder a las partes.

10.2 El contexto del juicio constitucional no sufre cortapisas. Las limitaciones son de carácter formal, típicas restricciones procesales que trabajan con plazos más breves, menor número de actos, o impedimentos solemnes que nada afectan a la interpretación y razonamiento jurisdiccional.

En este sentido, la cosa juzgada respecto al amparo, define el carácter final de la sentencia.

El problema son las sentncias que rechazan el amparo, porque si bien a efectos de habilitar la instancia extraordinaria, el recurso debe dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable, calidad de la que carecen -en principio- las que rechazan la acción, pues dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria, ello no obsta para admitir el efecto que ocasionan.

Es notorio que causa un agravio de dificil o imposible reparación ulterior, casos en los que el recurrente debe demostrar que el pronunciamiento impugnado posee carácter definitivo, en el sentido de que el gravamen alegado es de insuficiente o tardía reparación, o porque no habría posibilidad en adelante para volver sobre lo resuelto.

> Si bien a efectos de habilitar la instancia extraordinaria, no son sentencias definitivas ni resultan equiparables a tal las decisiones que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria, cabe admitir su procedencia si lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior[684].
>
> La ausencia de carácter definitivo atribuido a las sentencias dictadas en procesos de amparo no es óbice para admitir la procedencia del recurso federal cuando lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior tal como acontece en el caso en que el pronunciamiento que declaró admisible el amparo resolvió el fondo de la cuestión[685]. (

[684] Fallos, 339:201; 339:1423, entre otros.

[685] Fallos, 335:2211.

La sentencia que rechaza el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que lo decidido causa un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior, situación que se advierte si el apelante -ex afiliado que contrató una renta vitalicia en virtud de la incapacidad definitiva que padece y cuyo monto percibido es inferior al haber mínimo- acreditó la verosimilitud de la lesión a sus derechos que, en atención a la naturaleza de los daños invocados que afectan, al de su propia subsistencia, sólo podrán alcanzar una protección ilusoria -por las vias ordinarias, y el perjuicio que supondría, por otro lado, para el interesado un eventual reinicio de la causa, tanto mas frente a un trámite que -en el caso- insumió a la fecha casi tres años, ejemplifica suficientemente la índole irreparable del gravamen[686].

[686] Fallos, 335:794.

CAPÍTULO XXXIII

La cosa juzgada

1. Naturaleza de la cosa juzgada

1.1 La cosa juzgada es un calificativo jurídico que tiene pocas dificultades para representar en una primera lectura de qué se trata. Todos entienden que persigue concretar el carácter definitivo de una sentencia. De modo tal que la cuestión se dirige hacia los motivos que tornan posible la irrevisión del fallo, encontrándose tres nociones bien definidas que colaboran para ello.

La primera refiere a la *preclusión*, que se dirige a mostrar cómo operan las clausuras de las etapas procesales una vez superados los tiempos que las partes tienen para impugnar. El segundo criterio reposa en la *cosa juzgada formal*, que significa la imposible deducción de recursos contra una sentencia dictada en el proceso. Una "suma preclusión", que sin embargo no entorpece la facultad de replantear la cuestión en otro juicio (v.gr.: ordinario posterior al juicio ejecutivo). El último concepto escala en la *cosa juzgada material*, que elimina toda impugnación posible, dentro o fuera del proceso donde se dicta.

1.2 Estos alcances son precisos y se consolidan con una larga experiencia académica, dogmática y desarrollo jurisprudencial, que tienen a la institución como la máxima expresión de la seguridad jurídica.

> Frente al amparo constitucional que la Corte Suprema ha otorgado a los derechos reconocidos por una sentencia judicial que goza del atributo de la cosa juzgada, la inmutabilidad de un mandato judicial que ha alcanzado tal condición, no puede ser desconocida por ningún tribunal de justicia, de cualquier instancia y jurisdicción, de la

> República sin infringir la cláusula de la Constitución Nacional que tutela los derechos que se invocan[687].
>
> Los derechos nacidos de la preclusión procesal son tan dignos de protección constitucional como los surgidos con motivo de la cosa juzgada, por lo que al haberse consolidado la situación emergente de un desistimiento al amparo de aquel instituto, su desconocimiento en el caso lesiona las garantías de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional[688].

Equiparado en su importancia están los efectos que para las partes produce el fallo, y la eficacia refleja que proyecta en los sistemas que cultivan la obligatoriedad del precedente. Es cierto, en toda esta presentación, que en un mundo de constante transformación, donde valores y situaciones cambian permanentemente, la cosa juzgada aparece hoy con el prestigio de resguardar lo predictivo y la confianza.

Solamente la jurisprudencia del derecho transnacional, admiten la posibilidad de revisar la sentencia con vicios importantes en la construcción o en el contenido, cuando ellas afrentan derechos humanos.

> Enseña Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que en el ámbito interamericano la sentencia de la Corte IDH produce "autoridad de cosa juzgada internacional". Esto implica que una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes, produce una eficacia vinculante y directa hacia las mismas. En el supuesto de una sentencia estimatoria de condena a un Estado, todos los poderes, órganos y autoridades del Estado condenado están obligados a cumplir con la sentencia, sin que se requiera algún procedimiento o interpretación interno o nacional para ello. Aun cuando en el procedimiento interno hubiera una sentencia en curso de ejecución. Así, las sentencias de la Corte IDH adquieren la "autoridad de cosa juzgada internacional" debido al carácter "inimpugnable" del fallo que establece el artículo 67 del Pacto de San José; es decir, al no ser sujeta a revisión posible por no preverse ningún medio de impugnación, lo que le da "firmeza" a la sentencia, como acto jurisdiccional que pone fin al proceso internacional -no así al procedimiento, que continúa la supervisión de la sentencia que deriva de la actividad jurisdiccional del Tribunal Interamericano hasta que se cumple de manera íntegra con la misma-[689].

687 Fallos, 329:5178.

688 Fallos, 323:1250.

689 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: Vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumpliomiento del caso "Gelman vs. Uruguay"),* Estudios constitucionales, Volumen 11 nº 2, Santiago, 2013, ps. 641-69.

Donde queremos mostrar una perspectiva diferente es en el alcance que tienen estas conclusiones cuando se trata de la sentencia dictada en los juicios de amparo. Creemos que los llamados límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada no son iguales a los que tiene la cosa juzgada constitucional, que es el *nomen iuris* como definimos a la res judicata de la garantía en estudio.

1.3 Si hablamos de un proceso entre partes que debaten sobre conflictos comunes que originan la controversia judicial, no tendríamos inconveniente en adoptar el viejo temperaento que se remonta al derecho romano, con la regla *non bis in eadeam*, que pregonaba la no reiteración de procesos donde el juez hubiese condenado o absuelto. Solamente había *res judicata* en las cuestiones sustanciales porque sólo éstas reconocían o negaban el bien de la vida que era propio a una de las partes. Tiempo después, en el período extraordinario, devienen los recursos, cuando cobra relevancia el brocárdico *res iudicata pro veritate habetur*.

El carácter de las resoluciones finales pierde la noción religiosa que tenía en el derecho primitivo; o la dignidad representativa que surgía de la voluntad judicial cuando se obra en nombre del soberano.

> Se trata de aplicar a la cosa juzgada la noción de una sentencia que adquiere definitividad por la lógica racional de sus conclusiones ("*res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit*": Llámase cosa juzgada la que pone término a las controversias con el pronunciamiento del juez, lo que tiene lugar o por condena o por absolución)[690].

En nuestro país, las normas procesales no se ocupan del tema, determinando solamente en que oportunidades puede alegarse la institución como defensa o excepción. De todos modos, es común señalar que, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada plena, esto es, en cosa juzgada sustancial, adquiere dos atributos esenciales: el de *coercibilidad* en cuanto tiene la virtud de ser ejecutable coactivamente en caso de eventual resistencia del obligado, y el de *inmutabilidad*, porque en el futuro ningún juez podrá alterar los efectos de ese fallo sin modificar sus términos.

690 Gozaíni, *Tratado de Derecho Procesal Civil,* tomo IV, cit., p. 860.

1.4 Hasta aquí sería insostenible desconocer el valor de estas consignas. Pero hay algo que no puede pasar inadvertido. El proceso de amparo es un juicio de carácter constitucional. No hay partes en lucha, sino un conflicto con la autoridad pública o un particular que, justificando su accionar, obliga al juez a resolver cuál es la mejor solución constitucional que, al mismo tiempo que decide el caso, controla la eficacia de los derechos fundamentales.

En este espacio es donde entendemos que la naturaleza jurídica de la cosa juzgada no es un fenómeno exclusivo del derecho procesal. La coincidencia que ambas posibilidades presentan está en que la *res judicata* es un vínculo. Para el derecho de fondo, representa una aptitud nueva que proviene de la sentencia dictada. Ella crea, modifica, transforma o extingue -como todos los actos jurídicos-, a partir del fallo, pero se desprende de los procedimientos que le preceden.

Para el derecho adjetivo, la esencia de la cosa juzgada es nada más que un efecto normal de los pronunciamientos, los que por razones de seguridad y disciplina del orden jurídico, impiden reiterar iguales circunstancias en otro proceso. Mientras que, en el derecho procesal – constitucional, hay una sentencia interpretativa que puede tener efectos legislativos, sin referir solo al problema que tienen los sujetos confrontados en el juicio que, al efecto, es solo el testigo de la contrariedad.

2. Cosa juzgada constitucional

2.1 La sentencia ordinaria dirime la disputa entre partes dando razón y derecho a uno u otro según el criterio objetivo de la derrota. Los modelos de sentencia (declarativos, de condena, etc.) no cambian la mirada, porque siempre el fallo expresará la decisión concreta, positiva y precisa que le exige el ordenamiento procesal.

Es un fenómeno propio de la subsunción de los hechos en la norma, que en definitiva, no es muy diferente a la interpretación constitucional que se realiza en los procesos del artículo 43 de la Norma Fundamental. La diferencia importante esta en el cambio de los principios que se aplican.

Discernir un caso con los estándares de la Constitución y de tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, desplaza los intereses particulares y la congruencia con lo pretendido; la importancia, ahora, es el control de

constitucionalidad y de convencionalidad. De este modo, la sentencia será constitucional por sus efectos y declaraciones.

2.2 La contingencia de aplicar los principios y presupuestos de la teoría del proceso a la sentencia constitucional y sus efectos, no es posible apenas se observa que la sumatoria de divergencias se multiplica. En nuestra opinión hay una teoría de la sentencia constitucional que permite diseñar una explicación puntual para la cosa juzgada constitucional que surge de distintas manifestaciones de la jurisdicción especializada, o del mismo juez ordinario en función constitucional[691].

Un vocablo común que aplica la doctrina para dar a entender dichas particularidades es el de "*modulación de las sentencias*", desde el cual se deducen muchas singularidades que sirven para definir un estándar.

Cada uno tiene un sonido particular, por ejemplo, en un amparo individual contra actos de particulares, la *sentencia resuelve solo para las partes en conflicto*, siendo posible que la semejanza de hechos hacia el futuro pueda espejar el antecedente y adquirir el fallo una eficacia refleja.

2.3 Donde se encuentra la mejor definición es en la *decisión que se resuelve con efectos erga omnes*, en cuyo supuesto la imposibilidad de repetición se da para todos. El efecto normativo de este tipo de pronunciamiento no repara en las personas, sino en el derecho, de manera que puede quedar impactado con la llamada "eficacia temporal" de la cosa juzgada que impone límites ajustados a la realidad cuando se juzga.

> Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo declarando la inconstitucionalidad normativa y atribuyéndole carácter erga omnes a la decisión, pues el fundamento de dicha amplitud en los efectos de la resolución no se halla sólo en la búsqueda, por parte del juzgador, de arbitrios tendientes a superar el escollo derivado de la arraigada concepción individualista en materia de legitimación, sino que el verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción

691 Gozaíni, *Teoría de la sentencia constitucional*, cit., ps. 22 y ss.

> colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger[692].
>
> Si el pronunciamiento de la Corte en una acción de amparo tendiente a que se ordenara a una Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados la devolución de documentos secuestrados, devino inoficioso al habérselos remitido a un juzgado federal y a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, dictar una sentencia declarativa con eficacia en los procedimientos penales que se le siguen al actor, importaría atribuirle el carácter de una declaración de inconstitucionalidad genérica y opinable erga omnes[693].

2.4 Algunas particularidades cambian cuando la sentencia desestima el planteo de ilegalidad o inconstitucionalidad. En estos casos, si la inadmisión es por razones formales, la cosa juzgada, por vía de principio, admitiría replanteo. Cuando la denegación se funda en la improcedencia del derecho y se dan fundamentos para ello, la cosa juzgada sería material o definitiva. Cuando la declaratoria de constitucionalidad de una norma, carece de argumentación bastante, el déficit tiene como consecuencia que la decisión pierda la fuerza jurídica necesaria para imponerse como obligatoria en casos ulteriores en los cuales se vuelva a plantear el asunto tan sólo supuesta y no verdaderamente debatido[694].

Otras veces, en escenarios que admiten el control abstracto de constitucionalidad, hay *cosa juzgada absoluta* cuando comprende todas las situaciones del caso, y *cosa juzgada relativa* en la que solo parte de la sentencia consigue ese *status*, sea por indicación expresa de la sentencia o por omisión de hacerlo.

3. Fundamento de la cosa juzgada

3.1 El fundamento de la *res judicata* puede encontrarse en múltiples cuestiones. Las teorías que dieron fruto a ello lo demuestran, sin que ninguna de ellas pierda valor respecto de otras, porque, en definitiva, todas se ocupan de un aspecto de la temática, pero sin ensamblar sus argumentos, lo que serviría para alentar una elaboración conjunta.

692 Fallos, 332:111.

693 Fallos, 308:1489.

694 Sentencia C 245 A / 2012 (Colombia)

La causa que da vida a la cosa juzgada es, *prima facie*, una razón práctica. El valor buscado en la sentencia es de provecho propio: *la sentencia favorable*. De modo tal que, lograda esa finalidad debe existir un momento donde se acabe toda posibilidad de discusión. Igual extensión tiene la sentencia desestimatoria, porque en este caso, el beneficio reporta hacia el demandado y es a éste a quien le interesa que el debate no sea reabierto.

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que admitió la ampliación de los alcances del amparo interpuesto a fin de que se provea a una menor discapacitada la cobertura integral de todas las prestaciones enunciadas en la ley 24.901, si el renglón "acompañante terapéutico" no integró la demanda ni la condena y la propia actora lo calificó como "ampliación", por lo que la introducción y el progreso del rubro con posterioridad a que la sentencia de fondo quedara firme implicó un exceso de los alcances tanto de la litis contestatio como de la cosa juzgada; máxime si la cámara no dio respuesta al agravio relativo a que la demandada no estaba legal ni contractualmente obligada a satisfacer dicha prestación, en tanto la ley 26.682 fue promulgada con posterioridad a la sentencia impugnada y carece de efectos retroactivos[695].
>
> El carácter abstracto que en el amparo alcanzó el litigio en razón de la satisfacción del objeto pretendido, que impidió el análisis del cuestionamiento a la sentencia de primera instancia introducido por el recurrente, no puede proyectar sus efectos a otras litis, de objeto distinto, para impedir también en ella el debate, ya que ello entrañaría una afectación del derecho de defensa[696].

