DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Por OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI

PRIMERA PARTE

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I. La autonomía del derecho procesal constitucional

1. Introducción

¿Es el derecho procesal constitucional una ciencia independiente?. Esta pregunta es el punto de partida para resolver cuanto de autonomía tienen las garantías procesales de la Constitución; y de igual modo, cuanta singularidad invisten los procesos constitucionales.

De todos modos, es ineludible pensar en una íntima relación entre el Proceso y la Constitución, demostrando así que en la fusión de ambos pareciera estar el sustento general de la materia.

Esta nueva asignatura pretende estudiar las garantías contenidas en las cartas fundamentales, los procesos que al efecto se diseñan, y los órganos encargados para encausar tales objetivos, es decir, las magistraturas constitucionales.

> Entre los autores más destacados que se han ocupado del tema, se dan otras definiciones. Hernández Valle sostiene que el derecho procesal constitucional, debe entenderse como aquella disciplina jurídica que estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales. En Argentina, Néstor Pedro Sagüés la interpreta como un sector del derecho constitucional que abarca las instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal o informal), las que se encuentran, entre otras, las reglas previstas por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Fix Zamudio prefiere hablar de las materias procesales de la Constitución; coincidiendo con el estudio precursor de Hans kelsen que refirió a las garantías jurisdiccionales de la Norma Fundamental; y también, el de Eduardo J. Couture que explicó las garantías constitucionales en el proceso civil. Desde otra perspectiva, más acotada, un sector de la doctrina indica que la existencia de magistraturas especiales ha dado razones más que suficientes para que, atendiendo al órgano o al funcionario encargado de vigilar la supremacía de la Constitución, se hable de jurisdicción constitucional, y de un proceso constitucional sustanciado por un procedimiento propio, diferente del ordinario, y ante un tribunal específico. Así, por ejemplo, González Perez diferencia al proceso constitucional de otros, diciendo que "será proceso constitucional aquél del que conoce el Tribunal Constitucional".

En líneas generales, el reconocimiento a un "derecho procesal constitucional" queda de manifiesto con la consagración de normas fundamentales que declaran principios y garantías vinculadas con el proceso judicial.

La institución de mecanismos que aseguran el control eficiente de la constitucionalidad de las leyes, y la implementación de una justicia especial que da en llamarse, mayoritariamente, "tribunales constitucionales", agrega una motivo más para la autonomía afirmada.

También es muy importante la aparición de los llamados derechos de la tercera generación, pues implantan un principio de cooperación colectivo, que implica una renovación en la típica protección a los derechos individuales, afectando principios tradicionales del proceso judicial como son la bilateralidad del contradictorio, la legitimación para obrar y, especialmente, el alcance de la cosa juzgada.

Por eso, en los primeros tiempos, cuando el estudio se realizaba por sectores, existieron diferencias en la comprensión del alcance e inteligencia de conceptos tales como el derecho al debido proceso, la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia, entre otros. Es decir, no sólo el abordaje dogmático difería, sino también, la consagración práctica de los principios.

2. Fundamentos

Encontrar el nacimiento de esta asignatura en el cuadro curricular de las ciencias jurídicas puede llevarnos a dos explicaciones. La primera, para reconocer el tiempo y las circunstancias donde toma cuerpo la necesidad de dotar de autonomía a la disciplina. La segunda, parte del análisis de las doctrinas pioneras que abordaron la problemática formulando una propuesta de esencia y contenidos mínimos.

2.1 Origen histórico*: El control del ejercicio del Poder.*

El bosquejo simple y contundente que realizó en su tiempo Montesquieu para desarrollar la teoría de los tres poderes fue superada por la fuerza de los hechos.

En efecto, el siglo XX es un ejemplo para observar como la tripartición de funciones en un Estado no existe en el plano del equilibrio, pues la supremacía de un poder sobre otro u otros, es manifiesto.

La Administración, como órgano de gobierno, se ha constituido en un poder hegemónico que amplía permanentemente sus campos de intervención, ocupando aspectos antes impensados. Es el caso de los decretos de necesidad y urgencia que legislan protegidos por el manto de las soluciones inmediatas; o de la jurisdicción administrativa que invade espacios que corresponden al Poder Judicial; e inclusive, el aumento desproporcionado de las funciones legislativas creando magisterios especiales que obran como verdaderos jueces sin controles ulteriores.

En definitiva, este panorama sombrío refleja como la división de funciones en el Poder del Estado ha pasado a ser una utopía de la ciencia

política, y lo que es más importante, significa encontrar cambios sustanciales en la estructura interna del gobierno y la administración, que se comprueba en la reducción de independencia entre órganos como consecuencia de una probable coincidencia en un mismo partido o de alianzas programáticas.

No significa esto que el fenómeno de los tres poderes articulados e independientes carezca de sentido; tan sólo demuestra que se ha operado un cambio que podría tener una explicación en la función de asegurar la unidad y la estabilidad del Estado democrático, ya que sobre la sola concurrencia de partidos y de organizaciones de intereses no puede haber más que un pluralismo desordenado y desintegrado sobre el que es imposible fundamentar orden estable alguno.

> No deja de sorprender la actualidad de las reflexiones expuestas por Otto Bachof cuando asumiera la rectoría de la Universidad de Tubinga (Alemania) en mayo de 1959. Disertaba por entonces: "La Ley ha sufrido ya, en el transcurso del siglo XIX un amplio cambio de funciones, pero especialmente desde el tempestuoso desarrollo de las dos guerras mundiales. La Ley, en su sentido clásico, la regla general y abstracta del comportamiento humano para cierto tiempo, no se encuentra ya en el primer plano de la realidad legislativa. En el moderno Estado Social, Estado de prestaciones, Estado distribuidor -o como se quiera llamar-, la Ley ha pasado a primer plano como acto de conformación política orientado a un fin, como una medida determinada para superar esta situación totalmente concreta y, por ello, planeada a corto plazo y negociada a menudo en el conflicto de grupos contrapuestos de intereses...El segundo supuesto de la creencia en la Ley tenía que sufrir simultáneamente un menoscabo decisivo: en la medida en que la ley se convirtió en un medio para la realización de cambiantes fines políticos, para el fomento o también para la contención de intereses especiales y frecuentemente antagónicos; en la medida en que la utilidad y la finalidad políticas vinieron a primera fila, necesariamente la lucha por la preeminencia de este o de aquél interés concreto tenía que ser llevada también a los órganos legislativos, perjudicándose con ello la aptitud de esos órganos para fijarse en el valor jurídico que vincula la voluntad política. Aquel que quiere alcanzar un fin determinado considerará las dificultades jurídicas que se opongan a él como obstáculos del camino y fácilmente sucumbirá a la tentación de no ver o de apartar tales obstáculos: y no a causa de malas intenciones, sino porque actualmente nadie puede considerar los propios intereses o los intereses adoptados por uno mismo con total objetividad. Existen múltiples ejemplos concluyentes al respecto, que muestran lo difícil que es, en la práctica, compaginar la voluntad comprometida políticamente y el juicio jurídico objetivo".

Resulta claro así, la necesidad de encontrar el punto de encuentro que traiga un equilibrio nuevo. La idea a reforzar es que se evite el gigantismo de la Administración. Lo que no se interpreta tanto por la cantidad de organismos que posee y administra, sino en los poderes que mantiene y en los controles que ejerce anulando las libertades propias del sistema.

El nuevo Estado, a partir de sucesivas reformas constitucionales que dan muestras de sus respectivas preocupaciones para razonar un cambio necesario, encuentra en la vigilancia y fiscalización de los poderes un argumento suficiente.

Esta dimensión del control analiza, en consecuencia, el fortalecimiento del Poder Judicial como órgano natural para ejercer dos funciones elementales e insoslayables: fiscalizar la legalidad objetiva de los actos de gobierno; y controlar la constitucionalidad de las leyes.

Quedan así planteadas ambas situaciones que disciplinan el derecho procesal constitucional. Por un lado, la justificación del poder de derecho y de su legitimidad; y de otro, la situación del ciudadano, de la sociedad en general, frente al Estado y a las garantías, derechos y deberes que se constituyen para afianzar los derechos del hombre.

En efecto, analizado el primer aspecto, el contenido esencial del Estado consiste en preservar los intereses fundamentales de la comunidad, procurando que su administración ejercite un gobierno protector de esos derechos. En cambio, cuando el individuo se encuentra superado por las contingencias y avatares de un régimen que lo posterga, el sistema de controles viene a privilegiar el desarrollo de la tesis de la supremacía constitucional; es decir, elevar la jerarquía de los derechos al grado de señalar en cada uno de ellos la inalterabilidad que merecen.

Surgen entonces, el control de legalidad, como una forma posible de fiscalizar la acción de gobierno, que puede obtener fórmulas alternativas de contralor cuando el medio tradicional no es suficiente (V.gr.: el ombudsman o Defensor del Pueblo).

También el control de la constitucionalidad de las leyes se instaura como un remedio contra la violación de los derechos fundamentales.

> Tradicionalmente, cuando se habla de respetar el dogma de la independencia entre poderes, acuden dos nociones que se han interpretado con cierta confusión. Para revelar la necesidad de la fuerza normativa de la Constitución, es decir, el fortalecimiento de cada una de las instituciones, de los principios declarados y de las garantías, es preciso reconocer una justicia constitucional intrínseca y una jurisdicción constitucional encargada de proteger el cumplimiento de cada uno. Ambos tienen similitud en sus términos, pero es preciso distinguirlos. Sostiene Hernández Valle que desde kelsen existe una confusión entre las nociones de justicia constitucional y jurisdicción constitucional. La primera, según algún sector de la doctrina, es preferible por dos razones: una de carácter filosófico, pues subraya que la supremacía y defensa constitucional persigue la consecución de determinados valores suprajurídicos; y otra de carácter netamente jurídico, según la cual dicha acepción abarca además de la existencia de un órgano especializado en la materia, todos los procedimientos de carácter procesal mediante los cuales se encarga a determinados órganos estatales la imposición forzosa de la Constitución. Agrega el prestigioso autor, que ninguna de las dos razones le parece convincente; la primera porque soslaya el problema sacándolo de la órbita jurídica; la segunda, porque conduce lógicamente a que sólo se pueda hablar de jurisdicción constitucional en aquellos ordenamientos en que exista un órgano especializado en la materia (que excluiría a nuestro país, por ejemplo, que no tiene Tribunales Constitucionales). Por otra parte, como ha puesto de relieve Zagrebelsky, "la justicia constitucional está, en efecto, constituida por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de los casos controvertidos, aunque no se agota solamente en esto. Ella comprende también la teoría de la Constitución como norma sustancial. De esta forma la justicia constitucional debe ser concebida

> no como una suma de estos dos elementos, sino más bien como la unión de ambos, porque cada concepción de la Constitución lleva en sí misma una concretización del procedimiento, así como cada concepción del procedimiento implica una concepción de la Constitución. No existe un prius ni un posterius, sino una recíproca implicación". Por consiguiente, el término justicia constitucional es muy lato para explicar la materia en estudio, siendo preferible integrarlo a dos nociones más como son la jurisdicción constitucional, o la magistratura encargada de ejercer en los procesos constitucionales; y el derecho procesal constitucional que serían los procedimientos tutelares de las garantías y del principio de la supremacía constitucional.

En síntesis, el estudio de la función jurisdiccional que permite el equilibrio de poderes a través de los sistemas diseñados para el control de la constitucionalidad normativa, es un contenido mínimo del derecho procesal constitucional. Como se observa, las singularidades provienen de cada ciencia en particular: toma del derecho constitucional los aspectos referidos al origen y desarrollo de los métodos previstos para aplicar el principio de la supremacía constitucional; y recibe del derecho procesal, la técnica respectiva que cada uno concreta.

2.2 Origen doctrinario: *La jurisdicción constitucional.*

El desarrollo del derecho procesal corresponde a este siglo. En 1903 Chiovenda formuló las bases de la ciencia; ésta ha evolucionado y multiplicado sus manifestaciones, destacándose entre ellas, como la más importante, los vínculos entre la Constitución y el proceso judicial.

El nexo advierte una de las causas por las cuales se genera el "derecho procesal constitucional": *surge a partir de los reclamos del hombre para "garantizar" efectivamente sus derechos.*

La idea original que del proceso se tenía, era absolutamente individualista. Se pensaba que protegía derechos e intereses de la persona y no extendía sus efectos más allá de quienes fuesen partes en el litigio.

Tiempo después, advertido el peligro de tan significativo reduccionismo, lo social penetra en la órbita de los derechos amparados; la tutela se expande a otros intereses, que cuentan en los derechos y garantías expresados en las cartas constitucionales una suficiente fundamentación.

La aparición de Cortes Constitucionales establecidas desde 1920, permitieron ir definiendo valores, principios y presupuestos que comprometieran directamente a la defensa de los derechos del hombre.

Sin embargo, el desarrollo de esos Tribunales de Garantías no va a tener proyecciones sino después de la segunda guerra mundial, cuando coinciden con el gran movimiento constitucional que acentúa normativas dirigidas a asegurar la recta utilización de los principios superiores del ser humano; y que además, propicia igualaciones y equilibrios de poder con el establecimiento de organismos de control y defensa de la leyes fundamentales.