3.2 Es posible que la certeza del fallo no coincida con la verdad de las circunstancias acaecidas, ni con las afirmaciones que las partes hubiesen efectuado, pero nadie podrá discutir que la decisión es una forma de justicia. Aquella que pronuncia la jurisdicción a cargo de un juez que consigue convicción acerca de los dichos que pronuncia fundadamente y resuelve en un sentido determinado.

De cuanto se diferencia la cosa juzgada constitucional es con la plataforma donde asientan los intereses a resolver. No son territorios de singularidades, o de pertenencias exclusivas; los derechos son de todos, aun cuando haya un acto lesivo propio. Pero la decisión es un modelo que se proyecta desde lo individual a lo colectivo,

695 Fallos, 335:1550.

696 Fallos, 319:695.

donde el efecto común es la expansión de la cosa juzgada y, en consecuecia, la tradición de los límites objetivos y subjetivos cambia.

4 Extensión de la cosa juzgada

4.1 Enunciamos al comenzar que existen tres formas de atender la definitividad de los pronunciamientos judiciales: la preclusión, la cosa juzgada formal, y la cosa juzgada material. Interesa precisar, ahora, el alcance y la extensión que caracteriza a cada una de esas posibilidades, porque de ellas depende la inmodificabilidad absoluta o relativa de los temas resueltos, o bien la reedición total de las cuestiones ya sustanciadas.

La preclusión hace a la clausura de los actos procesales; el avance de ellos depende del respeto a los tiempos del proceso, de modo tal que si el recurso no se interpone dentro de los tantos días de notificada la sentencia, precluye la oportunidad, o en otro ejemplo, si la prueba no se ofrece en el plazo pertinente, la oportunidad se pierde o fenece por los motivos comentados.

Pero la preclusión hace a un aspecto genérico de los actos del proceso, de manera que es útil en este capítulo sólo para observar sus diferencias con la *res judicata*, pero no para emplazarlo dentro de la figura.

4.2 La preclusión cumple sus efectos dentro del proceso, en cambio la cosa juzgada lo hace dentro y fuera de él. La *res judicata* se divide en formal y material de acuerdo con el tipo de proceso y el material de conocimiento que sea objeto de la pretensión. A su vez, tiene un sentido positivo cuando el que la invoca cuenta a su favor con el resultado, y un efecto negativo, logrado de la firmeza del pronunciamiento que impide al derrotado plantear impugnaciones.

> La declaración de incompetencia de un juez provincial que sustanció una acción de amparo, dispuso y levantó una medida cautelar no sólo resulta inaceptable, por extemporánea, sino que además, dado que la cámara de apelación, en oportunidad de conocer en cierto recurso, resolvió en forma expresa que la causa debía continuar su trámite ante aquel, se apartó de lo resuelto en franco alzamiento contra la decisión del tribunal superior[697].

[697] CS, "Asociación Civil Prot. Ambiental del Río Paraná control de contaminación y restauración del hábitat y otro c/ Atanor S.C.A. s/ amparo ambiental". Sentencia del 28 de junio de 2016.

> Los derechos nacidos de la preclusión procesal son tan dignos de protección constitucional como los surgidos con motivo de la cosa juzgada, por lo que al haberse consolidado la situación emergente de un desistimiento al amparo de aquel instituto, su desconocimiento en el caso lesiona las garantías de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional[698].

La cosa juzgada formal tiene vida respecto de las decisiones jurisdiccionales, no así en los actos del procedimiento. Por ello, aun cuando sea explícita la frase que la explica como una "suma preclusión", en realidad ella solamente se aplica en las resoluciones judiciales. En las demás actividades habrá preclusión o decaimiento de los plazos previstos para producir un determinado efecto jurídico.

En el amparo la preclusión es de eficacia relativa, lo que se observa en las disposiciones del artículo 8º de la ley 16.986 respecto a la omisión de producir el informe, u olvidar el ofrecimiento de prueba cuando se acompaña el requerimiento.

4.3 La condición de *res judicata formal* supone que la decisión contrajo efectos definitivos, es decir, que no tolera impugnaciones a su respecto. La resolución es inmodificable dentro del proceso sustanciado.

En el amparo corresponde aplicar este efecto, dejando subsistente el ejercicio de otras acciones o recursos, cuando con ellos se pueda tener un conocimiento más amplio que el restringido que desarrolla el proceso constitucional.

Sin embargo, es ésta una conclusión imprecisa, pues en todo aquello que haya sido posible desarrollar con plenitud, la sentencia deviene inmutable porque no admite abrir otra instancia de revisión, y vinculada con la institución civil de la prescripción de las acciones, tiene la posibilidad de volverse con el tiempo, en cosa juzgada material.

> Si bien a efectos de habilitar la instancia el recurso extraordinario debe dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, calidad de la que carecen -en principio- las que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria- ello no obsta para admitir su procedencia si se llevaron a cabo acciones para la construcción del barrio que dañaron al ambiente, que por su magnitud podrían ser de difícil o imposible reparación ulterior[699].
>
> La alegada urgencia en la satisfacción de la prestación solicitada en beneficio de un niño discapacitado y el hecho de que la demandada, tras conceder el beneficio, dejó de afrontar

698 Fallos, 323:1250.

699 Fallos, 342:1203.

> las prestaciones periódicas y sucesivas, ponen de manifiesto que el fallo que consideró que la demanda de amparo se dedujo en forma extemporánea por haber sido deducida pasado el plazo de caducidad del art. 2°, inc. e de la ley 16.986 irroga agravios de imposible reparación ulterior, condición que autoriza a equiparar el pronunciamiento recurrido a la sentencia definitiva exigida por el art. 14 de la ley 48[700].
>
> Si bien a efectos de habilitar la instancia extraordinaria, no son sentencias definitivas ni resultan equiparables a tal las decisiones que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria, cabe admitir su procedencia si lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior[701].

4.4 La cosa juzgada material supone la absoluta definitividad de la sentencia al devenir ella inatacable en el mismo proceso o en cualquier otro que persiga su modificación. La inmutabilidad total es la consecuencia de mayor importancia que tiene, y demuestra que la *res judicata* material se proyecta al exterior de la relación procesal que la sentencia ha resuelto.

Cabe apreciar un aspecto si se quiere lógico en la expectativa de cualquier justiciable: la concurrencia al proceso llega bien definida porque se busca la solución definitiva a un problema que no pudo tener respuesta en el ámbito de la negociación o de la autocomposición. La idea es lograr un fallo inmutable, y en lo posible justo y equitativo. Es la situación clara que sucede en el amparo.

Los procesos donde puede recaer cosa juzgada material son por regla los contenciosos, y siempre que el conocimiento del juez no fuese limitado o superficial, y hubiese activa participación de las partes, con adecuada referencia en las garantías del contradictorio. Tal diseño práctico obliga a tener una consecuencia diferente en los procesos denominados de jurisdicción voluntaria, o en aquellos donde no hay conocimiento (procesos ejecutivos).

Por el contenido del fallo, la cosa juzgada material se alcanza únicamente cuando resuelve el fondo del litigio, o lo que es igual decir: cuando atiende y se pronuncia sobre las pretensiones. De modo tal que si el proceso fuera rechazado por un defecto formal (requisitos extrínsecos) cabe la posibilidad de replantear si la cosa demandada no estuviese prescripta por las leyes sustantivas.

700 Fallos, 341:274.

701 Fallos, 339:1423.

No obstante, también en el amparo hay cosa juzgada material, a pesar del sistema rápido y expedito que se formaliza como regla del procedimiento. Transita hacia la definición completa del estado de constitucionalidad, y en esto no caben dudas que el control realizado no tiene límites.

> Frente al amparo constitucional que la Corte Suprema ha otorgado a los derechos reconocidos por una sentencia judicial que goza del atributo de la cosa juzgada, la inmutabilidad de un mandato judicial que ha alcanzado tal condición, no puede ser desconocida por ningún tribunal de justicia, de cualquier instancia y jurisdicción, de la República sin infringir la cláusula de la Constitución Nacional que tutela los derechos que se invocan[702].
>
> No procede el amparo deducido por un ministro plenipotenciario que intenta su reincorporación como funcionario del Servicio Exterior de la Nación por haber sido separado sin acuerdo del Senado, si ello es una reiteración del planteo formulado en anterior acción de igual carácter y que fue desestimada por la Corte Suprema, pretendiendo el recurrente que dicho fallo sólo tuvo autoridad de cosa juzgada mientras duró un gobierno de facto.
>
> Si el recurso de apelación, en una demanda de amparo, no fue presentado en la Secretaría correspondiente sino en otro juzgado y no existe constancia de que el escrito respectivo hubiera ingresado temporáneamente en el tribunal de la causa, el fallo de la Cámara que lo admite y revoca el de primer grado importa revisión de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y viola el derecho de defensa[703].

5. Límites objetivos de la cosa juzgada

5.1 El artículo 13 de la ley 16.986 establece […].

> La sentencia firme declarativa de la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza arbitraria o manifiestamente ilegal de un derecho o garantía constitucional, hace cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo.

En el proceso común, se entiende por límites objetivos de la cosa juzgada la frontera que tiene el fallo judicial para no trasponer su eficacia hacia otro proceso donde no existe identidad con el *petitum* y la *causa petendi*, esto es, de la extensión de la cosa

[702] Fallos, 329:5178.

[703] Fallos, 291:248.

juzgada hacia situaciones fuera del proceso donde se dicta. También aclara la parte de la sentencia que contiene la *res judicata* dentro del litigio donde se expresa, quiere decir, para identificar en el mismo proceso la causa que fue motivo de la pretensión.

En el amparo el objeto es el acto lesivo a desentrañar con el fin de verificar su compatibilidad constitucional o convencional. Solo que tiene un espacio de mayor dimensión al quedar alcanzado por las características de los derechos, según sean individuales o colectivos.

La cosa juzgada que se relaciona con la determinación constitucional de los derechos o garantías probablemente afectados por lesión, alteración, restricción o amenaza, van camino a la cosa juzgada material, y cuanto de la sentencia se resuelva, quedará establecida la interpretación conforme.

Es un alcance diferente al de la triple identidad que conforma la teoría procesal de la cosa juzgada. Los sujetos afectados pueden ser derechos universales; la petición no es exclusiva para el que pide, desde que la demanda de ampara opera como denuncia de inconstitucionalidad o ilegalidad que importa el deber jurisdiccional de obrar en defensa de la Constitución; y la causa no es otra cosa que el acto lesivo ya referido como objeto a verificar.

Se concluye así, que no se trata de un proceso de confrontación entre pretensiones, ni entre derechos alegados, sino de interpretación constitucional pura, donde la simetría con otro caso solo es posible para aplicar en éste la doctruina del precedente.

Claro que si quien lo promueve persigue, en realidad, replantear la situación, tendría que superar el límite que le obligaría a demostrar que el acto lesivo no es el mismo.

> No puede considerarse que lo decidido esté investido de la autoridad de la cosa juzgada si no existió un pronunciamiento final que decidiera en torno a la legitimidad o ilegitimidad de la conducta cuestionada sino, por el contrario, la simple comprobación de que la vía del art. 1° de la ley 16.986 había perdido virtualidad porque el comportamiento lesivo, para entonces, había cesado […].
>
> El carácter abstracto que en el amparo alcanzó el litigio en razón de la satisfacción del objeto pretendido, que impidió el análisis del cuestionamiento a la sentencia de primera instancia introducido por el recurrente, no puede proyectar sus efectos a otras litis, de

objeto distinto, para impedir también en ella el debate, ya que ello entrañaría una afectación del derecho de defensa[704].

6. Límites subjetivos de la cosa juzgada

6.1 Los límites subjetivos de la cosa juzgada se refieren a los sujetos que intervienen en la litis. Si en el amparo fuera aplicable la teoría general del proceso, se podría sostener que refiere a la doctrina de las "justas partes", es decir, a que solo pueden estar en el proceso quienes acrediten derechos e intereses propios, y eventualmente de terceros a quienes se pueda representar adecuadamente. Esta visión construye el proceso constitucional como si fuera una réplica del juicio ordinario; de allí su equívoco y natural error al querer espejar el tipo de cosa juzgada que se alcanza.

Hay varias situaciones que se deben contemplar. Cuando se trata de un conflicto contra una autoridad pública o un particular que produce la afectación de un derecho constitucionalmente protegido, la vía pertinente podrá ser el amparo (v.gr.: tutela, protección, mandado de segurança, o similares) y la decisión tendrá que forjar su definitividad de conformidad con las condiciones como el debate fue dado.

Esto significa que al no tener el proceso constitucional una lectura unívoca y padecer de una reglamentación desequilibrada en toda Latinoamérica, mientras algunos los ven como procesos por excelencia para la protección y resguardo de los derechos fundamentales; otros aseguran que se deben conservar –en subsidio– vías alternativas o paralelas que puedan afianzar la tutela judicial efectiva del derecho o garantía lesionado.

6.2 Por eso, en Argentina, es común afirmar que el conflicto sólo interesa al derecho de las partes –v.gr.: al recurrente portador del derecho subjetivo y al poder público que provoca el acto lesivo– de allí que la extensión de la cosa juzgada se limite a los comparecientes. Lo cual no impide que, si hay otras personas, titulares de una relación jurídica distinta, pero similar en cuanto a los hechos esclarecidos, puedan plantear una demanda de amparo independiente, procurando iguales efectos que los ya resueltos en el caso anterior.

[704] Fallos, 319:695.

La extensión de la cosa juzgada juega aquí no como una proyección que se aplica instantáneamente, sino en tal caso, como antecedente que resuelve la doctrina del *stare decisis* (precedente obligatorio), por el cual, sólo debe demostrarse la equivalencia entre hechos y derecho, para utilizar las consecuencias ya juzgadas en el caso invocado como previo. En este aspecto, la cosa juzgada obra positivamente como antecedente, antes que como obstáculo para el replanteo[705].

La ley 16.986 (artículo 13) parece dividir la cosa juzgada del proceso constitucional respecto de las vías concurrentes; aunque para nosotros se puede entender que la ley distingue la posibilidad de reedición según se haya hecho lugar a la pretensión (cosa juzgada material); se rechace la demanda (cosa juzgada material); o la desestime por cuestiones formales (cosa juzgada formal). En los dos primeros casos la sentencia es definitiva e irrecurrible, mientras que en el restante admite el replanteo.

6.3 La cuestión difiere en el llamado amparo colectivo que se caracteriza en dos momentos: la legitimación procesal (acceso a la justicia) y el alcance de la cosa juzgada (salida del proceso constitucional). La primera porqué habilita a cualquier habitante (toda persona, dice la Constitución Nacional Argentina) pretender la defensa de un derecho; y la segunda, porqué lógicamente, la sentencia no puede afectar únicamente a un derecho individual, porque éste no le corresponde exclusivamente.

En orden a la cuestión inicial, corresponde aclarar que el carácter colectivo que se asigna, no responde a la simetría con el derecho colectivo, en razón de que el amparo puede promoverse en la defensa de estos derechos, que la Constitución los establece como de "incidencia colectiva", sin dejar de lado los que están incluidos en la dimensión tuitiva como derechos de pertenencia difusa. Por eso el sentido de lo colectivo es la representación adecuada del conjunto, porque lo importante no es la calidad del sujeto activo sino la dimensión del interés deducido.

705 Gozaíni, *Teoría procesal de la sentencia constitucional*, cit., p. 226.

Capítulo XXXIV

Recursos contra la sentencia de amparo

1. Recursos admisibles

1.1 El artículo 15 de la Ley 16.986 dispone:

> Sólo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3º y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado. El recurso deberá interponerse dentro de 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos dentro de las 48 horas. En este último caso se elevará el expediente al respectivo Tribunal de Alzada dentro de las 24 horas de ser concedido.
>
> En caso de que fuera denegado, entenderá dicho Tribunal en el recurso directo que deberá articularse dentro de las 24 horas de ser notificada la denegatoria, debiendo dictarse sentencia dentro del tercer día.

La urgencia en resolver se vuelve presente, una vez más, en esta disposición. La articulación de disposiciones creadas para evitar dilaciones innecesarias, tales como las causales de exclusión del artículo 2º, las facultades de repulsión inmediata del artículo 3º, el informe previsto en el numeral 8 de la ley, y en cuanto interesa a este estudio, la modalidad procedimental pensada en materia de recursos, son situaciones que merecen análisis y revisión, pues, en los hechos, están desfigurando el activismo del amparo como herramienta adjetiva de la Norma Fundamental.

No se trata solamente de poner plazos mínimos, sino de evitar que ellos dificulten la posibilidad de tener cubierta la garantía de defensa.

1.2 La apelación aparece como la vía de impugnación por excelencia, siendo propio por su adecuación al recurso por antonomasia que tiene el sistema procesal. Esto no significa que se limiten otros remedios, como la reposición o la aclaratoria, o el

tránsito por incidentes de anulación o el mismo recurso de nulidad; y en su caso, llegar al recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48. Todo ello lo veremos después, pero en lo inmediato volvemos al hilo conductor de esta obra.

En efecto, promover al código procesal de la controversia como receptáculo de las vías de gravamen y los medios de impugnación no es adecuado para un proceso constitucional. Podríamos acentuar lo dicho usando un argumento inaplicable en nuestro sistema, cual es, la irrecurribilidad de las sentencias constitucionales de la jurisdicción concentrada; pero sería inútil demostrarlo en un mecanismo donde juegan jerarquías que disputan sobre la autoridad que tiene el cierre (última palabra) de la interpretación constitucional.

En doctrina se propone un mecanismo similar al "recurso de interpretación", que podríamos enumerarlo entre los recursos indiferentes, es decir, que no necesitan más que fundamentar la disidencia para requerir de la alzada que corresponda una interpretación definitiva del caso constitucional.

2. La reposición

2.1 La reposición intenta que el juez revoque una medida por él dictada, cuando se advierte el error incurrido. Es propiamente un remedio que permite mantener la instancia y el magistrado de revisión en la misma persona que debe resolver el planteo rescisorio.

La brevedad de los plazos del amparo se contraponen con los tiempos codificados, y algunos entienden que es improcedente considerando la imposición del artículo 16 de ley de amparo que impide articular incidentes, excepciones o cuestiones de competencia.

Inclusive, se podría interpretar que es una ampliación del plazo para obrar en los tiempos que la ley 16.986 establece, supuesto que lo pone en pugna con los principios de progresividad y preclusión del amparo, ya que frente a la hipótesis eventual de la concesión, se obtendría una prolongación de los términos.

No obstante, se trata de una advertencia que previene errores, los que cambiando los tiempos para la corrección, anularían vicios futuros. Diferente serían las

resoluciones que causen agravio, cuya reposición se intente como recurso. Aquí es donde, formalmente, se podría denegar la vía.

La Corte ha tenido oportunidad de decir […]

> Corresponde rechazar la reposición del auto de secretaría que intimó al recurrente para que cumpliera con lo dispuesto en la acordada 13/90 bajo apercibimiento de tener por desistida la queja, pues no existe respecto a las acciones de amparo una exención objetiva, lisa y llana, de la tasa de justicia como sí la hay en otros supuestos incluidos en diversos incisos del art. 13 de la ley 23.898 modificada por la ley 24.073, sin perjuicio de que en caso de no poder sufragar el depósito regulado en el art. 286 del Código el peticionario puedea iniciar,ante quien corresponda, el trámite correspondiente del beneficio de litigar sin gastos y comunicarlo al Tribunal[706].

2.2 La reposición se plantea y decide en la misma instancia donde se origina, ofreciendo así una rapidez e inmediación que otras impugnaciones no tienen.

Si la revocatoria se deduce contra resoluciones solicitadas por la parte contraria, el pedido debe sustanciarse. De este modo, al tener que asignar el trámite de los incidentes (art. 240, parte final del código procesal) se podría dudar sobre la celeridad prometida, y la procedencia formal del pedido. Es verdad que, en el caso, debiera desecharse por inadmisible (art. 239 parte segunda; art. 16, ley de amparo), pero no olvidemos que el art. 34 inciso 5 apartado b) faculta al juez a "señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar y sanear nulidades". Por su parte, el inciso e) del mismo precepto del código procesal, previene que el juez debe "vigilar para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal".

2.3 Si bien es excluyente del juez resolver la admisión del remedio, lo correcto será preservar al proceso en la vía que se debe desenpeñar. Si la reposición se promueve con afanes personales que no impactan para encauzar en sus límites el control de constitucionalidad, la descalificación debiera ser inmediata; en cambio, si se rechaza por cuestiones formales, sin advertir la calidad y trascendencia del acto, la expulsión

[706] Fallos, 331:1985.

importaría un criterio en extremo solemne que podría atentar contra la efectiva protección de los derechos que el amparo busca asegurar[707].

3. La aclaratoria

3.1 Aparentemente no genera confusiones la admisión de la aclaratoria como vía idónea para esclarecer aspectos no comprendidos de la sentencia, o como remedio apto para corregir desvíos materiales o integrar aspectos no incorporados en la parte resolutiva (siempre que no alteren lo sustancial de la decisión).

Al no tener que sustanciarse, procedería la aclaratoria dentro de los plazos previstos en el artículo 15 de la ley amparista, descartándose los tres días del art. 166 inciso 2, pues de utilizarse el tiempo máximo, habría precluído la posibilidad de apelar la sentencia.

3.2 La procedencia tiene retrocesos manifiestos cuando se cambia el sentido que tiene la petición que, bajo el pedido de aclaratoria, esconde segundas intenciones que tienden a reformar aspectos de la sentencia o decisiones anteriores[708].

Diferente resulta cuando los considerandos de una sentencia están equivocados y dejan sin sentido y regularidad la parte resolutiva del fallo, debiendo entonces usar la vía más rápida de la aclaratoria (de oficio o a petición de parte), para efectuar las correcciones pertinentes.

Asimismo, como los efectos del eventual requerimiento aclaratorio no causa efectos suspensivos, se debe urgir la resolución para evitar que precluya el plazo de apelación, el cual debiera introducir, *ad eventum*, los argumentos del planteo ante la posibilidad de no tener resuelto el planteo primero realizado.

4. El recurso de apelación

4.1 Procede el recurso de apelación contra: a) la sentencia definitiva; b) la resolución que rechaza in limine la demanda; c) las providencias que dispongan

[707] Fallos, 327:2955.

[708] Cfr. Fallos, 327:308, 314:295, entre otros.

medidas de no innovar o las denieguen y, d) las decisiones que suspenden los efectos del acto impugnado.

> El art. 15 de la ley de amparo prevé taxativamente las resoluciones susceptibles de apelación durante el curso de ese proceso, y entre ellas no se encuentra la que le da curso, sino, por el contrario, la que lo desestima in limine[709] (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

Las medidas cautelares y las suspensivas de actos administrativos pueden estudiarse en conjunto en razón de que ambos institutos portan idéntica finalidad preventiva, permitiendo a quien logra el decreto jurisdiccional, postergar hasta la sentencia la eficacia inmediata de las cuestiones que con el recurso paraliza.

4.2 La apelación del Estado o sus órganos descentralizados, contra la decisión que otorga cautelares en su contra, o suspende la ejecutoriedad del acto cuestionado por el amparo, entablan un conflicto con las normas que pueden fundamentar los agravios.

Dicho esto porque, si bien la medida de no innovar se fundamenta en los artículos 230 a 232 del código procesal, la razón de ella proviene de la aparente razón de reclamar en vía constitucional, la supresión del acto lesivo.

Quiere decir que la petición de tutela cautelar tiene algo más que la apariencia de buen derecho o del peligro en la demora, al sumar en su credibilidad, la acreditación de estar ante un hecho o acto que, en forma actual o inminente, altera, lesiona, restrinje o amenaza un derecho constitucional o convencional del sujeto que se dice afectado, o del grupo que representa al colectivo vulnerado.

En el orden federal, las medidas cautelares dispuestas contra el Estado, encuentran en la ley 26.854 (no aplicable en el amparo), un régimen que suele tener aplicaciones confusas cuando sus estándares se administran en el proceso constitucional. Hay casos, como la vigencia de la cautelar ordenada en el amparo, o la misma impugnación que referimos, donde suceden estas desorientaciones.

La ley dice en el artículo 13 […]

[709] Fallos, 317:711.

1. La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurran simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;

b) La verosimilitud del derecho invocado;

c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto;

d) La no afectación del interés público;

e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

2. El pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida. En este supuesto la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el inciso anterior.

3. La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2.

4. La entidad pública demandada podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del acto estatal en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resolverá el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declarará a cargo de la entidad pública solicitante la responsabilidad por los perjuicios que irrogue la ejecución, en el supuesto en que se hiciere lugar a la demanda o recurso.

Unu aspecto importante de la apelación en estos casos, afinca en impugnar la suspensión ordenada, sosteniendo que es una medida inconstitucional, basándose en el efecto inverso que tiene en la ley mencionada.

4.3 El impugnante debe cumplir las siguientes cargas:

a) el recurso se presenta por escrito;

b) dentro de las 48 hs. de notificada la resolución y,

c) con los fundamentos claros y precisos por los cuales motiva el pedido de revocación o modificación del decisorio.

En etapa de proposición cabe aclarar que la promoción del recurso es escrita, a excepción de las peticiones que dieren lugar a la queja (cautelares denegadas, o pedido de suspensión de los actos) cuando se plantean en las audiencias previstas en los arts. 9 y 10 de la ley de amparo nacional. La motivación debe contener una crítica concreta y razonada contra las partes del fallo que el apelante considere equivocadas.

5. Los plazos en el amparo

5.1 En materia de recursos la ley cambia la modalidad de contar los plazos para establecer el cálculo por horas, disposición que se ha interpretado con variadas opiniones, no siempre concordantes o precisas.

La Corte tiene dicho que […]

> Los plazos se cuentan por la regla general del código procesal, Ante la ausencia de una previsión expresa en la ley de amparo que regule la forma de cómputo de los plazos allí dispuestos, se debe recurrir a lo establecido en los arts. 152 y 156 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que expresamente excluyen del cálculo de los términos procesales a los días inhábiles […]
>
> La sentencia que computó el plazo de 48 horas establecido en el art. 15 de la ley 16.986 en forma continua y sin excluir los días inhábiles que existieron durante su transcurso, incurrió en una interpretación que no se ajusta con la solución establecida por el propio legislador en el art. 17 de la mencionada ley, en el que dispuso que, para las cuestiones no contempladas en ella, corresponde aplicar supletoriamente las disposiciones procesales en vigor[710].

El fallo de fines del año 2019 fue oportuno y despejó muchas incertidumbres, recordando que el cómputo era polémico y había motivado proyectos de ley procurando su esclarecimiento.

Con él quedó discernido que el plazo para apelar es de cuarenta y ocho (48) horas, solo que no se cuentan como lo establece el artículo 6º del Código Civil y Comercial […]

[710] CS, “Alpacor Asociados SRL c/ AFIP s/ amparo ley 16.986”. Sentencia del 3 de diciembre de 2019.

> En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo.

Ese párrafo final del precepto delega la regla en el código procesal, tornando de uso el artículo 152 que reglamenta […]

> Son horas hábiles las comprendidas dentro del horario establecido por la Corte Suprema para el funcionamiento de los tribunales; pero respecto de las diligencias que los jueces, funcionarios o empleados deben practicar fuera de la oficina, son horas hábiles las que median entre las siete (7) y las veinte (20).
>
> Para la celebración de audiencias de prueba, las cámaras de apelaciones podrán declarar horas hábiles, con respecto a juzgados bajo su dependencia y cuando las circunstancias lo exigieren, las que median entre las siete (7) y las diecisiete (17) o entre las nueve (9) y las diecinueve (19), según rija el horario matutino o vespertino.

5.2 La fuerza convictiva que tenía el cómputo del plazo por horas corridas, proviene de las enseñanzas del eximio procesalista Lino E. Palacio, quien afirmó que, en el ámbito del derecho procesal, los plazos fijados en horas deben comenzar a contarse desde el momento mismo en el cual se practica la notificación y el vencimiento se opera al terminar la última de las horas señaladas[711].

Este criterio no resulta general, porque otros tribunales provinciales de la más alta jerarquía, diferencian la aplicación. Por ejemplo, la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca al resolver sobre el plazo de interposición de un recurso de apelación dice que […] "corresponde declarar mal denegado el recurso de apelación incoado contra la sentencia que hizo lugar a la acción de réplica incoada pues, visto que el plazo de 24 horas previsto para la interposición del mencionado recurso venció fuera del horario judicial de atención al público, resulta temporánea la presentación efectuada por el recurrente dentro de las dos primeras horas del día hábil subsiguiente[712].

[711] Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 78.

[712] CS Catamarca, "Furque, José A. y otro c. Editorial Capayán S.A.". Sentencia del 16 de d¡iciembre de 2008, DJ 08/04/2009, 904.