> Sostiene Hitters, que los estudios sobre la justicia constitucional arrancan con la finalización de la segunda guerra mundial. A partir de entonces -dice- se ha ido configurando una verdadera constitucionalización de algunas prerrogativas humanas, que los

> autores han visto con razón, como la *dimensión constitucional de la justicia,* y que consiste en la afirmación e individualización de los requisitos mínimos e inderogables de la equidad y del derecho, que no sólo fueron cristalizados en las cartas magnas, sino que a la par han sido celosamente defendidos por los tribunales constitucionales, creados, justamente, para que dichas premisas sean efectivamente aplicables. Esta dupla -la constitucionalización de los derechos primordiales, y cortes especializadas- han logrado ahora una nueva apertura que pasó los límites de las fronteras de los Estados, para transformarse en la dimensión transnacional, donde dichas garantías han alcanzado un nivel supranacional, estando protegidas por tribunales y organismos comunitarios.

Este importante acontecimiento, marca un hito determinante para esta ciencia procesal-constitucional, porque varios autores encuentran con el establecimiento de los Tribunales Constitucionales la causa verdadera para hablar de ella como materia independiente.

> Según Fix Zamudio, "el derecho procesal constitucional debe entenderse como la disciplina jurídica que estudia los instrumentos de la justicia constitucional, es decir, las garantías constitucionales....Coincidimos con el notable procesalista español, Niceto Alcalá Zamora y Castillo, en cuanto sostuvo que el ilustre Hans Kelsen fue el fundador de esta nueva disciplina procesal, y si queremos, así sea de manera convencional, fijar una fecha de inicio de esta reciente rama jurídica, podemos señalar el año 1928 cuando apareció el clásico estudio del jurista austríaco..."(Cfr. *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos).*

Pero en América Latina el ejemplo no era idéntico, porqué nuestros mecanismos de control fueron conformados a semejanza del modelo norteamericano de la "*judicial review*", es decir, permitiendo a todos los jueces del Poder Judicial realizar la fiscalización de las leyes, de modo tal que la confrontación entre el principio de supremacía y las normas del caso, las realiza cada Juez del sistema, independientemente de la revisión jerárquica ascendente por vía recursiva. La actuación de los jueces en esta actividad fue llamada jurisdicción constitucional.

Con este sistema no era posible identificar a la justicia ordinaria como magistratura constitucional; sin embargo, estaba en claro que la jurisdicción cobró un vuelo institucional preponderante a partir de las Constituciones.

Uno de los primeros juristas encargados de analizar este formidable encumbramiento de la "jurisdicción constitucional" fue Hans Kelsen.

> De este autor se compila la famosa teoría de la "pirámide jurídica", y la explicación dogmática del significado e importancia de los tribunales constitucionales, en especial, los que promovía en la Constitución austríaca de 1920. Algunos autores, como Alcalá Zamora y Castillo, lo colocan entre los inspiradores del derecho procesal constitucional. Lo curioso del caso es que este notable iusfilósofo analiza aspectos procesales del fenómeno interdisciplinario. Mientras que el procesalista latinoamericano más grande de este siglo, como fue Eduardo J. Couture, se dedicó a esbozar los principios constitucionales del proceso civil.

La obra más importante, de la que se cuentan múltiples versiones en diferentes idiomas, fue "*La garantía jurisdiccional de la Constitución" (La justicia constitucional),* data de 1928.

En América, Eduardo J. Couture publicó "*Las garantías constitucionales del proceso civil"* (1946), en un libro homenaje a Hugo Alsina. Posteriormente este trabajo de análisis que vincula las relaciones entre el proceso y la Constitución, se verá incorporado con algunas ampliaciones en sus *"Estudios de Derecho Procesal Civil".*

> Es importante recordar a Piero Calamandrei pues también él se ocupó del derecho procesal constitucional. Lo hizo en tres artículos editados en Italia y que se reproducen en español merced a la traducción que hizo Sentís Melendo en los "Estudios sobre el proceso civil". Se tratan de *"Potere giudizario e supreme corte costituzionale", "La illegitimitá costituzionale delle leggi nel proceso civile" y "Corte costituzionale e autoritá giudizaria".*

Mauro Cappelletti, discípulo dilecto de Calamandrei, fue quien reformuló las características de lo hasta allí expuesto por la doctrina. Tiene el enorme mérito de recrear la disciplina al vincularla con temas ineludibles como son los derechos humanos, los sistemas para el control de constitucionalidad, los deberes y funciones de los jueces constitucionales, y la técnica dispuesta en cada mecanismo de control para dar eficacia al principio de la supremacía constitucional.

Son numerosas las monografías y ensayos de este autor, los que pueden encontrarse en la edición efectuada por la Universidad Autónoma de México bajo el título "La Justicia Constitucional (Estudios de derecho comparado)".

Héctor Fix Zamudio realizó una extraordinaria labor de síntesis, al recopilar los esfuerzos de "25 años de evolución de la Justicia Constitucional", sin contar una famosa presentación que aun abre polémicas, esto es, si corresponde llamar a la ciencia "derecho procesal constitucional" o "derecho constitucional procesal".

Uno de los primeros libros completos sobre la problemática fue el de Jesús González Perez, quien critica a los constitucionalistas españoles por dedicarse a esta rama de la ciencia jurídica "a espaldas de la técnica procesal".

Desde entonces, han sucedido otras expresiones que muestran la evolución del derecho procesal constitucional en distintos campos. Hoy, la doctrina, tiene varias obras que tratan en profundidad cada uno de los contenidos; la jurisprudencia viene consolidando posiciones de reconocimiento a la individualidad y autonomía; que se concreta, finalmente, en dos espacios bien definidos: la legislación y la cátedra universitaria.

> La Universidad de Belgrano inauguró en 1982 un curso de especialización (posgrado) en Derecho procesal constitucional, bajo la dirección de Néstor Pedro Sagüés. En 1996, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de esta universidad, incorporó la materia en el plan de estudios de la carrera de abogacía, y como una asignatura cuatrimestral de 64 hs. en la carrera de especialización en Derecho Procesal. La Universidad Notarial Argentina, en 1987, creó el Centro de Derecho Procesal y Procesal Constitucional. La Universidad Católica Argentina también organizó el Centro interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional con sedes en las ciudades de Rosario y Buenos Aires. Actualmente, la Universidad de Buenos Aires tiene en su ciclo profesional orientado la asignatura "Derecho constitucional profundizado y procesal constitucional".

Asimismo debemos destacar que, en la reforma constitucional de 1994, la Convención Constituyente presentó el capítulo agregado de "Nuevos derechos y garantías", como una respuesta imprescindible a los cultores del derecho procesal constitucional que claman por garantizar efectivamente los derechos del hombre.

3. El nombre de la disciplina

Esta novedad científica que aparece no ha resuelto aún suficientemente su identidad y nomenclatura. Con la misma idea se presenta la "justicia constitucional", la "jurisdicción constitucional", el "derecho procesal constitucional" o el "derecho constitucional procesal".

Uno de los primeros en utilizar la voz "justicia constitucional" fue Kelsen, y su pensamiento se ha proyectado a través del tiempo dando por segura esta rotunda calificación.

Para el eminente jurista austríaco, justicia y jurisdicción constitucional eran la misma cosa, aunque les daba un sentido distinto. Una primera acepción, de carácter filosófico, subraya que la primacía y defensa constitucional persigue la consecución de determinados valores suprajurídicos; y otra, de carácter netamente jurídico, según la cual dicha noción abarca además de la existencia de un órgano especializado en la materia, todos los procedimientos de carácter procesal mediante los cuales se encarga a determinados órganos estatales la imposición forzosa de la Constitución**.**

Pero una calificación de tan focalizado alcance, es difícil concebir en países como el nuestro, o en todos aquellos que no tienen magistraturas constitucionales específicas. Estos quedarían sin justicia de control, lo cual es un absurdo, porqué ellos existen en cabeza de cada uno de los jueces que integran el Poder Judicial.

A fines de evitar la confusión se ha preferido no identificar la ciencia a partir del órgano o de un procedimiento particular, para comprenderlo en función de la materia de la que se ocupan.

Para este sector, el contenido de la jurisdicción constitucional responde al sistema de enjuiciamiento que tiene por finalidad preservar la supremacía de la Constitución.

Evidentemente, reconocer la existencia de la materia en sistemas de control concentrado resulta mucho más sencillo, respecto a una organización que la expande entre sus jueces. De todas maneras, en tanto exista posibilidad de enaltecer el valor superior de las normas fundamentales a través de un proceso jurisdiccional que interprete y aplique esos derechos básicos, podrá derivarse que existe, por implicancia, verdadero derecho procesal constitucional.

Por tanto, también es posible auspiciar la armonía entre esta última noción y la jurisdicción constitucional.

> Hernández Valle prefiere, en su lugar, precisar el contenido y nos dice: En el proceso constitucional se tutelan dos bienes jurídicos diferentes: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de supremacía constitucional. De ahí que existan diversos

> tipos de proceso, los cuales responden a necesidades diferentes, pues los intereses en juego son también distintos. Esta realidad propia del proceso constitucional condiciona lógicamente el contenido del derecho procesal constitucional, lo cual implica que numerosas instituciones del derecho procesal clásico tienen que adaptarse y hasta transformarse radicalmente para satisfacer los dos bienes jurídicos tutelados por esta nueva rama jurídico procesal ....El derecho procesal constitucional, en consecuencia, debe entenderse como aquella disciplina que estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales.

Fix Zamudio transita dos caminos en el estudio, estableciendo un *derecho constitucional procesal* destinado a resolver las instituciones procesales que están dentro de la Constitución y que, siendo de típica raigambre técnica son elevadas por el constituyente al grado de garantías; y un *derecho procesal constitucional* que se dedica al estudio dogmático teórico, sistematizado, del examen de los órganos y de los procedimientos para resolver el problema de los actos de constitucionalidad y del control jurisdiccional de la actividad administrativa.

En el año 1955, Mauro Cappelletti realizó una labor de derecho comparado que publica con el título de "*Jurisdicción constitucional de la libertad"*.

Precisa allí los contenidos de la "justicia o jurisdicción constitucional", ampliando el reducto del control de constitucionalidad de las leyes. Su interés queda expuesto en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, writ of error y otros similares destinados a resolver la tutela constitucional de los derechos humanos.

> Cappelletti dio un enfoque diferente, novedoso, a los estudios sobre la justicia constitucional. Él sostenía que no toda la ciencia era puro control de constitucionalidad, porqué existían proyecciones importantes en otras instituciones, tales como las actuaciones del Tribunal constitucional federal de Alemania cuando atiende la legalidad constitucional de los partidos políticos, el juicio sobre las acusaciones del *Bundestag* o del *Bundesrat* contra el *Bundespräsident*, etc. O bien, de la Corte constitucional italiana, respecto a sus poderes para resolver conflictos de atribución de competencias, o interadministrativos o entre regiones o provincias, etc. La posibilidad de constituirse en órgano de decisión en el juicio político contra funcionarios estatales. "Todas estas manifestaciones -decía Cappelletti- se pueden reducir ciertamente a una unidad al menos bajo su aspecto funcional: la función de la tutela y actuación judicial de los preceptos de la suprema ley constitucional". El punto más importante, quizá, se encuentra en la dimensión transnacional que le avizora a los estudios, dando por cierto la influencia que tiene la justicia constitucional como fenómeno que trasciende fronteras, estableciendo una especie de nueva ley superior de tipo "comunitaria" que, como tal, pone un techo diferente al reconocido en las soberanías territoriales.

4. Ubicación de la ciencia. Autonomía científica

Es este un punto donde la polémica alienta nada más que intereses indefinidos, en la medida que resulta inútil concluir en la pertenencia exclusiva

para un sector determinado -procesal o constitucional-, o bien, para destacar la autonomía científica que la disciplina merezca.

Nos parece baladí esta discusión, toda vez que participamos del criterio de unidad de todo el ordenamiento jurídico, aun cuando sepamos de la importancia que tiene establecer una frontera con el fin de lograr espacios de poder. Sin embargo, la tendencia unificadora se manifiesta claramente en el derecho procesal y más aún en el constitucional, donde existen ya normas fundamentales comunes.

> El mundo de fines de siglo asiste a un cambio similar al que se produce en cada fin de centuria. Son movimientos trascendentes que afectan e inciden en las sociedades otorgando un modelo nuevo para la vida en relación. El siglo XXI avizora en modelos que transmite el llamado a la integración, un sistema de simetrías que opera sobre lo que se ha dado en llamar la "globalización". Este trabaja en tres dimensiones distintas: a) la geografía; b) el tiempo, y c) la producción normológica. La primera queda de manifiesto con la eliminación de barreras territoriales para aceptar una metamorfosis del poder que no se nutre ya del concepto de "soberanía", sino de pautas y conductas que siguen un estilo de cooperación y, también, porque no, de modas y costumbres. Este derrumbe de las fronteras tradicionales permite la formación de un derecho que emerge bajo el nombre de "comunitario" o, el más amplio "derecho de la integración".
>
> El segundo aspecto, el tiempo, es muy diferente. La sensación de perennidad que pretendió establecer un *status quo* basado en la seguridad y firmeza de lo conocido fronteras adentro; hoy está eliminada o superada por la velocidad de la historia. Aquella creación del Estado pensado para la eternidad queda sin bases cuando el espacio es mayor y las comunicaciones modernas transmiten mucho más rápido los sucesos que afectan al mundo. La superación de unos altera la parsimonia de otros. Por eso, hoy es posible saber qué le ocurre a cualquier país del mundo con sólo pulsar una tecla del computador. Antes, los tiempos eran mucho más lentos, fue imprescindible dotar de firmeza y seguridad a las cosas con la excusa de la organización estadual.
>
> El tercer lugar de la mentada globalización atiende el fenómeno normativo. La producción de normas ahora está influida por la supranacionalidad que admite la "aldea global", pero también, al mismo tiempo, existe una supranormatividad que altera la idea habitual de creación y aplicación de las leyes. Como esta es la base que inspira la aparición de un derecho procesal sin fronteras, y hasta un arquetipo procedimental común, es preciso abordar la problemática dando respuestas actuales a un fenómeno que no puede estar en una sola mano.