En la provincia de Córdoba el Tribunal Superior de Justicia[713], con mínimas variaciones, continúa esta orientación de manera que el plazo en horas debe ser interpretado como días completos y no de hora en hora, correspondiendo excluir del cómputo del plazo en cuestión al día de la notificación.

6. El plazo de gracia

6.1 La resolución de contar en días y no en horas el plazo para apelar, pone en dudas si ello sirve como mecanismo de conteo de naturaleza procesal, en cuyo caso existirían dos horas adicionales agregadas en el día siguiente al del vencimiento, por aplicación del art. 124 del código ritual; o en su caso, siendo de naturaleza sustancial, no contaría con la mentada ampliación.

Sigue con su jurisprudencia vernácula, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala V[714], al sostener que la utilización de las dos primeras horas de gracia, sólo resulta admisible cuando el vencimiento del plazo de cuarenta y ocho (48) horas establecido por el art. 15 de la ley 16.986 se produce en hora inhábil, pero no cuando la notificación se ha realizado en horario de Tribunales.

> Los precedentes de la justicia administrativa federal se sintetizan en la causa "Capúa"[715] donde se recuerda que […] "a efectos de calcular el plazo de cuarenta y ocho (48) horas previsto en el art. 15 de la ley 16.986, para interponer el recurso de apelación contra la sentencia definitiva, debe tenerse en cuenta que los plazos en horas comienzan a correr desde la notificación de la resolución impugnada y se computan hora a hora en forma continua. Por ello, el plazo de gracia establecido en el art. 124 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sólo resulta aplicable cuando el plazo de cuarenta y ocho (48) horas previsto para la interposición del recurso de apelación en los procesos de amparo ha vencido en hora inhábil".

713 TS Córdoba, "De Sola, Estevan c. Asociación Española de Socorros Mutuos". Sentencia del 25 de noviembre de 2003, LLC 2004 (abril), 255.

714 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, Sala IV, "Da Costa, Ana Cristina -RQU c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos". Semtencia del 21 de setiembre de 2005. DJ 2005-3, 1094. Más reciente la Sala de feria del mismo tribunal dijo que, "el plazo e computa hora por hora, es decir, se opera en forma continua; sin que tampoco rija el plazo de gracia que legisla el artículo 124 del Código Procesal Civil y Comercial". Sentencia del 15 de enero de 2019.

715 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, Sala II, "Capúa, María Alba y otros - RQU c. PEN Ley 25.561 Dtos. 1570/01 214/02". Sentencia del 23 de agosto de 2005, DJ 18/01/2006, 111.

Los fallos que se explanan en la jurisprudencia del contencioso administrativo no son iguales a los que emite la justicia civil y comercial federal. En ésta se asevera que resulta extemporánea la apelación presentada en un proceso de amparo si el plazo para recurrir la decisión notificada se encuentra vencido, pues tratándose de un plazo en horas se debe computar hora a hora desde el momento mismo en el cual se practica la notificación[716].

Quizás el punto más próximo a resolver el problema lo presente la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[717], cuando advierte que, en la ley 16.986 no establece más que un vencimiento en horas, sin disponer que ello implique *per se* la habilitación de las horas inhábiles, vencido el plazo en horario inhábil y teniendo en cuenta la remisión que efectúa el art. 17 a las disposiciones procesales en vigor, corresponde entender que la apelación presentada en las dos primeras horas del día posterior, es oportuna.

Para salir del problema también se arguye que si las disposiciones legales establecen un término en horas (v.gr.: de "24 horas" para la interposición del recurso) ellas deben ser interpretadas como un día completo y no de hora en hora. Para llegar a esta conclusión aplican razones de seguridad, practicidad y buena fe procesal -así lo entiende el Superior Tribunal de Córdoba-[718], vale decir, que se acuerda a la locución "horas" la relación directa con uno, dos o más días de acuerdo con las horas emplazadas.

6.2 De acuerdo con lo expuesto, el dilema tiene dos frentes a resolver: el primero atiende la regulación del Código Civil y Comercial que importa aplicar la notificación en horas a partir del momento que se dispone y de allí en continuidad hasta su

716 Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, “Uthurralt, Julio M. c. Acción Social de Empresarios”, Sentencia del 21 de setiembre de 2004, La Ley, 2005-B, 135.

717 Cámara de apelaciones en lo contenioso administrativo de la ciudad autónoma de Buenos Aires, Sala II, “*Comisión de Vecinos Lugano en Marcha y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*”. Sentencia del 13 de octubre de 2005, La Ley Online.

718 Superior Tribunal de Justicia de la rovincia de Córdoba, "*Sagasti Enzo c/ José Bañez-Ejecutivo-Recurso Directo*" Auto Interlocutorio n° 86 del 2 de abril de 1993.

terminación (doctrina del artículo 6º)[719], eliminando en consecvuencia, el plazo de gracia.

El segundo es eludir el comienzo y terminación del plazo en horas cuando el vencimiento culmina en horas inhábiles, porque anticipar la perentoriedad sería socavar el derecho de defensa en juicio. Pero, a *contrario sensu*, la ampliación conspira contra la celeridad y urgencia que se persigue cuando se fija plazos en horas. En este espacio es posible contabilizar el plazo de 48 horas, y como el tiempo se cuenta por días hábiles, el horario de tribunales funge decisivo para autorizar las dos (2) primeras horas del día siguiente al del vencimiento.

Es decir que el uso del cargo extraordinario previsto para actos procesales que deben cumplirse fuera del horario de tribunales, incluyendo en la categoría a los días inhábiles (sábados, domingos, feriados, y los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o los Tribunales Superiores locales determinen como tales), tiene un contratiempo inesperado.

Sería cuando la notificación se dá en el último día de diciembre, de manera que el recurso se debería presentar en el mes de febrero al reiniciar la actividad tribunalicia.

Con ello se observa que unificada la extensión no se atiende que la duración diferente obedece a circunstancias de registro diverso. Los sábados y domingos son suspensiones normales que corresponden al descanso hebdomadario; los feriados, dependen de la fiesta que se conmemore, pudiendo ser religiosas o civiles a cuyo fin la inhabilidad del tiempo sigue lo ordenado por la legislación administrativa, y las llamadas ferias responden a las vacaciones de la actividad judicial.

6.3 Quizás la única diferencia provenga de distinguir que el día y/o la hora de un asueto no supone inhabilidad; así lo establece el art. 3º del Reglamento para la Justicia Nacional que establece que el asueto no inhabilita el día ni alcanza a los magistrados,

[719] Caramelo, Gustavo – Herrera, Marisa – Picasso, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo I. Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 22. Allí dicen […] "Fuera de estas diferencias, el régimen en torno al modo de computar los intervalos de derecho es muy similar, incluso se mantiene el sistema muy poco utilizado del establecimiento de plazos en horas. Este mantenimiento responde, principalmente, al principio por el cual las partes tienen la libertad de contratar y, por lo tanto, a sujetarse a plazos cuyo modo de medir el tiempo sea en horas. En esos casos, el CCyC no solo lo permite sino que establece una serie de reglas a los fines de resolver si la cuestión llegará a presentar discrepancias".

funcionarios y empleados indispensables a fin de cubrir las guardias necesarias para la atención del público y el cumplimiento de las diligencias dispuestas para esa fecha. Por lo tanto, el asueto no inhabilita el día el cual continúa corriendo con la única limitación del personal encargado de recibir y diligenciar cada uno de los actos predispuestos.

La inhabilidad del día produce dos efectos; 1º) Se descuenta en el cómputo de los plazos procesales, con excepción de los señalados para que se opere la caducidad de la instancia (art. 311); 2º) Durante su transcurso no puede realizarse ningún acto procesal eficaz, salvo en el supuesto de mediar habilitación expresa (art. 153, CPC y 4º del RJN)"[720].

7. El efecto de la concesión del recurso

7.1 El recurso de apelacion que se concede o deniega contra la sentencia de amparo, tiene ambos efectos. Coinciden en la providencia el ·devolutivo", que significa anunciar que oportunamente revisará el caso un tribunal superior; y el "suspensivo", cuyo sentido es paralizar el trámite de inmediato para que el órgano de la apelación lo resuelva dentro de las cuareta y ocho (48) horas.

La costumbre del foro ha sido no cuestionar esta *contradictio in terminis,* quizás aceptando que la urgencia prevista para dirimir, sea bastante más rápida que cuestionar la contradicción que tiene suspender y continuar, al mismo tiempo.

El efecto del recurso tiene dos connotaciones: a) suspende o prosigue las actuaciones; y b) interviene o no un órgano jerárquico de revisión.

7.2 El efecto devolutivo responde a una designación de origen histórico, que consiste en el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dictó el acto que, frente a la impugnación, entrega la jurisdicción (facultad de juzgar) al superior. Proviene de la época cuando se deriva la facultad de juzgar al emperador y éste la delegaba en los jueces, por lo que al recurrir ante aquél se producía realmente una devolución de dicho poder[721].

[720] Gozaíni, Osvaldo A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* tomo I, La Ley, 2006 (2ª ed.), p. 414.

[721] Gozaíni, *Tratado de derecho procesal civil,* tomo V, cit., p. 67.

Va de suyo que no tienen efecto devolutivo los recursos que son resueltos por el mismo juez ante quien se presenta la impugnación.

7.3 El efecto devolutivo, en materia de amparo, muestra singularidades que lo particularizan, tales como:

a) La remisión de la jurisdicción al órgano superior, priva al *a quo* de la potestad de juzgar o seguir interviniendo en la causa;

b) el superior asume la facultad plena de revocación de la sentencia recurrida, sin quedar limitado por los agravios del recurso, porqué al tratarse de agravios contra una sentencia constitucional, la interpretación discernida en primera instancia, como la decisión que se cuestiona, pueden tener en la resolución del superior una nueva modalizacion del pronunciamiento, más allá de que se confirme lo resuelto.

c) El efecto devolutivo del recurso de apelación, importa la sumisión integral del proceso al tribunal de alzada y permite a éste conocer "*ex novo*" en todas las cuestiones controvertidas, con poderes idénticos, en su extensión y contenido, a la del juez apelado. Los poderes no significan que pueda empeorar la situación del recurrente (*reformatio in pejus*)

Otra variación respecto al recurso de apelación regido con las reglas procesales que, para nosotros, es inaplicable al juicio de amparo, sucede con la calidad de la providencia cuestionada.

> Cuando la apelación se plantea contra una sentencia definitiva, el art. 250 inciso 1º del código procesal, dispone que se debe remitir el expediente a la Cámara dejándose en el juzgado de origen copia de lo pertinente según las piezas que indique la providencia que concede el recurso, las que deben presentarse por el impugnante. En cambio, si la crítica se dirige contra una providencia interlocutoria, el apelante debe adjuntar copia de lo que señale el expediente y de lo que el juez estimare necesario, asistiéndole igual derecho al apelado. Estas piezas, como las memorias presentadas, tienen que elevarse a la Cámara, salvo que el juez estime mas expeditivo, retenerlos para la prosecución de la causa, derivando el expediente original[722].

[722] Gozaíni, *Tratado de derecho procesal civil*, tomo V, cit., p. 69.

En suma, el efecto devolutivo, determina que toda la actuación que resulta del grado inferior, tenga carácter provisional, esto es, subordinada al éxito del juicio de apelación pendiente.

7.4 El efecto suspensivo genera la inejecución de la sentencia o del acto impugnado hasta que sea resuelto el recurso que contra ella se interpone. Deriva de la aplicación del principio romano según el *cual "appelatione pendente nihil innovarum",*

La suspensión alcanza solamente al acto impugnado, circunstancia que muestra el rol diverso que asume el trámite según sea cuestionada una sentencia definitiva o una providencia cautelar o alguna interlocutoria.

La norma del art. 15 de la ley 16.986 constituye la negación de la garantía constitucional que implica la protección sumaria de los derechos mediante la acción de amparo, pues como corolario de esa norma -que dispone que los recursos interpuestos contra resoluciones cautelares deben concederse con efecto suspensivo- puede sobrevenir el daño que se intenta evitar o tornarse en ilusorio el reconocimiento que persigue quien interpone dicha acción. Asimismo, aquella norma contraviene el orden imperante en materia de medidas cautelares, cuyas apelaciones se otorgan con efecto devolutivo para evitar gravámenes irreparables.

7.5 En síntesis, cuando un recurso se admite en dos efectos, quiere decir que se simultáneamente actua la consecuencia de mantener la competencia del juez originario, a quien se le suspende la intervención hasta que la alzada resuelva la apelación interpuesta.

> Cabe dejar sin efecto la sentencia , si el tribunal local no se hizo cargo de que la decisión jurisdiccional de naturaleza cautelar dictada en el amparo-del que fue parte la ejecutante-, ordenaba se suspendan los efectos de los decretos que tenían relación con el reclamo del actor, pues dicha circunstancia procesal resultaba de inevitable consideración a fin de dictar sentencia en el proceso ejecutivo, a los fines de evitar la contradicción jurisdiccional verificada al mandar continuar la ejecución provocando agravios de insusceptible reparación ulterior[723].

[723] Fallos, 331:592.

> A efectos de habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48, el recurso debe dirigirse contra una sentencia definitiva o asimilable, calidad de la que carecen las que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria[724].

8. El recurso extraordinario federal en el amparo

8.1 La regla del artículo 13 de la ley 16.986 se vincula con el alcance de la cosa juzgada, dejando abierto así el camino para llevar al recurso extraordinario federal, la sentencia que tendrá efectos definitivos a estos efectos.

Si recordamos que el amparo argentino tuvo origen jurisprudencial luego del recurso extraordinario deducido (causas "Siri" y "Kot"), evidentemente, debemos reconocer su procedencia. Sin embargo la situación no es tan clara, en la medida de las vacilaciones que se constata para definior cuando se está ante una sentencia definitiva en el amparo.

8.2 Hay pautas comunes que permiten afirmar la existencia de presupuestos que admiten el progreso del recurso extraordinario. Ellos son:

a) Existe cuestión federal, pues el destino del amparo, precisamente, se fundamenta en la tutela de esa contrariedad que tiene la norma fundamental con distintas disposiciones que la interpretan o aplican en contrario a su sentido rector.

b) Promedia una causa justiciable, porque preexiste un conflicto de derecho entre partes adversas, sin que signifique la ausencia estricta de contradicción, abandono de la bilateralidad exigida en el recurso.

c) La sentencia que hace lugar al amparo es definitiva, en cuanto al objeto revisado en el proceso constitucional.

d) La interpretación amplia y el rendimiento funcional que se le asigna el amparo a través de la denuncia de sentencias arbitrarias, que reposen en un interés público manifiesto, o para impedir que se consagren excesos rituales manifiestos.

e) La impugnación no cuenta de un mínimo de seriedad y motivación que demuestra la necesidad de análisis por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

[724] Fallos, 330:4606.