La polémica sobre el área donde prevalece el estudio de la disciplina tiene tres posiciones diferentes:

a) La primera deduce que el análisis del derecho procesal constitucional compete principalmente al *derecho constitucional,* ya que de éste emerge la temática basal sobre la que versan "procesos" y "conflictos" constitucionales, e incluso que de él surgen los trámites procedimentales del caso (V.gr.: hábeas corpus, amparo, acción de inconstitucionalidad, etc.).

Las normas constitucionales que se refieren a la administración de justicia en general, también se estudian en el derecho constitucional. Por ello,

algunos autores sostienen que este espacio lo ocupa el denominado "derecho constitucional procesal".

> Para Sagüés, el derecho constitucional procesal es un sector del derecho constitucional que atiende algunas instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal o informal)...y que se manifiesta en dos aspectos principales: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales.
>
> Fix Zamudio también apoya la idea de ver al derecho procesal constitucional como una rama de éste último, pues estudia sistemáticamente los conceptos, categorías e instituciones procesales consagradas por las disposiciones de la ley fundamental.

b) En segundo término se ubica a la disciplina como un capítulo del derecho procesal. González Perez, que auspicia esta doctrina, sostiene que el derecho procesal constitucional se ocupa del conjunto normativo que regula el Tribunal Constitucional y los procesos que el mismo conoce. Es una rama netamente procesal, cuya naturaleza no ofrece distintos problemas que los del derecho procesal en general.

> No obstante lo seductor de estas reflexiones es difícil compartirlas, pues la materia procesal constitucional no puede identificarse con la presencia de un tribunal constitucional. Con sólo observar un sistema de control de constitucionalidad diferente, basta para encontrar las dificultades de encuadre.

Otros, en este misma línea, opinan que las garantías constitucionales son instrumentos procesales y por ello forman parte del derecho adjetivo.

Esta relación entre normas es importante, pero no definitiva para establecer una determinada adscripción científica.

> En Perú, García Belaúnde afirma la inexistencia de un derecho constitucional procesal. Le contesta Rodríguez Domínguez argumentando que la existencia de normas procesales en la Constitución, no implica la existencia de un derecho procesal constitucional, pues aun se está en el ámbito del derecho constitucional, porqué la Constitución es el fundamento del sistema jurídico de un Estado. Si esto no fuera así, tendríamos que admitir -agrega- que también existe un derecho civil constitucional o un derecho del trabajo constitucional...En suma, el derecho procesal constitucional se funda en la Constitución, pero no nace de la Constitución, aunque en ésta existan normas de naturaleza procesal. Nace cuando se dictan las normas que regulan los procesos mediante los cuales deben resolverse conflictos de naturaleza constitucional; y la naturaleza constitucional del conflicto se da por la razón de ser de toda Constitución: el mantenimiento del sistema jurídico mediante el respeto de la jerarquía normativa y la protección de los derechos esenciales de la persona.

c) La tercera es una posición ecléctica. En general, responde a una fórmula transaccional que reconoce elementos constitucionales y procesales, sin que uno avasalle, supere o aprisione al otro. Se parte del supuesto de que la ciencia no se encuentra suficientemente elaborada de forma tal que el emplazamiento definitivo en una dimensión de plena autonomía, es un riesgo que por ahora no debe correrse.

> Sostiene Estigarribia de Midón, con sumo acierto, que el contenido y dimensión de la disciplina que nos ocupa no ha sido definitiva y satisfactoriamente resuelto: "Así, se estima que la ciencia tiene por

> contenido básico a aquellos procedimientos judiciales orientados a impugnar (preventiva o reparativamente) las normas contrarias a la Constitución, y a tutelar los derechos humanos explícita o implícitamente reconocidos por la Ley Fundamental. Pero a su vez, un sector de la doctrina sitúa también en el campo de la operatividad del derecho procesal constitucional a otros procesos que, sin ser judiciales, responden a la llamada función jurisdiccional constitucional, a saber: juicio político y el concerniente a la validez de los diplomas parlamentarios (función legislativa) y veto de las leyes (función ejecutiva)...."Ante semejante panorama no estamos en condiciones de afirmar que el derecho procesal constitucional pertenezca a una zona de interdisciplina o a nuestra particular ciencia del proceso en sede judicial".

d) Nosotros creemos en la *autonomía*, sin pensar si ella es producto de una eventual delegación normativa, o consecuencia de la pérdida que sufre algún sector de la ciencia procesal o constitucional.

La evolución destaca que la judicatura constitucional, y el derecho procesal constitucional, ocupan frentes diversos. Un primer plano esta dirigido a resolver la dimensión fundamental de la justicia, consagrando presupuestos y garantías inmutables que no dependen de interpretaciones oportunistas.

El segundo espacio le corresponde a la tutela procesal y, dentro de ella, aspectos como la jurisdicción constitucional y las garantías constitucionales y, en particular, las que corresponden a la proyección del derecho de acción y del debido proceso, que son, justamente, los instrumentos procesales de tutela y defensa del orden fundamental.

Por supuesto, el proceso, tanto en su dinámica ritual tendiente a hacer efectivo el derecho al "recurso rápido y sencillo"; como para concretar un sistema procesal efectivo y justo, considera una problemática singular que se involucra en el temario general.

El círculo puede cerrarse con los derechos emergentes de los derechos del hombre que están protegidos en tratados y convenciones internacionales. Esta faceta refleja una estimativa transnacional que le pertenece dogmáticamente al derecho procesal constitucional, porqué las declaraciones universales sobre los derechos humanos han gestado un verdadero "bill of rights" de carácter supranacional que tienen instrumentos procesales propios.

En consecuencia juegan operantes, escalonada o simultáneamente, el derecho procesal constitucional; el derecho constitucional procesal y el derecho procesal transnacional, siendo el primero de ellos el baluarte de la disciplina.

5. Contenidos mínimos de la disciplina

Clasificar el contenido del derecho procesal constitucional, en forma ordenada y sistemática, nos lleva a encontrar dos tipos de actividades esenciales, y alguna más derivada del procedimiento que la misma Constitución establece para ciertas instituciones. Ellas son:

a) Desde un *aspecto sustantivo*, se analizan los órganos que tienen como finalidad la defensa de la Norma Fundamental y la supremacía de sus disposiciones.

b) Desde un *aspecto adjetivo* se abarca el estudio de las instituciones procesales específicas para tutelar las garantías individuales y sociales.

c) Se podría agregar un tercer componente en los procedimientos especiales que tiene cada organización judicial, como resultan aquellos destinados a impugnar toda norma contraria a la Constitución y a tutelar los derechos humanos explícita o implícitamente reconocidos. Aparece aquí la denominada *jurisdicción constitucional orgánica* ya que comprendería el análisis de los instrumentos establecidos para resolver los conflictos o controversias entre los diversos órganos del poder.

En suma, existen tres sectores bien diferenciados. Uno llamado por Cappelletti, de la *jurisdicción constitucional de la libertad,* que analiza los instrumentos establecidos en las cartas constitucionales para la protección de los derechos y garantías fundamentales; otro vinculado con la *defensa constitucional*, la fiscalización de la supremacía y la resolución de los conflictos internos de poder; y finalmente, un sector de carácter *transnacional o internacional* por el cual se pueden colegir e interpretar las normas de dicho carácter que se incorporan en los Estados como una forma de garantizar la difusión, promoción y protección de los derechos humanos.

> Para Hitters, el derecho procesal constitucional se erige como el conjunto de preceptos que regulan el proceso constitucional; es decir, se ocupa de los engranajes adjetivos que hacen viables las garantías nacidas en los derechos fundamentales. Puede agregarse que el mismo estudia el trámite ritual desde la perspectiva del derecho constitucional, habida cuenta que, las cartas supremas modernas han constitucionalizado varias instituciones procedimentales dándoles además, una cierta sistematización.
>
> Sagüés, por su parte, advierte que, como en cualquier rama del mundo jurídico, es posible hallar en el derecho procesal constitucional no solamente normas, sino también hechos y valores. Hay en él, por cierto, una serie de conductas (legales o ilegales, constitucionales e inconstitucionales) que evidencian actos de poder, de influencia, de mando y de obediencia. Actos políticos y jurídicos. En síntesis, comportamientos humanos, de gobernantes y de gobernados; de quienes reclaman justicia y de quienes la brindan (o no). También aparecen normas, algunas expresa o tácitamente insertadas en la Constitución formal; otras fuera de ella, provenientes del derecho judicial, del legislador común, del derecho repentino o del derecho consuetudinario; la mayoría escritas, pero otras no escritas. Finalmente, hay valores como los de la justicia, bien común, paz, orden, legalidad, etc., que evalúan esas conductas y normas, pugnando para que ambas se adapten a tal plexo axiológico.

6. Los contenidos desarrollados del derecho procesal constitucional

Cada uno de los aspectos que presenta el contenido del derecho procesal constitucional, estructura los sub temas que ocupan las áreas de estudio en particular.

El primero de ellos, es decir, el problema de reconocer los órganos encargados de tutelar la supremacía de la Constitución, debe considerar en su línea de partida el concepto de *jurisdicción.* Reconocida su importancia, y establecido el alcance que la defina, podremos abordar los tipos o sistemas

para el control de constitucionalidad (analizando cada uno en particular) y precisar las facultades, poderes y deberes de la magistratura en cada caso.

El siguiente espacio le corresponde a las *garantías*, donde se pueden establecer puntos de arranque en el concepto de acción, y establecer principios mínimos que afiancen el cumplimiento de nociones tales como el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la tutela judicial efectiva y continua, la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica, entre otros.

En tercer lugar tendremos que analizar los *procesos constitucionales* y sus definidas particularidades, en la medida que no se trata de un proceso ordinario sujeto a las reglas solemnes y consabidas. Por eso, será fundamental establecer un concepto base para el proceso constitucional y reconocer desde allí al debido proceso con sus mínimos ineludibles; el derecho al amparo (o protección judicial efectiva) en sus diversas manifestaciones (contra actos del poder público, actos privados, como defensa del consumidor, del medio ambiente, como un supuesto de hábeas corpus o hábeas data, etc.)

Finalmente, existe un campo que corresponde abordar aunque no sea absolutamente propio para esta disciplina. Sin embargo, es tan profunda la relación que obviarlo sería inconducente. Los *derechos humanos* se vinculan íntimamente con el derecho procesal constitucional, por eso debemos considerar su protección procesal en esta área.

> Mientras algunos autores (González Perez) identifican las materias que comprende el estudio del derecho procesal constitucional con las competencias propias que tiene un Tribunal Constitucional; otros prefieren elaborar un cuadro descriptivo de incumbencias, a cuyo fin utilizan como pauta las disposiciones de las constituciones nacionales y provinciales. En este sentido Héctor Iribarne y Rodolfo Iribarne proponen comprender: a) las acciones fundadas en la supremacía de la Constitución; b) las acciones inmediatamente ordenadas a la tutela de los derechos fundamentales; c) los procedimientos que conciernen a la atribución de autoridad pública y asignación de competencias, como son, los conflictos interprovinciales, los conflictos de competencias entre órganos constitucionales del Estado, y relativas al ejercicio del Poder Público, y el procedimiento electoral; d) acciones relativas al control del ejercicio de la autoridad pública, incluyendo en éste ámbito dos especies: 1) acciones de control regular análogas al juicio de residencia, y 2) acciones de destitución de autoridades públicas (juicio político, tribunales de enjuiciamiento, acciones de exclusión de Cámaras o cuerpos deliberativos municipales, etc.), y finalmente, e) las atribuciones propias de la jurisdicción constitucional, que no debe consistir, necesariamente, en el establecimiento de una magistratura específica.

En cambio, si el enfoque de competencias se realiza desde las potestades que tiene el órgano con jurisdicción constitucional, pueden observarse en su ámbito: a) las acciones vinculadas con el control de constitucionalidad (directo, incidental o por vía de recurso); b) los conflictos entre poderes de un Estado; c) las decisiones referidas al derecho electoral; d) las accciones para juzgar delitos presidenciales o ministeriales; e) los conflictos entre provincias o interadministrativos; f) los procesos constitucionales específicos, como el amparo.

> Con sentido generalizador, Hitters propone dividir la materia en cuatro grandes vertientes, a saber: a) el debido proceso legal, b) las garantías de las partes, c) las categorías de la jurisdicción y d) las

garantías judiciales. Agregando que "lo que será conveniente tener muy en cuenta es que el derecho procesal constitucional se maneja con frecuencia con normas de principios (como son las constitucionales), por oposición a las normas comunes, y es allí donde los jueces deben mantener atenta su pupila hacia los nuevos roles que este desafío significa, como consecuencia de los avances del constitucionalismo moderno".

Bibliografía Capítulo I

Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, editorial Cívitas, Madrid, 1985.