Finalmente, con relación a los plazos y términos que rigen, no sufren alteraciones los específicos encomendados de los artículos 256 y 257 del código procesal, como 15 y 16 de la ley 48. Asimismo se admite la invocación de causales excepcionales como la gravedad institucional o la trascendencia del recurso.

8.3 La cuestión federal en el amparo es manifiesta, lo endeble es la relación entre cosa juzgada de cierre y posibilidad de replanteo en otras vías. Dicho en otros términos, cuando el amparo resuelve las cuestiones constitucionales, no hay problema para habilitar la instancia al recurso extraordinario, toda vez que estará dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, calidad de la que carecen, en principio, las que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria.

La excepción varias veces repetida por nuestro máximo tribunal, es que si las acciones que se abren como alternativa de replanteo, sean de difícil tramitación, o sus resultados lleguen tarde generando una suerte de sentencia declarativa.

> Si bien a efectos de habilitar la instancia extraordinaria, no son sentencias definitivas ni resultan equiparables a tal las decisiones que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria, cabe admitir su procedencia si lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior[725].
>
> Si bien a efectos de habilitar la instancia extraordinaria el recurso extraordinario debe dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, calidad de la que carecen -en principio- las que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria, ello no obsta para admitir la procedencia del recurso federal cuando lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior[726].
>
> Si el superior tribunal provincial no consideró, ante un recurso de amparo, siquiera los argumentos tendientes a demostrar la inexistencia de otros dispositivos aptos para lograr el reconocimiento urgente del derecho a la rehabilitación e integración del niño, en un plano de igualdad con quienes gozan de la cobertura que otorga el régimen nacional, resulta verosímil la afirmación del apelante en el sentido de que el empleo de un trámite ordinario

[725] Fallos, 339:1423.

[726] Fallos, 339:201.

no satisfará la exigencia de tutela judicial efectiva prevista en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[727].

Corresponde dejar sin efecto la sentencia si el tribunal a quo declaró inadmisible por causas formales el recurso local referido a un asunto constitucional idóneo -inteligencia de previsiones federales atinentes al derecho a la salud y la integridad psicofísica de las personas menores de edad y discapacitadas en el contexto del amparo-, de manera que no ha ingresado siquiera en el análisis del punto federal, omisión que comporta un obstáculo al correcto ejercicio de la competencia apelada, pues la decisión del caso federal no emana del tribunal superior de la causa[728].

8.4 En cuanto a la cuestión justiciable, no hay obstáculos que impidan el acceso a la instancia extraordinaria cuando en el amparo se debaten conflictos de naturaleza constitucional o convencioal. La complicación surge cuando la vía se rechaza invocando que existen otros procedimientos más idóneas y, al intentar el camino judicial donde se reconduce la demanda, el mismo tribunal lo deniega por cuestiones de forma o por haber vencido un plazo perentorio.

En estos supuestos juega el derecho de defensa en juicio, así como otras veces se remite a las características del acto o hecho lesivo. Aun sin reglas establecidas, son casos de sentencias que no se fundamentan adecuadamente, porque al clausurar el debate sobre la naturaleza no justiciable de las cuestiones de trascendencia institucional que se plantean rechazando in limine el amparo, menoscaban el respeto y acatamiento que tienen los jueces, al deber de fiscalizar el principio de la supremacía constitucional[729].

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la acción de amparo deducida por médicos y asociaciones profesionales contra la provincia con el objeto de que se diera solución a las graves insuficiencias del hospital ya que el sólo hecho de que la demanda trate del daño a un bien colectivo -y no a un interés individual de los actores- no resulta suficiente para descartar la configuración de una "causa" justiciable[730].

No existe cuestión justiciable si la supuesta lesión a los derechos de los consumidores invocada por los amparistas contra el art. 2° del decreto 92/97 no sólo no es de carácter

[727] Fallos, 326:2333.

[728] Fallos, 336:2333.

[729] Fallos, 337:126.

[730] Fallos, 329:4741.

> general, sino que la misma norma ha dado lugar a numerosas acciones judiciales en las que se persigue el mantenimiento del régimen impugnado, por ser éste favorable a importantes sectores de habitantes del interior del país[731].

8.5 La arbitrariedad en materia de sentencias constitucionales de amparo es una causal de invocacion recurrente, sin que ello resulte óbice para la apertura del recurso cuando, con menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional, el tribunal excede los límites de su jurisdicción.

La descalificación no asienta en la mera disconformidad del apelante con la interpretación desarrollada en la sentencia, sino en alguna de las causales de arbitrariedad que exponen, manifiestamente, el equívoco incurrido.

> Corresponde descalificar en los términos de la doctrina de la arbitrariedad, la sentencia del superior tribunal de justicia que al hacer lugar a las acciones de amparo acumuladas y ordenar que se recompongan las remuneraciones de magistrados y funcionarios del Poder Judicial local, omitió pronunciarse sobre el punto referido a los períodos anteriores durante los cuales se había constatado la vulneración constitucional y que habían sido reclamados por los actores; pues este defecto determina que la sentencia no satisfaga los requisitos de fundamentación mínimos para constituir un acto jurisdiccional válido[732].
>
> La omisión de examinar los planteos introducidos en la expresión de agravios es particularmente significativa si en la decisión de primera instancia -que se pretendió dejar firme- la magistrada también soslayó el examen de las normas invocadas por la apelante pese a que era esa oportunidad procesal la apropiada para abordar la cuestión pues la causa -tendiente a obtener con carácter urgente la cobertura integral de internación y provisión de implante- había sido declarada como de puro derecho en virtud de que el actor ya había obtenido su pretensión sustancial como consecuencia de la medida cautelar decretada en el amparo[733].

8.6 Finalmente, el recurso extraordinario obliga a ua adecuada fundamentación. Motivos que no son simple argumentación jurídica. La Corte quiere que se cataloguen los requisitos formales y se estandarice la presentación concreta de la cuestión federal. El futuro nos dirá si es para abrir el grifo a la necesidad de revitalizar el control de constitucionalidad, o para colocarle definitivamente su mortaja.

[731] Fallos, 321:1252.

[732] CS, “Alonso de Martina, Marta Inés y otros s/ amparo”. Sentencia del 12 de noviembre de 2019.

[733] Fallos, 342:1484

Lo que sucede es que si lo establecido en la Acordada 4/2007, es la mención clara y concisa de la cuestión federal, con la cita de las normas involucradas, y de los precedentes de la Corte sobre el tema, toda la fundamentación se resume en una síntesis expuesta en una carátula que sobreestima el carácter de presentación formal.

La explicación podría llegar con el artículo 3, que podría ser el indicativo de las cargas de fundamentación del recurso; donde el interesado debería argumentar las cuestiones que solamente ha enunciado, mencionado o citado en la carátula.

La Corte no es explicita en este aspecto, solamente indica que

> Corresponde desestimar la queja si el recurso extraordinario cuya denegación la origina exhibe severas deficiencias formales que cancelan la instancia federal promovida, pues carece de un relato mínimo que permita tomar conocimiento de los antecedentes fácticos y jurídicos del asunto que se pretende someter a decisión de la Corte, de la cuestión que como de naturaleza federal se invoca, de la relación directa que debe existir entre lo decidido y la materia ventilada en el sub lite y de otros recaudos concernientes a la fundamentación autónoma y suficiente que, con carácter taxativo, han sido enumerados por el Tribunal en el reglamento aprobado por la acordada 4/2007[734].

Tradicionalmente, la fundamentación del recurso extraordinario requirió de una rigurosa planificación técnica, donde la presentación y el orden formaron parte de las condiciones de admisibilidad. Hasta hoy, todos los puntos controvertidos que justifican planteos concretos y específicos no se satisfacen con expresiones superficiales o genéricas.

Es imprescindible la suficiencia en la impugnación, como igualmente lo requiere el ejercicio de la defensa de la contraria y el deber de expedirse del tribunal en una sentencia motivada e intrínsecamente justa.

8.7 En la hipótesis que el recurso extraordinario fuera declarado inadmisible, se puede plantear la queja o recurso directo, sin necesidad de realizar el deposito de ley.

> En el caso de las acciones de amparo el pago del depósito previo previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial se encuentra condicionado a la resolución de la Corte en la queja y hasta ese momento corresponde diferir la exigibilidad del mismo[735].

[734] Fallos, 330:4587. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo III. Jusbaires, Buenos Aires, 2020, p. 566 y ss.

[735] Fallos, 341:666.

Cabe rechazar el pedido de exención del depósito a fin de tramitar la queja por denegación del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que desestimó la acción de amparo iniciada a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 22 y 24 de la ley 26.122 - Régimen legal de los decretoos de necesidad y urgencia-pues el hecho de que se trate de un recurso interpuesto por una entidad sin fines de lucro en el marco de una causa cuyo objeto carece de contenido patrimonial resulta irrelevante en la medida que la ley de tasas no prevé ese supuesto como una de las causales de exención del pago del depósito que taxativamente enumera, ni exime al amparista de la obligación de integrar aquél, sino que sólo difiere su pago para el supuesto en que el amparo sea rechazado[736].

Corresponde rechazar la reposición del auto de secretaría que intimó al recurrente para que cumpliera con lo dispuesto en la acordada 13/90 bajo apercibimiento de tener por desistida la queja, pues no existe respecto a las acciones de amparo una exención objetiva, lisa y llana, de la tasa de justicia como sí la hay en otros supuestos incluidos en diversos incisos del art. 13 de la ley 23.898 modificada por la ley 24.073, sin perjuicio de que en caso de no poder sufragar el depósito regulado en el art. 286 del Código el peticionario puedea iniciar,ante quien corresponda, el trámite correspondiente del beneficio de litigar sin gastos y comunicarlo al Tribunal (art. 84 del código mencionado)[737].

[736] Fallos, 333:1254.

[737] Fallos, 331:1985.

CAPÍTULO XXXV

La costas en el amparo

1. Principios generales

1.1 El artículo 14 de la ley de amparo establece el principio general en la materia. Ella dice […]

> Las costas se impondrán al vencido. No habrá condena en costas si antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el artículo 8, cesara el acto u omisión en que se fundó el amparo.

La suplencia del código procesal integra la regla dispuesta, interpretándose que la remisión es funcional, es decir, tiende a aplicar las disposiciones adjetivas en todo cuanto no fuese materia de expresa regulación, y se adapte a la rápida y urgente decisión del trámite principal.

1.2 La duda que instalamos asienta en aplicar el principio objetivo de la deroota en un proceso de interpretación constitucional, donde por vía de principio, hay una decisión que puede tener modalidades de cumplimiento, y plazos diferentes a los comunes, sin que ello refiera a una condena precisa de tipo sancionatorio.

En todo caso, con remisión al capítulo de la naturaleza jurídica de las sentencias constitucionales, corresponde analizar si la resolución sobre el curso de las costas forma parte del pronunciamiento como accesorio de ella, o tiene autonomía. En este caso, sería más comprensible la disposición del artículo 14.

El último párafo del precepto se asemeja al criterio subjetivo del artículo 68 segunda parte del código procesal, respecto a la ponderación de distintas circunstancias, que evitan aplicar el criterio del vencimiento puro y simple.

Conclusión simplista y errónea, pues no hay subjetividad alguna, sino apreciación concreta sobre un hecho producido antes de contestar el informe requerido, que hubiera producido el cese del acto u omisión en que se fundó el amparo.

1.3 La Corte nacional no ha prestado atención a la variable ocurrida después de la reforma constitucional que, al transformar el juicio de amparo en una garantía emergente del deber jurisdiccional de defender la Constitución, instala una función social en los procesos constitucionales, donde con propiedad no se puede hablar de un vencedor o un vencido. Seguir hablando de una condena en costas es un contrasentido para el juicio de amparo.

Sin embargo, el tribunal afirma que […]

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que impuso las costas por su orden, omitiendo considerar que las disposiciones del art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultaban inaplicables al caso, pues tratándose de un proceso de amparo las costas debían imponerse según lo previsto en el art. 14 de la ley 16.986, precepto que establece la imposición de costas a la vencida a excepción de que, con anterioridad a la contestación del informe previsto en el art. 8°, se produzca el cese del acto u omisión en que se fundó el amparo[738].
>
> Corresponde que el Estado Nacional y la Provincia se hagan cargo de las costas ocasionadas por la parte actora y la empresa prestadora del servicio médico cuya falta de pago originó el amparo, si han insistido en la complejidad y particularidades de las cuestiones debatidas para tratar de excusar sus respectivas conductas omisivas y prescindentes en la tutela perseguida, a la par de imputarse recíprocamente la exclusiva responsabilidad en la atención médica reclamada, ya que no cabe descartar la responsabilidad conjunta de ambos estados[739].

En algún momento se pensó que las costas en el amparo podìan tener un recorrido diferente conforme el carácter protectorio del proceso, pero enseguida se mantuvo el curso y se ordenó que […]

> El art. 14 de la ley de amparo no ha sido dejado sin efecto expresamente por la ley de solidaridad previsional, ni corresponde admitir que lo hubiese sido de una manera implícita,

[738] Fallos, 328:2856.

[739] Fallos, 329:1226,

pues forma parte de un conjunto orgánico de disposiciones dirigidas a regular el restringido ámbito de dicha acción[740].

2. Vencedores y vencidos

2.1 Planteados los interrogantes, persiste el problema de encontrar un claro vencedor y un vencido manifiesto en los términos como la tradición jurisprudencial y la doctrina los considera[741].

El efecto de esta diatriba es significativo, teniendo en cuenta que solamente un resultado concreto y objetivo es el que permite imponer las costas por la derrota, despojando la posibilidad de aplicar los permisos de eximición que tiene la segunda parte del artículo 68 del código procesal, al haber establecido la ley de amparo que la única excepción sucede cuando el amparo deviene abstracto.

De este modo, el requirente que obra de buena fe; con la creencia de estar asistido de razón y derecho; de actuar al cobijo de una ley que durante el trámite del proceso cambia o se deroga; o que resguardó la demanda en la jurisprudencia reiterada de los tribunales; o bien, apoyado en tantas otras situaciones que han permitido establecer criterios como la distribución de costas por su orden; la división de acuerdo a los vencimientos parciales y mutuos; la imposición al que litiga con pluspetición inexcusable, o inclusive, la propia condena en costas al actor, son todas ellas situaciones que no se podrían aplicar al amparo.

Verdad dogmática, claro está, pues la Corte -insistimos- jamás prestó atención a ello, y desde hace tiempo continúa aplicando reglas procesales del proceso contencioso a un juicio de estricto contenido y decisión constitucional.

> Corresponde que las costas en la acción de amparo sean abonadas en el orden causado, si ninguna de las partes resultó ganadora (Voto de los Dres. Rodolfo C. Barra, Ignacio Larraza, Arturo Pérez Petit, Alberto M. Fonrouge y Miguel S. Marienhoff)[742].