Calamandrei, Piero, *Derecho procesal civil,* trad. de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1986 (tres volúmenes)

Cappelletti, Mauro, *La giurisdizione della libertà,* editorial Giuffrè, Milano. Hay varias ediciones posteriores y una traducción al español de Héctor Fix Zamudio en 1961. *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado),* editorial UNAM, México, 1987.

Cascajo Castro, José Luis, *La jurisdicción constitucional de la libertad,* Revista de Estudios Políticos nº 199, págs. 149 y ss., Madrid.

Couture, Eduardo J., *Las garantías constitucionales del proceso civil,* en *Estudios del Derecho Procesal Civil,* tomo 1, editorial Depalma (3ª), Buenos Aires, 1979.

Estigarribia de Midón, Gladis, *Derecho procesal constitucional: especialidad SI, autonomía NO.* Comunicación a las Primeras Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, Buenos Aires, 1987.

Fix Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos,* editorial Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993. *25 años de evolución de la Justicia Constitucional,* editorial UNAM, México, 1968. *Ensayos sobre el derecho de amparo*, editorial UNAM, México, 1993. *Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, nro. 56, octubre-diciembre, 1964, págs. 959/1012.

García Belaúnde, Domingo, *Sobre la jurisdicción constitucional, en "Jurisdicción constitucional",* editorial PUCP, Lima, 1990, coordinador general Anibal Quiroga León.

Gelsi Bidart, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre común,* editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1986.

González Perez, Jesús, *Derecho procesal constitucional,* editorial Cívitas, Madrid, 1980.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías)*, editorial UNAM, México, 1995. *Introducción al nuevo derecho procesal*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1988.

Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional,* editorial Juriscentro, San José de Costa Rica, 1995.

Hitters, Juan Carlos, *El derecho procesal constitucional,* Rev. El Derecho, tomo 121 págs. 881 y ss.

Iribarne, Héctor Pedro e Iribarne, Rodolfo A., *Acerca del derecho procesal constitucional,* Rev. El Derecho, tomo 127 págs. 722 y ss.

Jimenez, Eduardo Pablo, *Garantías Constitucionales,* editorial Suárez, Mar del Plata (coordinador). *Los derechos humanos de la tercera generación*, ediorial Ediar, Buenos Aires, 1997.

Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Derecho Procesal Constitucional,* editorial Grijley, Lima, 1997. *Derecho Procesal Constitucional Peruano,* en Notarius (Revista de Notarios de Lima, Perú), año 2, Lima, 1991, págs. 265/272.

Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario,* tomo I, editorial Astrea (3ª), Buenos Aires, 1992. *Derecho procesal constitucional y jurisdicción constitucional,* en Rev. La Ley, 1981-C, págs. 870 y ss.

CAPÍTULO II. Jurisdicción Constitucional

7. El significado de la jurisdicción

Para comprender las razones por las cuales se habla de una jurisdicción constitucional, es preciso saber que se entiende por jurisdicción; concepto éste que reconoce interpretaciones y enfoques distintos.

El derecho procesal se estructura sobre tres pilares: la acción, el proceso y la jurisdicción. En este último capítulo se estudian todas las actividades, derechos y deberes que tiene la actuación del juez en el proceso.

El derecho constitucional, por su parte, se ocupa de la jurisdicción en los capítulos referidos a los órganos del poder, específicamente, el Poder Judicial.

Suelen coincidir ambos en que la idea de jurisdicción tiene dos facetas: una, que la atiende como un *poder* del Estado, y otra, que la interpreta como un *deber* para con los ciudadanos.

7.1 La jurisdicción como poder

El planteo tradicional afirma que la jurisdicción nace como una forma política de organización del Estado, donde la comunidad reclama el imperio del orden, la justicia y la equidad privándose del ejercicio de arreglar por sí los problemas suscitados, dejando en manos del Estado esa atribución.

En los orígenes de la sociedad las diferencias entre personas se resolvían sobre criterios distintos como eran la confianza en los mayores, el culto a la sabiduría, el respeto al más fuerte, al buen padre de familia, al jefe de la tribu o clan, al señor feudal, etc.; es decir, se delegaba el poder de solución a un tercero confiable. Con el crecimiento de la sociedad y su ineludible despersonalización, fue necesario asignar la "confianza" a quien se encargaba de organizar la convivencia humana. Por ello, la resolución de conflictos es una transferencia que hace la sociedad al Estado. A éste se le entrega el "poder" de resolución definitiva.

Basados simplemente en esta idea, la cuestión no importa problema interpretativo alguno, en tanto se comprenden las razones por las cuales el hombre que vive en una sociedad organizada prefiere el control al autojuzgamiento.

> En este marco, el Estado personifica un ente superior donde se resumen, prácticamente, todas las manifestaciones de la vida en comunión. Evidentemente, el hombre en soledad no tiene más reglas que las de su propia costumbre, pues no tiene que compartir; en cambio, la interrelación humana produce efectos inevitables que bueno resulta sean solucionados en base a principios distintos de la fuerza brutal. En cierto sentido, la jurisdicción como medio pacífico de justicia y orden, es la imposición de una fuerza distinta, que se legitima por la soberanía del poder. No obstante, dicha transferencia obliga a organizar la labor encomendada, siendo entonces cuando el Estado asigna distintas funciones a cada uno de los poderes. El

> poder jurisdiccional está para resolver conflictos intersubjetivos, siendo a igual tiempo un deber la prestación de ese servicio.

Son funciones de la jurisdicción la resolución de conflictos que impidan la crisis social; la interpretación de una norma; el control de la sin razón o la ilegitimidad. Para su ejercicio, se pide a la sociedad la confianza imprescindible para obtener el Derecho.

La intervención de un tercero imparcial aparece como un presupuesto lógico en la repulsa contra la justicia de mano propia, pero todo tercero que resuelve conflictos no tiene las notas atributivas que caracterizan el poder jurisdiccional.

El resumen mostrará finalmente, que las decisiones jurisdiccionales son definitivas (cosa juzgada) sin que se pueda volver a revisar lo actuado si no es por causas absolutamente justificadas.

Ahora bien, para analizar la jurisdicción como poder debemos reconocer en el órgano encargado de practicarlo, la función primordial que debe concretar: la resolución de conflictos.

En realidad, más propio sería hablar de función jurisdiccional del Estado, permitiendo entonces afirmar la unidad del Poder Estatal, fraccionado en la clásica división de funciones (legislativa, ejecutiva y judicial).

El punto principal apunta a resolver si la jurisdicción es por sí misma un poder; o si por el contrario, ella sólo constituye un ejercicio funcional del Estado.

> No debe olvidarse al respecto, como base de partida al planteo formulado, que la teoría del poder, cuidadosamente elaborada desde la Edad Media, fue abandonada con el advenimiento del concepto de soberanía nacional. Así, por ejemplo, Ibañez Frocham define a la jurisdicción como "el poder estatal, emergente de la soberanía o de sus desmembraciones políticas autónomas, de decidir los conflictos de interés que someten a decisión de sus órganos las personas físicas o jurídicas que integran la comunidad, inclusive la administración del propio Estado, como partes, a los cuales el orden jurídico transfiere el deber de resolverlos conforme a la ley, como así a la ejecución de la sentencia y las demás decisiones del proceso contencioso y del voluntario, inclusive las del proceso penal". En cambio, Podetti señaló que jurisdicción es "el poder público que una rama del gobierno ejercita, de oficio o a petición del interesado, instruyendo un proceso, para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida".
>
> Ambos conceptos identifican la actividad encaminada a comprobar y hacer valer concretamente, en los casos particulares, el ordenamiento jurídico; como la tutela de los intereses que, aún siendo protegidos por normas de derecho objetivo, han quedado insatisfechos, sea porque existe incertidumbre sobre los términos de la norma que deberá protegerlos, sea porque ésta última, aún siendo reconocida por todos, encuentra inobservancia en la hipótesis examinada.

El Poder Judicial, *lato sensu*, evidencia en la tripartición de funciones un activismo diferente: aplica las leyes y persigue la paz social. En esencia su finalidad es única: decir el derecho (*iuris-dictio*).

Sin embargo, la declaración de la norma aplicable no es en todos los casos exclusivo menester de los jueces; también existen órganos legislativos y administrativos que se ocupan de aplicar el derecho en una situación determinada. Ocurre así que algunos pueden hablar de una jurisdicción judicial, otra ejecutiva y hasta de una parlamentaria, sin perjuicio de otras especiales, como la jurisdicción militar, o la eclesiástica.

Desde esta perspectiva podría negarse la existencia de un poder jurisdiccional, para reducir el concepto a una función que, cuando es realizada por magistrados asume particularidades que en otros no sucede, como son las características de definitividad de las resoluciones; y la posibilidad de ejecutarlas compulsoriamente, en lo que constituye un ejercicio de fuerza legitimada.

En cambio, si pensamos en el origen de la institución vemos que la actividad jurisdiccional resulta, además, una actividad sustitutiva y subrogatoria, en cuanto que el Estado-Juez se mueve sólo porque aquellos que deberían haber realizado espontáneamente determinados intereses, actuando así la voluntad de la ley, no lo han hecho, y porque los que miraban a obtener tal realización han sido constreñidos por la prohibición de la autodefensa (afirmada por todos los modernos ordenamientos estatales) a dirigirse al magistrado (según los casos, con una acción o un recurso) para ser reconocidas sus propias pretensiones.

> Esta dependencia del individuo para generar la marcha del poder jurisdiccional, podría llevar a concluir que, en los ordenamientos políticos basados en la teoría de Montesquieu, a los jueces sólo les cabe interpretar la norma y aplicarla en el caso propuesto a su decisión, para dar un resultado concreto e individual. El procedimiento seguido sería ni mas ni menos que el esquematizado bajo el sistema de legalidad, en contraposición al sistema de la justicia del caso concreto, en el cual el juez, se convierte al mismo tiempo en legislador, estatuyendo en base a la equidad y haciendo que la sentencia, aunque reviste la forma de acto jurisdiccional, sea materialmente una ley: la ley del caso concreto.

Lo cierto es que, aun dependiente de la voluntad particular la jurisdicción expresa el poder de quien se la otorga: del pueblo mismo. Es este quien tuvo la potestad de autojuzgarse, de organizarse, de limitarse y finalmente, de socializarse en base al principio de los derechos compartidos.

Por eso la jurisdicción no deja de ser una función del Estado, pero el poder no le pertenece a éste sino a aquélla.

7.2 La jurisdicción como deber

La contrapartida del concepto anterior se detiene en observar la otra cara del poder delegado al Estado. Se trata, ahora, de afirmar el "deber" del Estado para resolver los conflictos sociales o intersubjetivos.

Sin embargo, si la jurisdicción fuese solamente el deber de solucionar en justicia los litigios, existirían procesos inadaptados a esa regla, como los de la jurisdicción penal.

En el estudio del problema, aparecen estas dos extremas concepciones: de un lado, aquella que podríamos denominar abstracta, donde el derecho

público aflora como contenido esencial, dando primacía a la jurisdicción como poder, es decir, resaltando la actuación del derecho objetivo; y por otra senda, la corriente concreta, que privilegia la jurisdicción en terreno del derecho privado, dando interés prevalente a la efectiva tutela de intereses en conflicto, sean estos violados o amenazados.

Ambas concepciones responden a un tiempo histórico determinado, que a fines de este siglo reconoce no ya un enfrentamiento o polarización, sino un entendimiento común que los integra y complementa.

> Por eso, algunos autores como Di Iorio indican que la jurisdicción "es un poder - deber del Estado. Es un poder en cuanto se manifiesta como la finalidad de lograr la sujeción de todas las personas, incluso el propio Estado, a sus mandatos, como medio para preservar la paz social al impedir que tales personas tengan necesidad de hacerse justicia por mano propia...Como de tal forma existe un monopolio por parte del Estado para ejercer la jurisdicción, los individuos tienen la facultad, de raigambre constitucional, de requerir a los órganos particulares la prestación de tutela, que al presentarse como el ejercicio de un derecho, constituye por consiguiente, correlativamente un deber para el propio Estado".
>
> Punto de vista que puede confrontarse con otra posición muy interesante, como es la de Quiroga Lavié, que después de presentar el viejo concepto de proceso como "lucha entre partes", agrega que los extremos de esta lucha procesal privada no puede darse con tan significativo alcance pues se busca la regularidad del derecho público. A su entender, lo privado es el juego de la libertad disponible, que alimenta de energía al sistema en su integridad; el Derecho Público es la estructura que no puede quedar a disposición de las libertades individuales, pues de no ser así, las propias libertades individuales no serían posible.

El moderno Estado de Derecho, tan bien advertido por Cappelletti, cuando señala la influencia de la revolución liberal en la configuración del proceso moderno, apunta a demostrar que existe un criterio sobre la jurisdicción directamente entroncado con la circunstancia histórico-política a que se refiera. Bien distintas podrán ser las conclusiones en un Estado democrático respecto de otro dictatorial.

Aun así, la verdad del suceso manifiesta que para saber qué es la jurisdicción, se necesita resolver la naturaleza de su objeto. Para comprender su organización, se debe estudiar su trama institucional. Y si queremos advertir el para qué sirve, tendremos que analizar, exclusivamente, la función jurisdiccional, propiamente dicha.

Nosotros hemos dicho, antes de ahora, que la jurisdicción desarrolla el papel del Estado en el proceso. Es el rol político que tiene pensado para los procedimientos y para la función que debe cumplir en ellos. La jurisdicción dimana de la soberanía y, por eso, se puede hablar de sólo una jurisdicción.