[740] Fallos, 325:981; 322:464; 320:2783, entre otros.

[741] Gozaíni, Osvaldo A., *Costas procesales.* Volumen 2. Ediar, Buenos Aires, 2007 (3ª edición), ps. 895 y ss.

[742] Fallos, 314:295.

2.2 El mismo padecimiento tiene la calidad de vencido volviendo a plantear que la naturaleza del amparo cuestiona su condición de juicio controvertido, calidad esencial y de gran trascendencia para resolver una condena en costas.

El requerido, autoridad pública o particular, también encuentran razones que justifican. Sería extraño que al producir el informe se reconocieran todos los hechos y se pusieran a disposición del tribunal para recuperar los derechos del demandante que los denunció por la violación de sus derechos constitucionales. En todo caso, sería ésta la única probabilidad de encontrar un claro vencido.

La producción del informe, aunque no sea una contestación de demanda, *stricto sensu*, provoca la bilateralidad atenuada del amparo, y garantiza el derecho a ser oido para quienes tienen posiciones contrarias, no necesariamente controvertidas. Esta ausencia es la que niega la calidad de vencido, si bien no es posible negar que la oposición oculta bajo el informe circunstanciado, es un mecanismo para interpretar la confrontación.

De allí que se puedan usar criterios no procesales (rituales) para establecer la imposición de responsabilidad para asumir los gastos que el proceso ocasiona; uno de ellos puede hacer mérito en el principio de proporcionalidad que establece cuáles son las pautas de distribución de los gastos del proceso en los supuestos de no encontrar con facilidad a vencedores y vencidos.

> La incertidumbre sobre una situación fáctica, la existencia de una situación compleja o dificultosa -tanto en los hechos como en lo jurídico-, como también las dificultades interpretativas de una norma o las cuestiones dudosas de derecho, entre otras, configuran razones que según el caso, autorizan la exención –total o parcial- de costas al vencido[743].

2.3 Tanto el vencimiento como la derrota son ideas que acentúan la naturaleza bélica del proceso judicial. A diferencia de este enfoque tan desacreditado, aparece el proceso constitucional como una vía pacífica que, confiando en los jueces, desarrolla un modelo para la interpretación constitucional de derechos y garantías disputados entre sujetos o grupos de ellos, pensando en que así podrán resolver la certeza y eficacia de sus derechos.

[743] Fallos, 339:1691.

No vemos la necesidad de condenar a nadie, y por ello, las costas debieran estar dispuestos como un instituto diferenciado de la sentencia definitiva o de la resoluciones interlocutorias; ellas gozan de autonomía, al punto que la asunción de los gastos causídicos no es propio de la condena, sino de la justa distribución de responsabilidades por las inversiones realizadas para litigar.

Estas apreciaciones pueden aplicarse en el amparo, toda vez que *la objetividad* del pronunciamiento, no significa resolver en base a una matemática precisa. No es este el sentido de las costas procesales, sino aquella que permita el reintegro del dinero u obligaciones asumidas como gastos causídicos.

Por eso es que, no obstante la plena vigencia del criterio objetivo para la irnposición de costas, en cuya virtud corresponde que ellas sean soportadas por quien sucumbe en sus pretensiones, no es posible desconocer que el hecho de la derrota no es siempre expresivo o indicatorio de dicha pauta objetiva instituida por el legislador, habida cuenta que ocasionalmente no traduce la procedencia o improcedencia de un temperamento propuesto oportunamente, como reiteradamente lo dice la jurisprudencia vernácula.

> No corresponde imposición de costas si se trata de acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor (arts. 55, último párrafo, de la ley 24.240)[744].

2.4 Tras la sanción del Código Civil y Comercial, el nuevo artículo 730 del Código Civil y Comercial de la Nación promueve uno de los arbitrios posibles enderezados a disminuir el costo de los procesos judiciales y morigerar los índices de litigiosidad, asegurando la razonable satisfacción de las costas del proceso judicial por la parte vencida, sin convalidar excesos o abusos, y el mérito o la conveniencia del medio escogido constituye una cuestión que está reservada al Congreso de la Nación y excede el ámbito del control de constitucionalidad[745].

> La eventual posibilidad de que los profesionales intervinientes ejecuten a su cliente no condenado en costas por el saldo impago de honorarios que pudiese resultar del prorrateo

[744] Fallos, 342:1998.

[745] Fallos, 342:1193.

> legal, que resulta del art. 730 del Código Civil y Comercial de la Nación, no resulta violatoria del derecho de propiedad reconocido en el art. 17 de la Constitución Nacional[746].

Empero es un criterio que, pudiéndose emplear en el amparo, tiene reticencias por las implicancias que puede ocasionar. La eliminación de las costas, o la responsabilidad acordada, o el pacto sobre gastos, todas son modalidades que podrían beneficiar el principio de gratuidad de los procesos constitucionales, pero al mismo tiempo, puede redundar en un injustificado aumento de la litigiosidad, ya que indirectamente se incentiva la promoción de pleitos sin sustento legal, en los que bastaría citar alguna doctrina o jurisprudencia discordante para no tener que soportar los gastos del proceso[747].

3. La acción temeraria

3.1 En el derecho comparado las acciones de amparo siguen el principio de gratuidad de los procesos constitucionales. Ello no implica que se deban solventar los gastos realizados para preparar y desarrollar el litigio. Esas inversiones se devuelven con el principio de las costas procesales.

En Colombia el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 estableció, además, la figura de la temeridad, que en nuestro país se entendería como acciones de "forum shopping", es decir, los procesos de amparo que simultáneamente se plantean en diferentes jurisdicciones, buscando la satisfacción de idénticas pretensiones, que en realidad, solo quieren una sentencia favorable para generar precedente, o bien conseguir una medida cautelar que le mantenga el estado de ventaja procesal.

La norma colombiana dice […]

> Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazará o decidirá desfavorablemente todas las solicitudes. El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.

[746] Fallos, 342:1193.

[747] CS, "Verón, Héctor Oscar c/ Lacal, Alicia Julia Cristina s/nulidad de matrimonio". Sentencia del 20 de octubre de 2015.

En Argenina la ley 26.854 ha tratado de impedir este ejercicio abusivo con y en los procesos contra el Estado, pero al haberse excluido del alcance al juicio de amparo, la actuación temeraria y maliciosa, se reglamenta desde el código procesal de aplicación supletoria, en cuanto fuera pertinente, o por las reglas del Código Civil y Comercial, que proscribe el abuso.

3.2 El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 (Acción de tutela en Colombia) se refiere a las indemnizaciones y costas en el proceso de tutela. En esta norma se distingue la condena en costas al particular o a la autoridad pública que ha vulnerado el derecho constitucional fundamental, como consecuencia de una actuación clara e indiscutiblemente arbitraria; y la condena en costas al peticionario de la tutela cuando esta fuere rechazada o denegada por el juez, cuando se demuestre que se trata de una solicitud temeraria.

3.3 En Perú el criterio es similar, el Código Procesal Constitucional establece que […]

> *Artículo 56.- Costas y Costos.*
>
> Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el juez establezca a la autoridad , funcionario o persona demandada. Si el amparo fuere desestimado por el juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.
>
> En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos.
>
> En aquello que no esté expresamente establecido en la presente Ley, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

Como se aprecia, la intención de mostrar legislaciones alternas, tiene como objetivo resolver la situación de los procesos constitucionales donde promovemos que las costas se diferencien de la sentencia, pudiendo cobrar autonomía dispositiva y ejecución propia.

Para ello es menester aceptar la responsabilidad por los gastos que ocasiona todo proceso; y en este sentido, siendo el amparo un alto compromiso moral que expone a los sujetos que debatirán con explicaciones y justificativos, no se puede dejar de lado la conducta de ellos y la buena fe manifestada.

Temerario es quien sabe que no tiene razón, o que su derecho es endeble, y que no obstante estas prevenciones, igualmente arroja al juez la responsabilidad de resolver una demanda poco sostenible. Allí se debiera sancionar al imprudente, no solo por la negligencia con que se actúa, sino además, por la osadía de jugar con las razones que se deben fundamentar en un proceso de tanta importancia como el amparo.

> Pese a que se trata de una accesoria de la sentencia, la Corte Suprema le reconoce impacto constitucional a las decisiones sobre temeridad y malicia. Si bien lo relativo a la aplicación de sanciones disciplinarias, así como lo atinente a la valoración de la conducta de las partes **y** de sus letrados, constituyen materias reservadas a los jueces de la causa **y** ajenas a la instancia extraordinaria, corresponde hacer excepción a tal doctrina cuando resulta irrazonable la solución impuesta por el *a quo* con apoyo en el art. 45 del Código Procesal Civil **y** Comercial de la Nación, que fue mencionado para fundar la decisión. En consecuencia, el órgano con facultades para sancionar debe demostrar la imputación que sustente la medida que decrete, **ya** que lo contrario importaría admitir, como único fundamento de la sanción, la absoluta discrecionalidad de aquel[748].
>
> La tesis jurídica defendida por los profesionales no demuestra por sí sola la existencia de una conducta temeraria o maliciosa, pues el hecho de que no fuera admitida por los jueces de la causa no constituye suficiente sustento de la sanción establecida, dado que el contrato vinculante permitía, aunque de una manera opinable, darle diversos alcances a lo que las partes habían acordado[749].

4. Omisión de pronunciamiento sobre costas

4.1 La aplicación preceptiva de la condena en costas llevaría a imputar las costas a todo perdedor; y a no distribuirlas cuando el acto u omisión ha cesado al tiempo de contestar el informe. Sin embargo, la remisión al código procesal pone el interrogante sobre el desarrollo jurisprudencial que el tema tiene, en la medida de los siguientes problemas.

4.2 La sentencia de mérito debe necesariamente pronunciarse sobre las costas del juicio, porque constituyen un accesorio de aquella e integran el contenido de la decisión. Por tanto, el magistrado debe indicar el destino de los gastos aunque las partes

[748] Fallos, 342:1358;

[749] CS, “Oyola, Rodolfo Eduardo c/ Obra Social del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor y otro s/ cobro de sumas de dinero”. Sentencia del 22 de agosto de 2019.

no lo hubieren solicitado. Y si no lo hace, no se puede deducir que ellas se solventan en el orden causado.

La postura tradicional de la jurisprudencia fue argumentar que, el silencio sobre las costas daba a entender que correspondía esta solución. Sin embargo, no hay presunción objetiva y, por eso, hay al menos una nulidad formal de la sentencia que no da cumplimiento con el deber impuesto en las normas aplicables.

Algunos piensan que, habiendo omitido el tribunal expedirse sobre las costas en el amparo, tal circunstancia determina la procedencia del recurso de aclaratoria con el fin de obtener que se supla la referida omisión y, en razón de haber mediado sustanciación del recurso, no habiendo motivo valedero para apartarse del principio general de la materia establecido por el art. 68 del código procesal, corresponde imponer las costas a la demandada[750].

El temperamento corriente que interpretó seguir el principio de la proporcionalidad (costas por su orden) cuando había omisión de pronunciamiento, fue el empleado por la Corte en varios pronunciamientos[751]. Ello llevó a los tribunales inferiores a seguir la regla dispuesta, que se verá resistida a partir de las nuevas integraciones del Superior Tribunal a fines del siglo pasado[752]. No obstante, pesó el voto de la mayoría, y de este modo se resolvieron las causas llegadas a esa instancia superior[753].

4.3 En la práctica se daban dos actitudes posibles: La primera sería promover aclaratoria de la sentencia a fines de que el juez corrija la omisión; y de articular el

[750] Fallos, 302:558.

[751] CS, “Compañía Introductora de Buenos Aires, S. A. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales y otro -San Luis”. Sentencia del 3 de diciembre de 1981

[752] La decisión que resuelve el incidente planteado en la causa sin pronunciarse sobre la imposición de las costas devengadas en el mismo, no puede considerarse como una negativa implícita de imponer las costas al vencido. Ello así, pues si la exención de costas que no está expresamente fundada es sancionada con la nulidad (art. 68, párr. 2º, Cód. Procesal), "*a fortiori*", no pueden atribuírsele los efectos de una denegación a una omisión que, por hipótesis, carece de fundamentos (Fallos, 330:607), con nota de Gozaíni, Osvaldo A., La Ley, 1997-B, 637.

[753] El silencio de la sentencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a las costas devengadas en la instancia extraordinaria debe entenderse en el sentido de que su pago se impone en el orden causado (Fallos, 326:3177). Si se declaró procedente el recurso del art. 14 de la ley 48 y se confirmó la sentencia, las costas irrogadas en la instancia extraordinaria han de seguir el orden causado (Fallos 323:2480).

pedido, quedaba supuesto convalidar que cada parte tomara a su cargo los gastos que suyos.

Entiéndase que hablamos de falta de pronunciamiento expreso sobre el régimen de costas, pues las expresiones “sin costas” o “por su orden”, significa distribuirlas en proporción a los gastos que cada parte ha realizado y que debe abonar de su patrimonio. Cuando la sentencia expresa esta distribución, pese a su brevedad, es precisa y no admite la aclaratoria. Sí tolera, obviamente, el recurso de apelación.

Salvadas estas cuestiones, debe analizarse si la omisión de pronunciamiento respecto a las costas, puede conducir a una decisión presumida.

Nuestra opinión es contraria, pues la inadvertencia no se puede corregir variando las demás disposiciones del capítulo de costas procesales, que expresamente le exigen al juez una resolución expresa, inclusive, “aunque las partes no lo pidan”.

La Corte nacional corrigió el rumbo, actualmente, sostiene que […]

> Conforme al art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el principio general es la imposición de costas al vencido, y sólo puede eximirse de esa responsabilidad -si hay mérito para ello- mediante el pronunciamiento expreso acerca de dicho mérito, bajo pena de nulidad […].
>
> Si es nula la exención de costas sin fundamento, resulta contrario a la lógica interpretar que el silencio de la sentencia sobre el punto implique su pago en el orden causado, pues entonces el mero silencio podría constituir una vía indirecta para evitar la nulidad derivada de disponer la exención sin causa explícita[754].

5. Naturaleza del acto lesivo

5.1 La naturaleza constitucional del amparo pone ciertas dudas respecto de la posible desinteligencia en las normas que funden la demanda, al ser éstas suficientemente conocidas y justificarse con garantías de notable supremacía sobre los derechos comunes. Sin embargo., no se puede soslayar la difusa lectura que algunos de ellos tienen (v.gr.: carácter operativo de la norma constitucional, o programático hasta que se reglamente su ejercicio), lo que conduce a situaciones de dudosa aplicación.

[754] Fallos, 328:4504.

Si tenemos en cuenta que la actuación con derecho otorga la verdadera dimensión de la objetividad en materia de costas, puede colegirse que no basta la mera creencia subjetiva del litigante, en orden a la razonabilidad de su pretensión, para eximirlo de costas. El punto de partida nace de circunstancias concretas, puesto que todo aquél que somete una cuestión a la decisión judicial es porque cree que le asiste razón para peticionar como lo hace.

Claro está que si el asunto en dilucidación es complejo, las cuestiones analizadas son dudosas y existen opiniones divergentes en doctrina y jurisprudencia, se justifica que por el juzgador se otorguen las razonables pautas que conduzcan a la liberación por estos motivos.

La objetividad predispuesta en el amparo, no privaría el tránsito por este camino, el cual es posible utilizar cuando la conducta del actor es manifiestamente dirigida a sostener un derecho sin suficiente debate y aclaración; o bien, cuando el rechazo del amparo se debe a variaciones jurisprudenciales, o normas de reciente sanción.

Un ejemplo de esta posibilidad se da en el fallo siguiente […]

> Corresponde hacer lugar al recurso de revisión deducido contra la decisión que impuso las costas al Defensor del Pueblo de la Nación toda vez que los altos fines encomendados a este funcionario no pueden verse afectados por condicionantes económicos que pudieran llegar a desincentivar su actuación, razón por la cual resulta necesario compatibilizar las disposiciones procesales contenidas en el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con los propósitos que determinaron la inclusión de la figura de aquel al texto constitucional […]
>
> No parece posible hacer pesar los costos económicos del proceso sobre un órgano estatal -el Defensor del Pueblo de la Nación- que, en cumplimiento de una manda constitucional, asume el riesgo de una demanda, y su eventual fracaso, para la defensa de los intereses de la sociedad toda vez que quien tiene el deber de procurar determinado fin tiene el derechos de disponer los medios para su logro efectivo[755].
>
> Si bien es cierto que la ley nacional de tasas judiciales 23.898 no declara expresamente exentas de su pago a las actuaciones impulsadas por el Defensor de Menores e Incapaces, también lo es que dispone que la mencionada tasa integra los gastos del proceso (art. 10) y que el art. 14 de la ley nacional orgánica del Ministerio Público 24.946 establece que los miembros de dicho Ministerio no podrán ser condenados en costas en las causas en que intervengan como tales, por lo que una interpretación armónica de las normas mencionadas

[755] Fallos, 339:464.

permite razonablemente concluir que los Defensores de Menores e Incapaces no deben ser intimados a efectuar el depósito previsto por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación[756].

[756] Fallos, 337:45.

CAPÍTULO XXXVI

Ejecución de la sentencia

1. Régimen legal

1.1 El inciso b) del artículo 12 de la ley de amparo, establece que la sentencia tiene que determinar en forma precisa la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución

La norma se integra con la remisión al código procesal civil en orden al modo como será ejecutada la providencia en caso de incumplimiento.

> El artículo 499 dice […]: Consentida o ejecutoriada la sentencia de un (1) tribunal judicial o arbitral y vencido el plazo fijado para su cumplimiento, se procederá a ejecutarla, a instancia de parte, de conformidad con las reglas que se establecen en este capítulo.
>
> Podrá ejecutarse parcialmente la sentencia aunque se hubiere interpuesto recurso ordinario o extraordinario contra ella, por importes correspondientes a la parte de la condena que hubiere quedado firme. El título ejecutorio consistirá, en este caso, en un (1) testimonio que deberá expresar que ha recaído sentencia firme respecto del rubro que se pretende ejecutar por haber sido consentido.
>
> Si hubiere duda acerca de la existencia de ese requisito se denegará el testimonio; la resolución del juez que lo acuerde o, en su caso, lo deniegue, es irrecurrible.

La parte dispositiva es fundamental para que no se altere la eficacia que se espera, por eso la precisión y detalle no es abundar con descripciones que se pudieran ver como innecesarias. Este es un punto esencial que condiciona el cumplimiento inmediato, como la eventual ejecución.

1.2 La advertencia surge por la relación estricta que debe resguardar el principio de congruencia, que en esta etapa trabaja con mayor rigor que al tiempo de construir la sentencia constitucional. Cuanto se exprese en el pronunciamiento definitivo es lo que

se debe cumplir, de manera que no hay espacio para las sentencias abiertas o sujetas a la interpretación.

Por ejemplo […]

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que admitió la ampliación de los alcances del amparo interpuesto a fin de que se provea a una menor discapacitada la cobertura integral de todas las prestaciones enunciadas en la ley 24.901, si el renglón "acompañante terapéutico" no integró la demanda ni la condena y la propia actora lo calificó como "ampliación", por lo que la introducción y el progreso del rubro con posterioridad a que la sentencia de fondo quedara firme, implicó un exceso de los alcances tanto de la litis contestatio como de la cosa juzgada[757].
>
> Si en la demanda de amparo se hizo valer una exigencia de tutela propia de las pretensiones de condena pura y simple, con sujeción al principio de congruencia, la sentencia sólo pudo expedir un mandato de las mismas características, lo que constituye óbice decisivo al incidente de ejecución de ¨condena de futuro¨ a fin de reajustar nuevamente las remuneraciones de los jueces actores que se habrían vuelto a deteriorar[758].

1.3 Inclusive, la falta de regulación concreta de un sistema de fiscalización y compulsión para que las sentencias constitucionales se cumplan, lleva a que en ciertas oportunidades se replantee como amparo por mora la inejecución de la manda judicial.

Son los casos de liquidaciones practicadas por el órganismo que debe cumplir la sentencia, que se intiman a pagar con el pedido de pronto despacho ordenado judicialmente.

> Las razones de emergencia -situación de penuria por la que atraviesa el Fisco- invocadas por el Estado Nacional no obstan a que se determine el crédito que corresponde a los demandantes -un grupo de magistrados que promovió amparo por la disminución de sus retribuciones debido al proceso inflacionariocon arreglo al fallo final dictado en la causa, por cuanto la fase de liquidación tiene por objeto cuantificar dicho crédito e importa el medio eficaz de evitar el desconocimiento de la resolución de la Corte[759].
>
> Es arbitraria la sentencia que, al hacer lugar al amparo, dejó sin efecto el traslado del agente público, pues lo resuelto implica desconocer la fuerza ejecutoria de que gozan los actos administrativos que facultan al Estado a ponerlos en práctica por sus propios medios e

[757] Fallos, 335:1550.

[758] Fallos, 311:268.

[759] Fallos, 307:2340.

> impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efecto (art. 12 de la ley 19.549) máxime cuando no surge de modo alguno la existencia de un caso de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que requiere el art. 1° de la ley 16.986[760].

2. El amparo como vía de ejecución

2.1 El título puede despertar inquietud, pero solo refleja una situación de la práctica profesional. Los amparos de la seguridad social suelen tener resultados que reconocen a la clase pasiva distintas pretensiones de reacomodamiento salarial, percepción de haberes adeudados, diferencias de liquiidaciones, etc. Las sentencias que se dictan en los amparos obligan a la requerida, por lo general, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), a que pague y determine el monto definitivo. Esto se suele realizar adoptando la forma de trámite administrativo, con resolución de igual carácter, y estableciendo montos y tiempos de cancelación.

Las discrepancias con este procedimiento originan nuevos planteos de impugnación, violando el derecho de los beneficiarios a tener resuelto el problema dentro de un plazo razonable.

2.2 A veces la Corte admite que ante estos conflictos el interesado se ampare […]

> Corresponde hacer lugar al amparo deducido por un jubilado - de muy avanzada edad - cuyo reclamo no consiste en reajuste alguno, sino en la petición de hacer cesar la actuación decidida unilateralmente por la condenada al pago en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y disponer la ejecución forzosa del fallo[761].

> Corresponde confirmar la sentencia que mandó llevar adelante la ejecución de las astreintes aplicadas al organismo previsional en un juicio de amparo, si los agravios fundados en que acató el mandato judicial de resolver el pedido de reajuste de haberes del interesado antes de que la actora iniciara la ejecución de la multa, no se compadecen con las constancias de la causa[762].

En otras, reconduce el amparo hacia la ejecucion procesal […]

[760] Fallos, 315:2112.

[761] Fallos, 317:164.

[762] Fallos, 327:3719.

> Al perseguir el jubilado el cumplimiento de la sentencia que había tenido principio de ejecución, le asiste el derecho de ejercer las acciones que pudieran corresponderle para obtener el restablecimiento del monto del haber jubilatorio, pretensión que encuentra una vía idónea en la ejecución forzosa del fallo (art. 499 del Código de Procesal Civil y Comercial) por lo que para no afectar el objetivo principal del beneficio reconocido puede el Tribunal prescindir válidamente del nomen iuris utilizado para interponer la acción y atender a la real sustancia de la solicitud mediante la ejecución de sentencia[763].

La disparidad de soluciones es continua, y aumentó más cuando el gobierno sancionó la ley de solidaridad previsional, por la que se quería poner un freno inmediato a estos mecanismos compulsorios para forzar el cumplimiento de las sentencias.

La Corte, en le resonado caso "Itzcovich" dijo […]

> El fin protector de las prestaciones comprometidas en el procedimiento previsional justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio, siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia[764].

2.3 Esta ley derivó en múltiples acciones, ordinarias y constitucionales, que ponían en evidencia la ilegitimidad de un precepto (art. 19 de la ley 24.463) que producía efectos perniciosos en varios sentidos. Había traído una gran expansión en la competencia funcional de la Corte Suprema, y comprobaba estadísticamente que el organismo previsional no había utilizado en forma apropiada la vía procesal bajo análisis, implicando una injustificada postergación en el cobro de créditos de carácter alimentario reconocidos en las instancias anteriores.

Al declarar la inconstitucionalidad de la norma, la Corte sostiene que […]

> Cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto o bien su aplicación torna ilusorios aquéllos, de modo tal que llegue, incluso, a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder

[763] Fallos, 316:3209.

[764] Fallos, 328:566.

> Judicial y una de las mayores garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos contra los posibles abusos de los poderes públicos[765].

El énfasis puesto en lo declarativo era muy importante para verificar si el fallo abría paso a un modelo rápido para ejecutar las sentencias dictadas en los juicios previsionales, sobre todo cuando estaba afirmado que las prestaciones tienden a la cobertura de los riesgos de subsistencia y ancianidad, que se hacen manifiestos en los momentos de la vida en que la ayuda es más necesaria, lo que no se compadece con la posibilidad de que las sentencias dilaten sin término la decisión de las cuestiones sometidas a los jueces.

Fue medular uno de los votos compartidos, cuando sostuvieron que, en el marco específico del principio de igualdad consagrado en el artículo constitucional 16 y completado por el constituyente reformador de 1994 mediante la nueva disposición del art. 75 inc. 23, el art. 19 de la ley 24.463 ha creado un procedimiento que en los hechos carga a un sector ostensiblemente discriminado de la sociedad con el deber de aguardar una sentencia ordinaria de la Corte Suprema para cobrar créditos que legítimamente le pertenecen y que han sido reconocidos por dos instancias judiciales, colocándolo en situación de notoria desventaja y disparidad con cualquier otro acreedor de sumas iguales o mucho mayores que no se encuentran obligados a aguardar una sentencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia para hacer efectivo su crédito y que, dadas las especiales características del crédito, no sólo afecta su derecho constitucional de propiedad sino su propio derecho a la vida, a la salud y a la dignidad propia de ésta como atributo de la persona[766].

2.4 A esta altura se había comprobado la ineficacia del amparo por mora de la administración para conseguir el pronto despacho de las liquidaciones pendientes de cobro. La ley aumentaba el privilegio del Estado al admitir con la ley 24.463 el recurso ordinario de apelacion ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, originando una tercera instancia que diluía el derecho consagrado en instancias anteriores. La declaración de inconstitucionalidad puso un freno a lo manifiestamente arbitrario, pero dejó sin respuestas cuál sería el medio más rápido y efectivo para ejecutar la sentencia.

[765] Fallos, 328:566.

[766] Fallos, 328;566 (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

La sentencia solo eliminó el recurso ordinario de apelación ante la Corte nacional.

> La declaración de inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463 se aviene con la necesidad de simplificar y de poner límites temporales a la decisión final en las controversias de índole previsional, respetando así los principios que resultan de convenciones internacionales y que hoy tienen reconocimiento constitucional […]
>
> Cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto o bien su aplicación torna ilusorios aquéllos, de modo tal que llegue, incluso, a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos contra los posibles abusos de los poderes públicos[767].

Es evidente que el amparo previsional no admite otro amparo para ejecutar la sentencia, pero al mismo tiempo, llevar el trámite de ejecución a las vías administrativas, es despojar al beneficiario de la tutela jurisdiccional.

Así volvemos al punto inicial. Una vez más, se restringe la vía directa de ejecución, sin advertir que el mecanismo dispuesto lleva a preterir beneficios de orden previsional, los que estando declarados por la sentencia de amparo se los regresa a otro modelo de solución controversial en sede administrativa. Y así se vuelve a repetir el amparo por mora, perdiendo el proceso constitucional primero la eficacia esperada.

3. Ejecución forzosa

3.1 El adelanto hecho en el punto anterior es el antecedente de cuanto sigue en la exposición. La ejecución de la sentencia constitucional se vuelve más compleja en el caso del amparo, no solo por las distintas formas que puede ordenar “la determinación precisa de la conducta a cumplir”, sino también por el alcance del sujeto implicado y la posibilidad de modalizar el cumplimiento.

Así como no sería problemático cumplir una condena dineraria, que ya vimos no es tan simple, tampoco debiera serlo la declaración de inconstitucionalidad normativa, o la cesación de los efectos de un acto lesivo.

[767] Fallos, 328:566.

Nada de todo esto es seguro, y la razón es sencilla: No es el procedimiento apropiado para ejecutar la sentencia del amparo, el régimen de ejecucion forzosa reglamentado en los arts. 499 y ss. del código processal.

3.2 No lo es porque el sistema adjetivo trabaja sobre el impulso de las partes, y la ejecución de sentencia comienza a instancia del vencedor. En su lugar, hemos propuesto que exista un reglamento para los procesos constitucionales, donde el deber jurisdiccional esté en primera línea, de modo que si la sentencia no se cumple, sigue siendo un problema de obediencia a la jurisdicción, y no una delegación al interés de los sujetos.

Si la sentencia hubiera declarado la inconstitucionalidad de una ley, decreto u ordenanza, y la misma siguiera vigente ¿cuál es el perjucio principal? ¿Del sujeto que no consigue la inaplicación a su respecto? ¿De la sociedad global alcanzada, que mantiene en el ordenamiento jurídico una norma viciada? ¿O es del juez que observa la ineficacia de su actuación?

Este problema lo señalamos -y reiteramos ahora- cuando existe un acuerdo en la audiencia de prueba que deja caer la pretensión reclamada en el amparo al devenir abstracta la cuestión constitucional sobre el acto lesivo.