A partir de este concepto se observa por qué existe un "deber" jurisdiccional de resolver los conflictos de intereses suscitados entre partes encontradas que inicialmente componían sus problemas de mano propia. Y también, por qué, preexiste un "poder" jurisdiccional", anterior al conflicto, obtenido de la apropiación que hace el Estado, como unidad organizada, para alcanzar la paz social.

Ello significa que necesariamente en el proceso jurisdiccional coexisten tres intervinientes: las partes y el juez. Cuando estos elementos no se encuentran no habrá jurisdicción, propiamente dicha.

8. Las funciones esenciales de la jurisdicción

Las explicaciones precedentes culminan ratificando la idea de "jurisdicción" encabezado solamente en los órganos del poder judicial.

Si existen funciones jurisdiccionales en otros poderes, ellos seguramente carecerán de las características que representan y tienen los jueces; concretamente, el poder de imponer sus decisiones y, esencialmente, la definitividad de sus pronunciamientos. No olvidemos que, por vía de principio, toda resolución administrativa admite revisión judicial.

En suma, el acto jurisdiccional reviste especialidad por el órgano autorizado a dictar providencias o sentencias, y porque, precisamente, esa autoridad que inviste constituye la representación misma de la autoridad del Estado.

De todo ello surge, en consecuencia, que también la jurisdicción es una garantía, en el sentido de instrumento preciso para la protección de los derechos del individuo.

> Es tan importante esta noción garantista de la jurisdicción que en algunos países ha desplazado el estudio de la ciencia procesal clásica, hacia el fenómeno que impone el nuevo "derecho jurisdiccional". La obra de tres notables juristas españoles (Montero Aroca - Ortells Ramos - Gomez Colomer) definen esta corriente sosteniendo que "el derecho procesal se define hoy, bien como el conjunto de normas que regulan el proceso, bien como la ciencia jurídica que atiende al estudio del proceso, pero a pesar de estas definiciones, que centran la disciplina en torno al proceso, la doctrina ha sido consciente de que otras realidades, aparte de la del proceso, son reguladas por normas que ella misma califica de procesales y, dando un salto en el vacío de la línea argumentativa, incluye dentro del derecho procesal algo más que el proceso: ese algo más suele ser la acción (y/o la pretensión) y sobre todo la jurisdicción, y por esa vía la organización judicial y todo lo relativo al personal judicial...De lo anterior resulta que el derecho procesal no es sólo el derecho del proceso, pues éste no es el único contenido de aquél, pero la fuerza de la tradición es tal que se sigue hablando de derecho procesal para identificar una ciencia en la que realmente el ente principal es el poder judicial y la jurisdicción".

Por ello, la verdadera función jurisdiccional no debe inteligirse por la mecánica de aplicación del derecho objetivo (*según los códigos*), como así, para darle el valor y respeto que las normas ponderan respetando el sentido de la supremacía constitucional. De esta forma, a la jurisdicción no sólo le corresponde aplicar las leyes, sino también, controlar su constitucionalidad y fiscalizar la legalidad de los actos administrativos.

En conclusión, ambas cuestiones: a) resolver conflictos entre personas, y b) asegurar el principio de supremacía constitucional, son actividades propias del derecho procesal constitucional. La primera por su implicancia con la garantía del debido proceso; la segunda, como una función esencial de los jueces, proyectada desde la misma Ley Fundamental.

9. La defensa de la Constitución

La defensa de la Constitución fue planteada inicialmente en dos libros pilares del interés científico por esclarecer su alcance y significado. La obra de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung* -que significa, el protector de la Constitución-) de 1931, y la réplica de Hans Kelsen con el título ¿quién debe ser el protector de la Constitución? (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein*) del mismo año.

Ambos presentan la necesidad de resguardar los principios superiores que declara una Norma Fundamental, pero difieren en los mecanismos necesarios para ello. Es decir, quedó planteado el debate acerca de cuáles son los mejores sistemas que aseguran la supremacía de una carta constitucional, si las instituciones políticas en la que no participan jueces sino todos los representantes de una sociedad compleja, o bien, sólo tribunales especiales que, a estos fines, debían establecerse.

> Las dimensiones del problema son demasiadas por la diferente inteligencia que se le asigna al concepto de "Constitución". Por ello, Fix Zamudio señala con singular acierto que "resulta necesario establecer una elaboración sistemática del concepto de defensa constitucional, en virtud de que los diversos sectores que la integran se examinan de manera dispersa en los estudios de teoría constitucional y más recientemente en los dedicados a la justicia y a la jurisdicción constitucional, además de emplearse de manera indiscriminada otras denominaciones como las relativas a las garantías y a los controles de carácter constitucional".

La principal razón que explica porqué deben existir métodos para la protección y defensa de la Constitución obedece a que es necesario conservar la normativa fundamental para prevenir violaciones, restricciones, desconocimientos, ilegalidades, y lo que es más importante, para demostrar en su fidelidad y desarrollo, el compromiso republicano de un Estado con las normas que lo sostienen como sociedad organizada.

Es evidente que, como sucede con toda norma jurídica, la Constitución sufre los embates de la realidad que se opone a las declaraciones. El derecho frente a los hechos o, tal como se conoce, la polaridad entre la constitución formal y la constitución material.

Se plantea con esta misión de fiscalizar la supremacía la más importante de las definiciones a encontrar en la asignatura. En efecto, si la potestad jurisdiccional se ejerce a través de los órganos del poder judicial, no toda actividad será, específicamente, jurisdicción constitucional; tan sólo corresponde asignarla cuando la administración realizada resuelve una crisis de la Norma Fundamental.

> Con esta lectura pretendemos eliminar la dualización que interpreta a esta actividad como "justicia constitucional", y la que llama "jurisdicción constitucional" a los sistemas que dinamizan la función de control de constitucionalidad. A nuestro criterio es preferible asignar la función jurisdiccional constitucional por razón de la materia, y no a través de la relación con la magistratura especial. También así lo sostiene García Belaúnde, quien prefiere emplear el término "jurisdicción constitucional" por ser más técnico, más preciso y menos sujeto a imprecisiones filosóficas que sólo dan lugar a inacabables

> discusiones. Por ello, la materia constitucional puede resguardarse por órganos comunes o por órganos especializados.

10. El control de la constitucionalidad de las leyes

Para lograr el efectivo cumplimiento de los mandatos constitucionales se encuentran previstas dos formas específicas, aunque diferentes.

Algunos entienden que la preservación de las supremacías fundamentales debe vigilarse por el Poder Judicial, ya sea a través de todos los jueces del sistema o estableciendo órganos especiales que actúen como Tribunales Constitucionales.

Otros, en cambio, indican que el control por los jueces modifica la composición política de un Estado al correrse el riesgo que, por medio de la interpretación y ejecución de las decisiones jurisdiccionales, se dejen de aplicar normas establecidas mediante un sistema institucional que no reconoce a los jueces como órganos de legislación.

> La cuestión tiene orígenes similares que resultan sorprendentes. La simultaneidad existe, a pesar de tener un fundamento filosófico-jurídico diferente. Este momento se sitúa a fines del siglo XVIII y principios del XIX, o sea que coincide con el nacimiento de la era constitucional. La aparición de los textos constitucionales y su supremacía respecto de las demás leyes, llevó indudablemente a la búsqueda de algún medio o instrumento destinado a vigilar la estabilidad de las jerarquías legales en convergencia hacia la Constitución.

La Declaración de la independencia de los EE.UU. de 1787, y la Revolución Francesa de 1789, fueron los hitos que determinaron los principios que llevarían a la elección de uno u otro de los grandes sistemas: el *jurisdiccional* y el *político*.

> La división que presentamos puede tener una apertura diferente si se tiene sólo en cuenta el predominio -casi absoluto- del mecanismo jurisdiccional. En este sentido, Fernández Segado sostiene que los sistemas se fraccionan en dos bloques: uno conocido como jurisdicción difusa y otro como jurisdicción concentrada. En cambio Cappelletti prefiera una triple identidad: difuso, concentrado y político.

10.1 El sistema jurisdiccional

En los EE.UU., como complemento del sistema tripartito de división de poderes, fue necesario arbitrar los medios adecuados para mantener el equilibrio entre ellos y su mutua coordinación. Dentro de este esquema, a los jueces se les asignó la función de interpretar las normas, de manera que ellas observaran permanentemente su correspondencia con la norma fundamental.

Dentro del concepto racional-normativo de Constitución, como norma suprema creada de una vez y para siempre, destinada a reglar derechos y deberes de gobernados y gobernantes; la sumisión de la ley a lo dispuesto por aquélla, aparece como la función esencial atribuida al Poder Judicial

La Constitución de los EE.UU. nada dice respecto al control de constitucionalidad de las leyes. Pero la respuesta es clara: *si corresponde a los*

jueces interpretar las normas, es obvio que en esa tarea están ejerciendo permanentemente la vigilancia de su simetría con la Carta Fundamental.

En el conocido caso "Marbury vs. Madison" se ratifica el rol de los jueces, denotando al mismo tiempo, la confianza que en ellos se tiene para motivar y ejercer esta función.

La crítica a este tipo de control, fundada en el peligro de exacerbar los poderes de los mismos, es inimaginable dentro de este esquema. Si son justamente los jueces quienes deben intervenir en "todas las causas" que se susciten como consecuencia de la aplicación de la Constitución; es dentro de sus expresas facultades que les corresponde ejercer este tipo de control.

Se ubica así el problema del control como componente de la tarea de "interpretación" que compete al Poder Judicial.

10.2 El sistema político

En cambio, el sistema de *control político*, original de Francia, encuentra su fundamento en la voluntad del pueblo como supremo legislador y, como contrapartida, la desconfianza hacia los jueces, que al producirse la Revolución formaban parte integrante de las estructuras sociales que la misma habría de revertir.

EL pueblo como creador originario de la ley no podía ser superado en ningún orden relativo a la misma, ni siquiera en cuanto a la revisión de su ajuste y respeto con la norma suprema.

La principal característica que tiene este sistema radica en la jerarquía institucional que se otorga al Parlamento, dando origen a un modelo que, como ocurrió en Francia, transforma al comité de seguimiento en un verdadero "Consejo Constitucional" cuyas funciones esenciales se encuentran en las de pronunciarse obligatoriamente y siempre antes de la promulgación de cualquier ley o reglamento.

La tarea evidencia un control de tipo preventivo que opera en el marco de la abstracción de la norma, es decir, antes de que ella quede sancionada, logrando de ese modo evitar la posible desviación de los fines constitucionales.

10.3 Los Tribunales Constitucionales

Entre ambos sistemas fue Kelsen quien para la Constitución austríaca de 1920, imaginó una idea innovadora: un órgano destinado específicamente a controlar la constitucionalidad de las leyes, una verdadera Corte de Justicia. Este sistema se difundió rápidamente en Europa, siendo adoptado en la Carta Fundamental de Bonn y en la Constitución de Italia. Más próxima, la Constitución española ha instrumentado su Tribunal de Garantías Constitucionales y bajo su modelo se han inspirado buena parte de los nuevos tribunales latinoamericanos (Guatemala, Colombia, Peru, entre otros) partiendo en gran medida de la sistemática kelseniana.

Planteados los dos grandes sistemas de control de constitucionalidad, debemos considerar las formas como ejercen el mismo en los diferentes regímenes políticos.

11. Las técnicas para efectivizar el control de constitucionalidad

El predominio del sistema judicial para fiscalizar la supremacía constitucional derivó en dos modelos posibles para efectivizar y llevarlo a la práctica. Mientras que unos estiman la tarea inteligente de todos los jueces de un ordenamiento (difuso), otros prefieren crear tribunales especiales con idéntica función (concentrado).

Debe quedar en claro que ambos son jurisdiccionales por estar enmarcados por la función judicial; estableciendo distancias con el sistema político donde los jueces no intervienen en el control preventivo de las normas.

> El aspecto más interesante que plantea el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, que también es el más problemático, consiste en examinar la eficacia del método judicial respecto al político, porqué se trata, precisamente, de resolver ecuaciones entre ley y sentencia, norma y juicio o entre el legislador y el juez.

11.1 La técnica en el control difuso

Nuestro esquema institucional organiza el mecanismo de vigilancia con base en el sistema americano (difuso), es decir, que otorga a todos y a cada uno de los jueces, la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes. El razonamiento es sencillo: el juez en ejercicio del poder jurisdiccional dimanante de la soberanía del Estado, está obligado a interpretar la ley a fin de adecuar el caso particular que se somete a su decisión; si encuentra que existen leyes o normas en conflicto, debe aplicar aquella que cuente con preeminencia constitucional, y si son de igual jerarquía, debe recurrir a los principios generales: *lex posterior derogat legi priori; lex specialis derogat legi generali*, etc.

> Precisamente esta potestad interpretativa es la que le otorga el gran poder, que algunos autores, como Vanossi, consideran un "verdadero poder político" pues si éste consiste en el poder de "impedir", y si el control de constitucionalidad se traduce en la no aplicación de ciertas normas que son estimadas repugnantes con relación a las superiores, la conclusión lógica es que los jueces están investidos de cierto "poder político", en virtud del cual proceden a la descalificación (aunque sólo sea para el caso concreto) de las leyes y demás normas que aparecen en contradicción con la supremacía constitucional: al no aplicar esas normas los jueces, a través de la declaración de inconstitucionalidad, están generando "poder político".

En síntesis, la conclusión es bastante simple: en la actuación, cualquier juez tiene el deber de resolver la aplicación de una ley común que contrasta con la norma constitucional, debe no aplicar la primera, declarando su inutilidad por violar la garantía prevista en la supremacía fundamental.

11.2 La técnica en el control concentrado

En el caso, la forma como se plantea y analiza la cuestión constitucional no varía respecto de lo que sucede en el control difuso, con la diferencia que el órgano que estudia el problema es un tribunal con competencias específicas para ello.

El "Tribunal Constitucional" es una jurisdicción especial, diferente claro está de la magistratura ordinaria, que esta privada de conocer en los asuntos que surgen a consecuencia de la interpretación de una norma fundamental. En su caso, estos han de remitir las actuaciones al órgano creado.

En el sistema de control concentrado, la inconstitucionalidad, y por consiguiente, la invalidez (y por tanto la inaplicabilidad) de la ley, no puede ser determinada y declarada por cualquier juez como una simple manifestación de su poder-deber de interpretación, y de aplicación del derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento.

> Por lo contrario -dice Cappelletti- "los jueces comunes (civiles, penales, o en su caso, administrativos) son incompetentes para conocer de la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes, así sea, *incidenter tantum*, es decir, con eficacia limitada al caso concreto"

La diferencia que tiene este modelo respecto al sistema difuso no radica únicamente en la especialidad del órgano interviniente, sino también, en los principios procesales que dinamizan.

Entre los más importantes se encuentran: el precedente obligatorio; los efectos *erga omnes (*para todos) de las sentencias constitucionales; la oficiosidad del trámite; el impulso a cargo del tribunal, etc.

11.3 El control político

El sistema de la desconfianza hacia los jueces, pretende de manera especial la idea de privarlos de cualquier poder político.

El argumento más fuerte que sostiene esta posición proviene, al decir de Vanossi, del resultado de la aplicación rigurosa de un pensamiento que poco a poco se fue imponiendo durante y bajo la Revolución Francesa. De acuerdo al razonamiento de Rousseau, la ley era la expresión de la voluntad general, y esa expresión de la voluntad general era sancionada por el Parlamento, que era un órgano que primero fue visto como la representación de la soberanía nacional, y después, al poco tiempo, como muestra de la soberanía popular: y ese cuerpo era el único órgano elegido directamente por el pueblo.

> De modo que, suprimiendo las etapas intermedias del análisis, y reuniendo los extremos, la ecuación era Pueblo=Ley; o sea, la ley como resultado del pueblo. Por ello, no podía concebirse cómo un Juez podía tener tanto poder como para negar la aplicación de las leyes; resultando así imperioso encontrar un sucedáneo que interpretara la norma, sin apartarse de su contenido.

La atribución a un órgano político especial, para garantizar la función de la norma constitucional, tiene en el Senado Conservador de la Constitución del 22 Primario del año VIII su primera sanción, y las atribuciones del Senado en la Carta Constitucional de 1852, determinó que en los arts. 91 y siguientes de su primera ley fundamental de la posguerra (13/X/946) atribuyó el control de constitucionalidad de las leyes, al denominado Comité Constitucional.

Es este un sistema absolutamente preventivo. Por ejemplo, cuando un tratado o un proyecto de ley se encuentra en condiciones de promulgarlos, se remiten sus textos al Consejo Constitucional para que las analicen y

determinen su coincidencia con los preceptos de la carta superior. Mientras perdura el estudio, la norma no se promulga.

> Queda de manifiesto que este método no es absolutamente jurisdiccional, pues la función que realiza el *Conseil Constitutionnel*, es política (no sólo por la naturaleza del cuerpo), al tener que resolver sobre cuestiones que trascienden la simple confrontación con la norma fundamental, como son la oportunidad, el mérito o la conveniencia. Por eso, este mecanismo asume carácter político al estar inserto en la etapa de creación legislativa.

12. Balance de los sistemas

La conveniencia de elegir uno u otro sistema depende de consideraciones que no son ajenas a las tradiciones jurídicas que han regido hasta la fecha el tema del control de constitucionalidad de las leyes.

Atendiendo a las referencias que existen entre una y otra solución, parece justo prever que no pueda encontrarse una respuesta única, válida para todos los sistemas políticos. Ambos tienen bondades y deficiencias, y casi siempre la eficacia depende de las personas que lo aplican.

Si, tal como hemos expuesto, el origen de una y otra forma de control se vincula íntimamente con la orientación filosófica y política del hecho social que da origen a la Constitución, parece improbable conciliar en la práctica la aplicación indistinta de los sistemas.

Sin perjuicio de ello, no parece errado afirmar que la tendencia actual lo es hacia los sistemas judiciales. Incluso en el sistema francés, ejemplo de control político, se observa una evolución creciente hasta la aceptación del ejercicio del control de constitucionalidad en la tarea normal de juzgamiento que compete a los jueces.

Pero aun resuelto el conflicto entre el sistema político y jurisdiccional, subsiste otra más arduo: concentrado o difuso.

En efecto, la institución de las Cortes Constitucionales, tribunales destinados específicamente al control de constitucionalidad, se difundió rápidamente en Europa a partir de la sanción de la Constitución austríaca de 1920. Aparecería ésta como la mejor manera de vigilar la constitucionalidad, acordando tal misión a personas cuya única actividad sería el control monopólico de la relación Constitución-ley. Una vez determinada la inconstitucionalidad, la ley perdía su vigencia y, de diferentes maneras según el país de que se trate, se dejaba de aplicar en todos los casos.

En cambio, en el sistema jurisdiccional difuso, el control aparece como al alcance de todos los ciudadanos. No es que ellos puedan declarar la inconstitucionalidad, pero sí que al advertir la falla, puedan reclamar expresamente tal sanción en todos y cada uno de los casos en que así se presente.

En los sistemas concentrados, el ciudadano recibe una ley que ha sido analizada en su constitucionalidad. La posibilidad de revertir la decisión del órgano que la declaró no existe. Aun en el sistema italiano, en que la parte puede oponer la inconstitucionalidad y por vía de remisión del magistrado que entiende en la causa, obtener un pronunciamiento, la ley declarada

inconstitucional deja de tener efecto, con lo cual la solución de un caso judicial se impone a todos los que tuvieren relación con la aplicación de la ley impugnada.

Cuando, en cambio, el control es difuso, el ciudadano no renuncia jamás a su derecho a cuestionar la ley: siempre que observe una incongruencia entre ella y la Constitución podrá plantearlo así al Juez (cualquiera de los que forman el Poder Judicial del Estado). Lo que se resuelva sólo afectará a quien ha pedido la declaración de inconstitucionalidad y en nada afectará la vigencia de la ley para los demás.

Indudablemente es el sistema que mejor asegura la libertad del individuo; la tarea de control la tienen todos los jueces, pero la iniciativa permanece como un derecho de cada persona. Las divergencias de criterio que seguramente surgirán entre los diferentes magistrados a los que se remita la misma cuestión de constitucionalidad, en nada afectan la estabilidad del esquema jurídico toda vez que la misma encuentra solución en la Corte nacional como último intérprete de la Constitución.

Bibliografía Capítulo II

Barra, Rodolfo C., *Caso Polino: La Corte ratifica su papel constitucional,* en Rev. El Derecho, 27/5/94.

Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad,* editorial Abaco, Buenos Aires, 1992.

Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.

Biscaretti de Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional,* editorial Tecnos, Madrid, 1987.

Cappelletti, Mauro, *El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado,* editorial Giuffrè (5ª), Milano, 1975. *La Justicia Constitucional (Estudios de derecho comparado),* editorial UNAM, México, 1987.

Di Iorio, Alfredo J., *Temas de derecho procesal,* editorial Depalma, Buenos Aires, 1985.

Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España,* editorial Dykinson, Madrid, 1984.

Fix Zamudio, Héctor, *La Constitución y su defensa,* editorial UNAM, México 1984. *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos,* editorial Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993.

García Belaúnde, Domingo, *Sobre jurisdicción constitucional,* editorial PUCP, fondo editorial, Lima, 1990.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal civil (Teoría general del derecho procesal),* tomo I, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992. *Introducción al nuevo derecho procesal,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1988. *Justicia Constitucional, Introducción al nuevo derecho procesal,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1988. editorial Depalma, Buenos Aires, 1994. *La legitimación en el proceso civil,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1996.

Ibañez Frocham, Manuel, *La jurisdicción,* editorial Astrea, Buenos Aires, 1972.

López Guerra, Luis, *Protección de los derechos fundamentales,* en *Justicia Constitucional Comparada,* editorial UNAM, México, 1993.

Montero Aroca, Juan - Ortells Ramos, Manuel - Gómez Colomer, Juan, *Derecho Jurisdiccional,* tomo I, editorial Bosch, Barcelona, 1989.

Podetti, J. Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1963.

Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo,* editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1998.

Ramos Mendez, Francisco, *Derecho y proceso,* editorial Bosch, Barcelona, 1978.

Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario,* tomo I, editorial Astrea (3ª), Buenos Aires, 1992.

Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de derecho procesal civil,* editorial Ariel, Barcelona, 1969.

Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría Constitucional,* tomo I, editorial Depalma, 1975. *Introducción a los sistemas de control de la constitucionalidad,* en Rev. La Ley, 1980-A, págs. 87 y ss.

Véscovi, Enrique, *La protección jurídica del ciudadano,* en *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Perez,* editorial Cívitas, Madrid, 1993.

CAPÍTULO III. Control de constitucionalidad

13. Requisitos para el control en los sistemas difusos

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema de EEUU en el famoso caso "*Marbury vs. Madison"* (1803) afirmó que si una ley resulta contraria a la Constitución, o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional que obligue a desestimar una u otra, era deber de ese cuerpo superior de justicia determinar el derecho aplicable, por ser una función esencial del poder de la jurisdicción.

De este modo, sin crear ninguna justicia especializada, permitió a todos los jueces concretar en cada proceso la fiscalización de la supremacía de la norma fundamental.

El ejercicio y la dinámica acerca de como llevar a cabo esta tarea permite encontrar diferencias en los métodos aplicables.

La característica común de ellos es que activan un control "*a posteriori*", a diferencia del control *a priori* o preventivo que permiten otros modelos.

De esta forma, una vez decidida la cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada, se pueden dar tres tipos de actividades:

a) Control de la norma a través de un proceso planteado directamente por el interesado (control directo, o por vía de acción)

b) Control de la norma promovido en una instancia abierta, de manera que actúa como incidente de inconstitucionalidad o excepción,

c) Control de la norma resuelto de oficio, sin que las partes lo pidan, permitiendo una declaración de inaplicabilidad (efecto individual válido sólo entre partes litigantes), o de inconstitucionalidad (efecto *erga omnes*), esto es, aplicable a todos a quienes la norma va dirigida.

En nuestro país, son requisitos para lograr el control de la constitucionalidad de las leyes los siguientes:

13.1 Pedido de parte interesada

El principio establecido por la Ley 27, convalidado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en doctrina que persiste, establece que "*nunca procede de oficio -la justicia nacional- y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida y a instancia de parte".*

Además, existen algunas limitaciones precisas (autorestricciones del órgano) que impiden actuar cuando se dan algunos de estos supuestos: a) que no sea estrictamente necesario determinar el ajuste constitucional de la norma para la decisión definitiva del litigio; b) si no existe perjuicio para quien alega la crisis normativa; c) cuando no está en peligro el equilibrio de poderes; d) que exista interés suficiente para obrar.

En Estados Unidos, Cooley estableció algunas reglas que, bajo el nombre de *standing to sue***,** explicaron la capacidad para actuar en juicio. Posteriormente, el juez Brandeis con su voto disidente en la causa "*Ashwender vs. Tennessee Valley Authority"* generó otras limitaciones entre las que se concreta la necesidad de alegar y probar la inconstitucionalidad que se plantea.

> Bianchi, al desarrollar la cuestión enseña que rigen en dicho país cuatro reglas que sistematizan el método, a saber: a) *standing*, b) *ripeness*, c) *mootness* y d) *political questions***.** De ellas nos interesa transcribir al autor en los pasajes que aborda el fenómeno de la legitimidad (*standing to sue)*.
>
> "Por standing to sue se entiende la legitimación procesal de una persona para estar en juicio. Chemerinsky lo define como la determinación acerca de si la parte que presenta ante un Tribunal es la que corresponde para requerir el pronunciamiento (adjudication). Pese a ser un aspecto fundamental de la llamada <<justiciabilidad>>, constituye, empero, uno de los aspectos que más críticas ha recibido en la doctrina, debido a la incoherencia con que los Tribunales lo han manejado. Así lo ha reconocido, incluso, la propia Corte Suprema en un caso relativamente reciente como es <<Valley Forge Christian College vs. American United for Separation of Church and State>>. De todos modos, es preciso señalar que la doctrina del *standing* es importante por varias razones. En primer lugar, resulta indispensable para mantener la división de poderes. Sin ella la tarea de los Tribunales no sería propiamente judicial. Tal como lo ha explicado la Corte norteamericana en <<Allen vs. Wright>>, el *standing* está basado en la sola idea de la separación de los poderes. En segundo término, evita que se expandan innecesariamente los procesos judiciales cuando sólo se busca en ellos un resultado o efecto ideológico. En tercer lugar, permite mejorar los fallos, asegurando que ante el Tribunal se debate una controversia específica y que está presente quien tiene un interés real y directo en la misma para litigar. En cuarto lugar permite que los que litigan sean efectivamente los titulares de los derechos invocados y que no se presenten ante los Tribunales testaferros oficiosos. Los Tribunales -ha dicho la Corte estadounidense- no deben decidir necesariamente sobre derechos cuando los titulares de los mismos no lo requieren".
>
> "La Corte norteamericana ha establecido que son tres los requisitos exigidos para determinar que una persona posea *standing*: 1) la parte debe alegar que ha sufrido o sufrirá en forma inminente un daño o agravio (*injury*); 2) el demandante debe alegar que el daño es consecuencia de la conducta del demandado, es decir, debe darse una relación de causalidad (*causation*) entre ambos, y 3) el actor debe alegar que una decisión favorable del Tribunal puede remediar (*redress)* el daño ocasionado. Además de estos tres requisitos, explica Chemerinsky, la Corte ha entendido que existen otros tres, que si bien no poseen rango constitucional, lo que permite que una ley los derogue, han nacido sin embargo de una prudente administración de justicia. Ellos son: 1) nadie puede reclamar por un derecho de un tercero que no está en juicio (*third-party standing*); 2) no puede accionar quien lo hace como simple ciudadano o contribuyente que reclama por un perjuicio general que otros muchos soportan de igual manera (*general grievances*), y 3) el actor debe demostrar que se encuentra dentro de la zona de intereses protegida por la ley en cuestión".
>
> Esta configuración asienta en la idea de participar al ciudadano en los actos de control del poder, pero, al mismo tiempo, reduce la eficacia del mecanismo al impedir la iniciativa judicial .