Pero en el amparo la satisfacción no siempre es individual, y si hubiera un planteo de inconstitucionalidad, subsiste la cuestión constitucional, y el deber de pronunciarse a través del control efectivo, porque el amparo no es un litigio de partes confrontadas, sino de derechos constitucionales que se deben interpretar.

Recordaba Cançado Trindade en su voto razonado del caso "*Bulacio vs. Argentina*"[768] que […]

> La *reparatio* no pone fin a lo ocurrido, a la violación de los derechos humanos. El mal ya se cometió; mediante la *reparatio* se evita que se agraven sus consecuencias (por la indiferencia del medio social, por la impunidad, por el olvido). Bajo este prisma, la *reparatio* se reviste de doble significado: provee satisfacción (como forma de reparación) a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, al mismo tiempo en que restablece el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones. Un orden jurídico erigido

[768] Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina* Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).Serie C nº 100.

sobre el pleno respeto de los derechos inherentes a la persona humana. El orden jurídico, así restablecido, requiere la garantía de la no–repetición de los hechos lesivos.

3.3 La sentencia dictada en el amparo individual, tiene la particularidad de resolver aquello que debe reparar los perjucios sufridos, o cesar en las amenazas o riesgos inminentes, que son cuestiones cuyo cumplimiento tiene que ser claramente especificado, para que el mismo juez que dictó el pronunciamiento, lo pueda ejecutar a pedido de parte.

El modelo, en estos casos, se puede adaptar al régimen forzoso que aplica el código procesal.

Pero si en esa sentencia se declara la inconstiutucionalidad normativa, aparece un caso que excede la reparacion particular. Una sentencia de este tipo tiene dos partes: una que mira la modalidad a satisfacer los intereses individuales o colectivos, que observan hacia el futuro; y otra que analiza el pasado para evitar que no se repita el acto o hecho lesivo, a cuyo fin se mira hacia adelante con la declaración de inconstitucionalidad. La primera parte es del interés de quien obtiene el beneficio; la segunda compromete la eficacia del servicio jurisdiccional.

Con esta pauta el tribunal puede modalizar la sentencia, y en lugar de perseguir que salga de inmediato del ordenamiento la ley o acto viciado por inconstitucionalidad, puede dar aviso (exhortar) a quien corresponda para que lo corrija (dando tiempo e indicaciones, o solo requriendo que se actúe en consecuencia). Son sentencias con condiciones que tienen una modalidad acosejable para evitar tensiones entre los poderes o conflictos entre competencias.

Esto lo puede hacer con la misma base del artículo 12 incisos a) y b) de la ley 16.986 en orden a que se debe indicar concretamente la autoridad que debe cumplir la sentencia, y la determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución.

3.4 Obvio resulta que un modelo como el propuesto, no puede quedar en manos de las partes, sino de quien tiene la responsabilidad de fiscalizar el cumpliomiento de la sentencia que ha hecho la interpretación conforme.

En el amparo individual o colectivo, la entidad o importancia de la violación a derechos y garantías con sustento constitucional o convencional, supone un hecho de cierta gravedad que, por su propia naturaleza, implica el incumplimiento de determinados deberes de respeto y garantía de los derechos y libertades a cargo del Estado a favor de las personas. La libertad para establecer las reparaciones no significa la inexistencia de límites para la ponderación.

El problema de identificar el acto lesivo que se describe con el objeto que debe resolver el amparo, cual si fuere éste el principio de congruencia que se debe aplicar, es un error que proviene de la suplencia de reglas que trae el código procesal.

De allí que la sentencia pueda tener enfoques distintos con el grado de afectación que el sujeto actor expuso, e inclusive, puede apartarse de los argumentos del Estado o del particular que produce el informe circunstanciado; en definitiva, la sentencia a cumplir no se condice con la naturaleza de los pronunciamientos comunes. Surte en estos casos, el modelo de sentencias abiertas donde las modalidades son producto de la mejor interpretación posible para ajustar a la Contitucuón y pactos internacionales incorporados, las condenas que se deben ordenar.

3.5 Ahora bien, el territorio que abona la sentencia en el amparo no se puede tratar únicamente desde la pespectiva procesal, porque las violaciones a los derechos humanos no recalan ni afectan solamente a las víctimas, al dejar en su historia de producción y consecuencias, una recorrido de alteraciones muy complejo que no bastaría resolver con sumas de dinero.

El sentido final de la decisión es preservar la dignidad de hombres y mujeres que al llevar su crisis al juez competente enfatizan desde su situación individual un problema que puede ser agobiante para muchos.

> Lo gravitante es la reparación antes que la indemnización, pero como ha dicho la doctrina, el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra fuertemente influido por las concepciones y límites resarcitorios establecidos en el derecho privado, lo cual acarrea algunas complicaciones de fondo, toda vez que es claro que el perjuicio causado a un particular por otro o por el Estado, en cuanto sujeto de relaciones privadas, es diverso al

perjuicio que se le puede causar a un particular por una actuación ilícita y dañosa de un Estado con relación a los derechos y libertades fundamentales de la persona humana[769].

3.6 En suma, la ejecuciòn forzosa de la sentencia dictada en el amparo asume diferencias según se resuelvan actos o hechos lesivos de carácter individual, o expresen decisiones de alcance colectivo cuyo régimen aún se encuentra ausente en nuestra legislación.

En el primer caso, la regla de ejecución sería:

a) Interviene, a petición del sujeto beneficiario, el mismo juez que dictó la sentencia definitiva.

b) La condena específica en cualquiera de sus modalidades, se intima a cumplir mediante intimación fechaciente comunicada a la autoridad responsable, con las sanciones que se pudieran aplicar cuando corresponda.

> Resulta descalificable la sentencia que se apartó de criterios aceptados en la materia y no consideró la finalidad propia del instituto de las astreintes, desnaturalizándola de su condición de medio de coerción, y prescindiendo de que actúa como presión psicológica sobre el obligado que sólo se concreta en una pena cuando se desatiende injustificadamente el mandato judicial[770].
>
> Aún cuando la mera imposición de astreintes no tiene en sí misma fuerza ejecutoria, constituye un acto coercitivo tendiente a vencer la renuencia del demandado en el cumplimiento de la sentencia, por lo que se impone concluir que si la inmunidad se extiende a la ejecución de toda sentencia incluye, obviamente, las medidas tendientes a obtenerla[771].

c) La renuencia a cumplir tendrá los efectos siguientes a la responsabilidad del funcionario y del organismo que corresponda.

> En un caso de amparo urgente preventivo se dijo que, resultaba irrelevante ponderar si el funcionario de la Dirección Nacional de Migraciones había aplicado correctamente o no la resolución 2895/85, reglamentaria de la ley 22.439, si la falta de servicio que se imputa no consiste en transgredir la legislación vigente sino en no haber cumplido la orden judicial que prohibía el egreso de la menor de la República Argentina, a pesar de la comunicación

[769] Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 – 2007).* Universidad de Chile – Centro de Derechos Humanos, Santiago (Chile), 2009 (2ª edición), p. 37.

[770] Fallos, 331:933.

[771] Fallos, 3289:2391.

> oportuna de los datos esenciales - nombres completos de la niña y de su padre, demandado en el juicio civil por reintegro de hijo y acompañante de la menor en su partida -[772].

3.7 En las declaraciones de inconstitucionalidad, habría que diferenciar la ejecucion propiamente dicha, del seguimiento o supervisión de su cumplimiento. En el caso de declaraciones que significan dejar de aplicar la norma en una situacion determinada, el juez que dicta el pronunciamiento toma a su cargo la ejecución, dándole al sujeto beneficiado satisfacción inmediata con la expedición del testimonio de la sentencia que sería, en sí misma, una forma de reparación y cumplimiento inmediato.

El alcance *erga omnes* cambia el diseño instrumental, que se consolida si la sentencia se hubiera dictado en cualquiera de las modalidades informadas (exhortativas, normativas, integrativas).

Aquí no hay ejecución pura, sino control de eficacia. No existe el impulso de parte, sino del juez que persigue el respeto a su autoridad jurisdiccional. Es cierto que el cambio legislativo que se impone para ejecutar las decisiones del tribunal traen un conflicto aparente con el esquema republicano previsto para la promoción y debate de las leyes, al provenir de un juez la orden de modificar una ley o de crear una actuación administrativa pertinente.

Sin embargo es una polémica más aparente que real porqué de cuanto se trata es de valorar la sentencia definitiva, que por lo general, provendrá del órgano de cierre local o federal, de la interpretación constitucional.

> En el sistema internacional de derechos humanos, las sentencias de supervisión se sostienen en la adecuada relación entre autoridad y eficacia, la que tiene que quedar establecida con el derecho a tener en el derecho local 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. Cuando el mismo se difumina por sun ineficacia entra a jugar el deber de adecuación y, de ese modo, no se necesita que exista una orden expresa de la Corte IDH, porque debería ser suficiente la advertencia de los jueces del Estado que realizan el control de convencionalidad[773].

La actuación correctiva no siempre es innovadora o establecida en obligaciones de hacer, teniendo en cuenta que las medidas de otro carácter se pueden adoptar,

[772] Fallos, 321:1007.

[773] Gozaíni, *Sistema procesal interamericano,* cit., ps. 1079 y ss.

también, con evitar que se promulguen leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, como impedir que se supriman o modifiquen aquellas que los protegen.

4. Cumplimiento de las sentencias exhortativas

4.1 Exhortar desde la sentencia no es dejar de resolver la cuestión constitucional. La decisión se adopta y se ordena, solo que el cumplimiento se difiere dando oportunidad al obligado a las correcciones, para que actúe en el tiempo y con las indicaciones que se le imparten, si ellas fueran agregadas en el decisorio. Caso contrario, debe cumplir la sentencia, a sabiendas que la notificación es un aviso que pone en ejercicio un diálogo que tiende a evitar conflicto de poderes.

4.2 La formulación de medidas legislativas en el modelo de las sentencias normativas, no impiden que el marco de lo resuelto se amplíe en la ejecución con aquellos temas que no están suficientemente resguardados en el derecho interno.

Un ejemplo sería la sentencia del caso "Halabi", que resolvió aspectos referidos a la legitimación para obrar, dejando entre los pendientes las reglamentaciones del trámite. Otras veces, la indeterminación alcanza a los sujetos alcanzados por la sentencia, donde la integración deviene necesaria para respaldar el princioio de igualdad.

> En el caso de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua*[774], aparece como *leading case* este derecho de propiedad comunal sobre las tierras de los ancestros. Allí la Corte señaló que para los miembros de dichas comunidades la relación con sus tierras no se agota en una simple cuestión de posesión y producción, sino que constituye un elemento material y espiritual básico de su cultura, esencial para la preservación de su legado y su transmisión a las generaciones futuras[775].

5. Cumplimiento de la sentencia en el amparo colectivo

[774] Corte IDH. Caso de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, n° 79, párr. 149.

[775] Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto razonado de Antonio Cançado Trindade.

5.1 Desde 1994 en adelante las acciones colectivas se han multiplicado sin tener una clara definición del modelo procesal donde trabajar los derechos de incidencia colectiva, o los denominados intereses difusos.

La legislación no llega y el escenario se acrecienta aumentando la dispersión de formas y contenidos. La propia Corte nacional debio reconocer que […]

> Se ha advertido un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de distintos tribunales del país, lo que genera, además de un dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro y también favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución -cautelar o definitiva- favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente, se estima necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas -a través de una acordada- en tanto los aludidos inconvenientes podrían conllevar a situaciones de gravedad institucional[776].

Las sentencias empezaron a ser interferidas o revisadas por otras que se dictaban en causas diferentes[777], alterando con ello el adecuado respeto que merecen las decisiones judiciales. Las cautelares confrontabam y se tornaban inejecutables porque al dictarse en juicios diferentes, clonaban entre sí.

El problema se podía solucionar provisoriamente con la preferencia temporal y la gravitación o trascendencia que tuviera el proceso donde se había dictado[778], pero no evitaba que, un grupo de personas incluidas en el colectivo obtuvietan el beneficio de ciertas pretensiones y otras resultaran excluidas contrariando uno de los fundamentos que, precisamente, le daba razón de ser a la acción colectiva.

5.2 A consecuencia de este verdadero caos procesal, la Corte dictó dos Acordadas. Con la 32/2014 creó el registro de procesos colectivos; y con la 12/2016 estableció un reglamento de procedimiento para algunas partes del proceso colectivo, que claramente enderezó en la vía del proceso ordinario, aunque el artículo XII tuvo en

[776] Fallos, 337:1024.

[777] Fallos, 178:278; 254:95; 270:431, entre otras.

[778] Falllos, 315:1492.

cuenta que, en las acciones que debían tramitar como juicios de amparo, el juez tendría libertad para disponer las formas y los trámites que no desnaturalizaran la vía.

De este modo, el proceso colectivo ejecuta la sentencia por las reglas del código procesal civil y comercial de la Nación, y el amparo colectivo por las que el juez disponga. Pero ¿es cierta esta deducción?

5.3 La respuesta es incierta. En las acciones colectivas que se regulan por el procedimiento ordinario, suele dejarse en el juez la posibilidad de disponer en la sentencia definitiva, una regla que se ha usado en algunos proyectos de ley sobre la materia. Ella dice que […]

> Cuando en la sentencia definitiva se imponga una condena a hacer cuyo cumplimiento resulte complejo, sea por involucrar la modificación de cierta acción u omisión de políticas públicas o bien por implicar una reforma estructural de la situación fáctica que haya dado origen a la pretensión colectiva, el juez debe adoptar las medidas que estime aptas para asegurar el cumplimiento de la condena.

En los amparos colectivos hay mayor incertidumbre, porque la definición de beneficiario individual o de incidencia colectiva no es la pauta central, al haber resuelto la sentencia, un caso de inteligencia normativa sobre una cuestión testigo que no se relaciona con personas, sino con derechos afectados.

Por eso, en materia ambiental no es necesario encontrar partes que confronten, sino derechos que deben ser esclarecidos […]

> En tanto el fundamento del instituto procesal de citación de tercero reside básicamente en la conveniencia de extender los efectos de la cosa juzgada a todos los interesados en una determinada relación o estado jurídico, sea por razones de economía procesal o para evitar incluso el pronunciamiento de una sentencia inútil cuando se configura el supuesto de litisconsorcio necesario, no se justifica la citación de las provincias en una demanda por daño ambiental ya que, por un lado en todo aquello que la sentencia decida acogiendo la pretensión de la actora, hará cosa juzgada y tendrá efectos erga omnes en los términos del art. 33 de la ley 25.675, sin necesidad de que participen aquéllas, y por el otro, no se da en autos el caso previsto en el art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación[779].

[779] Fallos, 335:277.

El ejecutado sería el obligado a cumplir en un régimen republicano representativo y federal, donde no cualquier funcionario podrá dictar la nueva normativa, sino aquél cuya competencia sea constitucional y específica.