El método genera, también, una seria inconsistencia. Cuando el ordenamiento jurídico no arbitra una acción directa de inconstitucionalidad, o no posibilita que ella pueda plantearse con alguna facilidad, los requisitos de necesidad de un caso de violación constitucional, presentado por el titular específico que denuncia la entidad personal del perjuicio, impiden realizar efectivamente el control de constitucionalidad.

> Sostiene Bidart Campos que bajo esta modalidad se puede vislumbrar como principio, que aquella titularidad de un derecho o interés propios (más el perjuicio o la lesión que en ellos infiere la norma o el acto presuntamente inconstitucionales) centraliza el control judicial en un ámbito bastante cerrado, porque si la norma o el acto no inciden en ese ámbito (que es el de los derechos e intereses personales de un sujeto concreto) la ausencia de legitimación procesal impide encontrar otro sujeto capaz de requerir el control porque el ámbito de los derechos e intereses subjetivos no se encuentra comprometido.

a) La legitimación para plantear la cuestión constitucional

La razón de imponer un derecho propio para accionar tiene una explicación lógica en el pensamiento jurídico.

Dicha asociación responde al concepto de "derecho subjetivo", que supone la propiedad individual de un derecho a través de la protección normativa (derecho objetivo) .

La primera regla del sistema difuso es ésta: para reclamar la inconstitucionalidad de una ley se debe contar con un derecho efectivamente existente, que sea propio, y que esté actualmente violentado perjudicando algún principio o garantía constitucional.

Algunas veces la abstracción del derecho, o su pertenencia indiscriminada sin reconocer individualidades en la legitimación, abren ciertos interrogantes por la categoría de los llamados "derechos o intereses difusos", pero la jurisprudencia habilita alternativas en beneficio de una mejor consolidación del derecho a la tutela judicial.

Estos principios consagrados en la jurisprudencia y en algunos ordenamientos legales, son duramente criticados, aunque existen valiosas disidencias que justifican la legitimación exigida.

> Barra ha dicho que "la doctrina de la legitimación o <<*standing*>> tiene su lógica en el sistema de revisión judicial. Definir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas es gobernar, es tomar decisiones políticas. Pero el sistema de división de poderes (modelo americano) quiere que este tipo de decisiones, cuando son abstractas o generales, o cuando concretas y particularizadas no se refieren a la adjudicación de una controversia, resulten del debate partidario y de las habilidades propias de los órganos que así y para ello fueron dotados por la Constitución. Si los jueces pudiesen atender los reclamos de los particulares que son sólo algunos puntos de vista, opiniones, deseos, iniciativas políticas, todo ello fuera de la actuación en la defensa de un derecho propio y controvertido, sustituirían a los otros departamentos del gobierno, pero careciendo de la base representativa que los otros sí poseen y que los habilita a tomar este tipo de decisiones. Las opiniones y deseos de la gente se expresan en el debate político -en su punto máximo, en el acto

> comicial- no en el expediente judicial. No sólo por la inhabilidad de los jueces para intervenir en tal debate, o por su falta de origen y responsabilidad electoral, sino por la preservación misma del <<valor significativo>> de la sentencia judicial, que obliga a los jueces a no decidir fuera del caso o controversia. Fuera del caso judicial, iniciado a instancia de parte -o en el que se involucra a una parte especialmente interesada, como en el proceso penal- no hay <<pronunciamiento>> sino opinión. Si los jueces accedieran a escuchar a quienes actúan en <<defensa de la ley>> en <<protección de un interés difuso>>, en <<defensa de la Constitución>>, en calidad de ciudadanos o académicos, o especialistas, o legisladores, dejarían de ser jueces para convertirse en asesores, la sentencia no sería otra cosa que un dictamen vinculante".

13.2 Actualidad del perjuicio

Este criterio tradicional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, produce como principal efecto, impedir las acciones declarativas de inconstitucionalidad.

Sin embargo, la exigencia del gravamen actual y concreto esta siendo revisto, al confrontarse con hechos contrarios a derechos, cuya incertidumbre jurídica obliga a esclarecimientos precisos e inmediatos, aun sin tener acreditado el agravio personal y directo.

La importancia de los planteos constitucionales lleva a que no puedan emitirse sentencias de valor académico que no transfieran sus decisiones a un caso concreto en el que perviva el conflicto de derecho.

> Bidart Campos sostiene la procedencia de la "acción declarativa" prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para sostener en ella una cuestión de inconstitucionalidad. Agrega el autor que "...la acción declarativa de certeza suscita causa, porque causa es todo proceso o juicio donde el caso que se lleva a la tutela judicial es concreto, real y actual, sea porque en él hay conflicto, sea porque hay controversia, sea porque hay discrepancia, sea porque hay falta de certeza, sea porque la pretensión no puede resolverse sino mediante procedimiento judicial. Observemos que la acción declarativa de certeza compone un proceso en el que, además de bilateralidad, hay controversia de partes en torno a la situación de incertidumbre que origina daño, por lo que holgadamente cabe en el cuadro de <<casos contenciosos>> que exige la ley 27, pese a no dirigirse a obtener condena ni ejecución algunas. O sea, que aun aplicando la ley 27, el art. 322 del código procesal se redime de toda duda de inconstitucionalidad..."Demostrado que la acción declarativa de certeza incita procesalmente una causa judiciable, no hallamos óbice para que en esa causa se inserte el control de constitucionalidad como en cualquiera otra de naturaleza diversa, por cuyo motivo no estamos de acuerdo con que para admitir la introducción de la cuestión constitucional en una causa judicial, ésta conlleve la pretensión de condena o de ejecución compulsiva...".

13.3 Demostración efectiva del conflicto normativo

El planteo debe referir con exactitud a la cuestión constitucional, indicando con claridad y fundamentos cuáles son los aspectos de la norma atacada que generan la afectación a derechos fundamentales.

El agravio puede ser potencial o de aparición inminente, en cuyo caso se admite bajo el concepto de "amenaza" la intervención preventiva del órgano jurisdiccional.

Siempre es deber de la parte interesada sostener sus agravios, demostrando de qué manera se produce la inconstitucionalidad y cuáles serían las soluciones (inaplicabilidad, nulidad, anulabilidad, etc.) que debieran aplicarse.

> Las cuestiones constitucionales se presentan en dos grandes campos: a) las llamadas cuestiones constitucionales "simples"; y las b) cuestiones constitucionales "complejas".
>
> Las primeras se vinculan siempre con la interpretación directa de normas o actos de naturaleza federal que ponen en crisis a disposiciones de la Constitución Nacional. Las segundas, en cambio, se ocupan de los denominados "conflictos de constitucionalidad", es decir, al enfrentamiento entre normas o actos de carácter infraconstitucional con la Carta Fundamental.
>
> En las cuestiones simples es deber del interesado demostrar el agravio constitucional, porqué el derecho común o local está fuera de la posibilidad interpretativa que puede realizar el juez de la causa. En su lugar, la tarea de inteligencia y encuadre en el principio de la supremacía recae sobre la propia Constitución federal, las leyes federales, los tratados, los decretos reglamentarios de leyes federales, los reglamentos autónomos del poder ejecutivo, y los actos federales de órganos del gobierno nacional.

El planteo de las cuestiones complejas, a su turno, muestran dos senderos. Uno transita la colisión entre una norma infraconstitucional (V.gr.: ley local o federal; actos de autoridad local o federal, etc.) con la Constitución. Estas se llaman cuestiones constitucionales "complejas directas". El otro se refiere al enfrentamiento entre normas o actos de autoridades federales, con otras de similar carácter o condición (V.gr.: entre un decreto reglamentario y una ley; entre una ley federal y un decreto provincial; entre actos federales y provinciales, etc.). A estas se las conoce como cuestiones constitucionales "complejas indirectas".

Cuando veamos el sistema de control ejercido a través del recurso extraordinario federal, podremos ampliar estos conceptos.

13.4 Cuestión justiciable

Las cuestiones políticas constituyen una valla para el control difuso pues excluye el control judicial. Están inmersas en una categoría más amplia: "las cuestiones no justiciables", y en verdad, resulta por demás complejo ofrecer una noción precisa sobre los actos que abarcan.

Un viejo estudio de Gastón Jèze decía que "los actos llamados de gobierno no tienen una naturaleza especial. No hay, pues, razón jurídica para poner en jaque el sistema general de control jurisdiccional".

Esta asimilación de las cuestiones políticas a los actos de gobierno, si bien recibe el beneplácito legislativo, e inclusive, de algunas leyes fundamentales, lo cierto es que constituyen una verdadera y arbitraria excepción para el control efectivo de la constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, en la exageración de estas cuestiones ha contribuido el mismo Poder Judicial, porque han sido los jueces quienes elaboraron el estandar del motivo político, generando un sinnúmero de ampliaciones que no contaban con respaldo legal.

En Argentina, por ejemplo, las "cuestiones políticas no justiciables" son de viejo cuño. Reconocen su antecedente en el caso "Cullen c/ LLerena" (7 de setiembre de 1893) en el que se cuestionaba la intervención federal en una provincia. Allí se indicó que "la intervención nacional en las provincias, en todos los casos en que la Constitución lo prescribe y lo permite, es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde, exclusivamente a los poderes políticos de la Nación".

Luego fueron ampliadas a las "cuestiones electorales", destacando el Alto Tribunal que son "cuestiones políticas irrevisables", el sorteo de candidatos electos, la formación de padrones electorales, la oficialización de listas, los conflictos internos de los partidos, las decisiones tomadas en materia electoral por los tribunales de provincia, etc. Esta tendencia fue abandonada en 1965, y absolutamente, una vez constituidos los tribunales con competencia electoral.

También se consideraron "cuestiones no justiciables" las vinculadas con la formación y procedimiento para la sanción de una ley. En 1963 la Corte dijo que no eran facultades jurisdiccionales admitidas las de examinar el procedimiento adoptado por el Poder Legislativo en la formación y sanción de las leyes, "*salvo el supuesto de incumplimiento de los requisitos constitucionales mínimos e*

indispensables que condicionan la creación de la norma" (Fallos, tomo 256 pág. 556).

Son sucesivas las excepciones que se consagran para evitar la interpretación o participación de la justicia en temas de hondo compromiso político-institucional.

Una senda adecuada para encontrar una "cuestión política" resultan las llamadas "facultades privativas" del poder (legislativo o ejecutivo), porque la sumisión al esquema republicano de los tres poderes, no tolera compartir atribuciones que son exclusivas.

También son materias de este carácter, la declaración del estado de sitio, la suspensión de garantías constitucionales (aun cuando se las controla bajo la premisa de la "razonabilidad del acto"), las decisiones sobre indultos, amnistías, etc.

La autonomía constitucional que cuentan para su tratamiento, de alguna manera las ha dotado de suficiencia y libertad para obrar con criterios que llegan a ser abusivos. Por eso, más que "cuestiones políticas", la división tendría que pensarse sobre la base de las zonas de reserva o privativas que cuenta cada órgano, que al ser constitucionalmente "cuestiones jurídicas" admiten el control subsiguiente sobre la razonabilidad de su establecimiento.

De esta manera el posible "desvío de poder" podrá alertarse, cuando no, denunciarse directamente.

Los argumentos que avalan la excepcionalidad son varios. Entre ellos: la división de poderes (interferencia indebida del judicial en actividades del ejecutivo); las facultades privativas (por ejemplo, de funciones propias); el gobierno de los jueces (reemplazo del criterio administrador por el judicial o "judiciocracia"); pero ninguno de ellos consigue conmover un dato que se revela inicial: la supremacía constitucional opera en todos los ámbitos, y al permitirse la irrevisión, lo único que se obtiene es convalidar un acto agresivo a la Carta Fundamental.

13.5 Caso concreto (no abstracto)

La controversia debe ser sobre hechos actuales, evitando la resolución de cuestiones abstractas; por tanto, si no hay conflicto jurídico, no hay posibilidad para habilitar el control de constitucionalidad.

Para indagar cuál es el alcance que supone este recaudo de la "actualidad del perjuicio", es preciso distinguir lo fáctico de lo puramente normativo, en la medida que los hechos deben conservar en toda la instancia la lesión constitucional sufrida; mientras que el derecho puede modificarse tornando abstracta la cuestión a resolver.

Hay veces que la Corte no considera el caso constitucional por entender que las pretensiones son "insustanciales" o baladíes. Por ejemplo, cuando advierte la existencia de jurisprudencia constante y pacífica que tiene asumida una orientación determinada la cual no podría modificarse con la realidad del caso que analiza.

Igual ideología tiene el vocablo "insuficiente" que suele introducirse en los rechazos a planteos de inconstitucionalidad, cuando se dice que "no es bastante" o "no basta" con sugerir la intensidad del agravio constitucional sino se consigue conmover un sentido jurisprudencial adoptado.

14. Requisitos para el control en los sistemas concentrados

La actuación del Tribunal Constitucional se provoca con medios diferentes a los del sistema difuso donde la legitimación procesal va estrechamente subordinada a las cuestiones que pueden ser resueltas.

La principal característica del modelo está en que los tribunales ordinarios no pueden -ni deben- pronunciarse sobre cuestiones de constitucionalidad (aun cuando sí pueden hacerlo respecto a reglamentos o disposiciones administrativas que no tengan el rango de ley). En su caso, los jueces realizan un juicio preliminar de constitucionalidad y si consideran que la norma en estudio socava los principios contenidos en la norma fundamental o los pone en peligro, remite el caso al estudio del Tribunal Constitucional.

Hay varias formas o vías para realizar el control. El recurso directo permite resolver la constitucionalidad de una norma "en abstracto", es decir, sin referenciarla con ningún caso en concreto al cual debiera aplicarse.

El *recurso directo* sobre la inconstitucionalidad de las leyes, al no estar causado esencialmente por un conflicto particular, activa un control general de las normas; ello determina que el esclarecimiento se fije en una discrepancia sobre la interpretación del texto fundamental obviamente vinculado en su compatibilidad con una ley singular.

La naturaleza de estas diferencias es la que legitima procesalmente a cualquier órgano general, y no a sujetos que defienden sus propios intereses personales. Por ello es también una dificultad, en la medida que la posibilidad de accionar queda limitada a cierto número de personas y a un plazo acotado posterior a la sanción legislativa.

> Tal como explica García de Enterría: "En la doctrina alemana se habla por ello de un proceso objetivo, donde los órganos que han iniciado el mismo no adoptan, en su calidad de titulares de intereses políticos, la posición procesal estricta de recurrentes, puesto que no tienen intereses propios, sino que actúan en cierto modo, como defensores abstractos de la Constitución".

Buen modelo de esta sistemática es el español, donde están facultados para deducir recursos de tal naturaleza, el presidente del gobierno, el defensor del pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los presidentes de los órganos colegiados ejecutivos en las Comunidades autónomas y las asambleas de ellas.

> La interposición de un recurso de inconstitucionalidad, o el planteamiento de una cuestión no suponen la suspensión de la eficacia de la norma sometida a revisión.

En cambio, en los *incidentes de inconstitucionalidad*, no existen problemas para decidir sobre quien o quienes pueden pedir la inconstitucionalidad de una norma, porque la dificultad se plantea cuando el expediente se remite al Tribunal Constitucional y a un efecto diferente del que

generó la demanda; es decir, la capacidad y legitimación ya fueron analizadas, y lo único que hace la magistratura especializada cuando recibe las actuaciones es verificar si existe o no "cuestión constitucional". Recordemos, a estos fines, que las partes del proceso común pueden solicitar al juez que sea éste quien plantee la cuestión.

En la mayoría de los sistemas concentrados el interés individual recibe amplia protección, y se extiende a los llamados "intereses legítimos", pero además existe o pervive el interés de la comunidad para la defensa del orden constitucional. Por ello, cuando se otorga legitimación a minorías parlamentarias existe el propósito de proteger la función y el *status* de la oposición en el sistema constitucional. Lo mismo sucede con la legitimación del Ministerio Público a quien se inviste como tutor de las leyes del país y guardián general del ordenamiento legal.

De todos modos, en la práctica, se observan varias deficiencias, o dicho de otro modo, consecuencias inevitables que desmerecen el sistema de legitimaciones amplias. Por ejemplo: la falta de sensibilidad ciudadana, la excesiva politización de las impugnaciones, el cúmulo de asuntos sobre el Tribunal, la nimiedad o intrascendencia de los motivos alegados, etc.

14.1 Los bloques de constitucionalidad

Esta expresión proviene de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales. Con ello se quiere afirmar que la relación de validez entre las normas, que presupone el examen de la subordinación entre las mismas, no se efectúa solamente en base al criterio jerárquico, sino utilizando también un conjunto de leyes, normas y principios que distribuyen y limitan las competencias específicas del órgano que realiza la interpretación.

> En consecuencia, la inconstitucionalidad de una ley o acto puede venir determinada no solamente por su inadecuación a la Constitución sino a todo el llamado "bloque de constitucionalidad". Este conjunto de normas -según Piniella Sorli- constituyen un conjunto normativo de desarrollo constitucional, especialmente protegido y resistente, y se considera como un parámetro que permite enjuiciar la inconstitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento jurídico. Es decir, el "bloque de constitucionalidad" está constituido por un conjunto de normas que no pertenecen formalmente a la Constitución, que tienen por tanto rango inferior a la misma y que son de igual rango que la norma cuya inconstitucionalidad puede provocar.

En nuestro país, a pesar de tener un sistema de control diferente, también existe la pauta del bloque de constitucionalidad en los tratados y leyes que forman parte de la Norma Fundamental, con la particularidad de estar fuera del texto escrito pero emitiendo principios y valores constantes que provocan una jerarquía ineludible por su fuerza constitucional.

En definitiva, el conjunto de normas, principios y valores que contienen los denominados bloques de constitucionalidad parten de un presupuesto distinto al tradicional. No son una fuente donde espejar la contradicción con la norma que se dice inconstitucional; sino un complemento inevitable donde encontrar razonamientos que legitiman la sentencia a dictar por el tribunal constitucional.

> Para Bidart Campos, no interesa la jerarquía infraconstitucional, supraconstitucional o equivalente a la de la Constitución que pueden tener estos bloques, siempre que su elaboración e integración tengan como base y como fin, utilizarlos como parámetro para realizar el control de constitucionalidad; es decir, como herramienta para interpretar, aplicar o desaplicar -"desde la Constitución"- las normas infraconstitucionales.

14.2 Las sentencias del Tribunal Constitucional

Los pronunciamientos de los tribunales constitucionales tienen una naturaleza jurídica distinta de las sentencias definitivas que dictan las magistraturas comunes. Al tener como materia casos de interpretación constitucional, los efectos de sus decisiones tienen un valor diferente porque se proyectan sobre la legislación imponiendo o no la legitimidad de una norma.

De todos modos, no se puede confundir el carácter de la sentencia constitucional, con el acto específico que culmina el proceso. Desde este punto de vista, la resolución judicial no elude las condiciones intrínsecas y extrínsecas que dan validez a una sentencia ordinaria.

También, poniendo la mira en otra dirección, podemos advertir un nuevo aspecto en este modelo de providencias, que proviene del hecho que, indefectiblemente, estas sentencias son decisiones políticas.

> Bien aclara Fernández Segado que la sentencia constitucional tiene carácter político, por ser un acto de un poder en dialéctica con los demás poderes del Estado. Precisamente en España las sentencias del Tribunal Constitucional tienen tanta trascendencia que se publican en el "Boletín Oficial del Estado" con cada uno de los votos particulares. Por ello, sostiene el profesor de Santiago de Compostela, que "la sentencia constitucional es a la vez realidad política y realidad jurídica fundidas en unidad de acto. Sin lugar a dudas, ese es su riesgo y quizá también su riqueza y su virtud".

Este es el nudo gordiano a desatar, porqué la crítica principal que le asientan a las sentencias emitidas por los tribunales constitucionales proviene del sentido político que ellas pueden tener.

> Carl Schmitt sostuvo que darle una expansión de semejante naturaleza a los jueces convertía a los tribunales en instancias políticas despojándoles su sentido jurisdiccional. A su entender ningún Tribunal especializado llega a conocer de verdaderos conflictos constitucionales, ni existe un proceso auténtico sea como criterio técnico o procesal:"las partes en conflicto deben estar en una cierta relación a la Constitución del que resulte su papel de partes en función de su legitimación activa y pasiva. Esta situación sólo podría darse cuando la Constitución fuese considerada como un contrato...Pero la Constitución no es un contrato".
>
> Destaca también cómo se desnaturaliza la función judicial al convertirla, prácticamente, en un órgano legisferante, puesto que en definitiva de lo que se trata es de fijar de manera determinante el contenido de una ley. Las agudas observaciones de Schmitt no perdieron de vista el famoso "veto judicial" que a través de los tribunales constitucionales se lograba, llegando a cimentarse el no menos polémico gobierno de los jueces.
>
> La composición de los Tribunales representa una variante del problema, pues la adhesión -hipotética- a cierta línea de pensamiento

(político) puede ocasionar condicionamientos o fidelidades; las que por esa maleable situación pueden arrojar decisiones vacilantes perjudicando la seguridad jurídica ante una jurisprudencia inconsistente.

Algunos críticos indican que los Tribunales Constitucionales reconocen que las Cortes Supremas poseen ciertas funciones de carácter político, pero político en el sentido de que ellas están a la cabeza de una de las funciones del poder estatal. Por tanto y, en consecuencia, no puede sustraerse a la decisión de asuntos políticos de gran trascendencia.

14.3 La cosa juzgada

Los efectos que consiguen las sentencias de los tribunales constitucionales difieren sensiblemente de los modelos difusos. Mientras los primeros abrogan la ley inconstitucional, los otros sólo la inaplican al caso concreto donde resuelven.

Por esta característica, el alcance "para todos" (*erga omnes)* del método concentrado reporta claras ventajas sobre el modelo americano, aunque no resulta muy claro si los efectos tienen alcances retroactivos, como ocurre en los Estados Unidos donde el simple hecho de la inconstitucionalidad es causa de nulidad absoluta, y por tanto, de ineficacia *ipso jure* de las leyes aun con anterioridad a que esta inconstitucionalidad sea declarada solemne y obligatoriamente por la sentencia de la corte competente.

15. El control en los sistemas políticos

Francia constituye el modelo por antonomasia del control político de constitucionalidad de las leyes. Se encuentra en sus textos fundamentales una arraigada tradición *antijudicialista* que llega a nuestros días pese a leves influencias del sistema jurisdiccional.

El Consejo Constitucional tiene varias atribuciones (competencias) además de la fiscalización normativa. Por ejemplo, la materia electoral, donde le está permitido disponer sobre la legalidad o ilegitimidad de un proceso electivo o de una convocatoria popular como es el referéndum.

La función específica tiene su punto de origen en los titulares de la impugnación, que son exclusivamente autoridades políticas.

Las cuestiones de legitimación eran al inicio muy pocas, porqué solamente activaban el reclamo de inconstitucionalidad: el presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea nacional y el presidente del Senado. La limitación del interés provocó muy pocos casos ante el Consejo Constitucional. En 1974 se otorgó a la minoría parlamentaria el derecho de impugnación, aumentando considerablemente las actuaciones.

El momento de la impugnación lo precisan los textos: la Constitución dispone que se sometan al Consejo Constitucional las leyes orgánicas y las leyes ordinarias "antes de su promulgación", y los tratados y compromisos internacionales antes de su ratificación o aprobación.

Los fallos del Consejo pueden ser por la anulación (es decir, por evitar la promulgación normativa), o por el rechazo, sea por

> inadmisibilidad del planteo o por conformidad con los preceptos constitucionales.
>
> Si bien, por vía de principio, no cabe la revisión *a posteriori,* sostiene Favoreau que existe una excepción en virtud del art. 37.2 de la Constitución, por el cual los textos de forma legislativa pueden ser deslegalizados total o parcialmente por el Consejo Constitucional...Así cuando por error la ley ha resuelto sobre una materia reglamentaria, el poder reglamentario puede intervenir en esta materia por decreto, a condición de haber comprobado primero el error cometido por el legislador. Este es el procedimiento llamado de deslegalización.

Por esta característica, el control político siempre es subjetivo (a diferencia del jurisdiccional que es objetivo). Obliga esta condición a fundamentar la fiscalización constitucional en razones que exceden el marco de lo jurídico, propiamente dicho, porqué se valoran otras cuestiones como la oportunidad o la conveniencia.

Bibliografía Capítulo III

Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1984.

Barra, Rodolfo C., *Caso Polino: La Corte ratifica su papel constitucional,* en Rev. El Derecho, 27/5/94.

Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad,* editorial Abaco, Buenos Aires, 1992.

Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1995. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1987.

Favoreau, Louis, *Los Tribunales Constitucionales,* editorial Ariel, Barcelona, 1994.

Fernández Segado, Francisco - García Belaúnde, Domingo, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* editorial Dykinson, Madrid, 1997.

Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España,* editorial Dykinson, Madrid, 1984.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* editorial Cívitas, Madrid, 1985.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías),* editorial UNAM, México, 1995. *La legitimación en el proceso civil,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1996.

Haro, Ricardo, *Las cuestiones políticas ¿prudencia o evasión judicial? (análisis en el derecho judicial argentino),* en *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio,* tomo I, editorial UNAM, México, 1988.

Jéze, Gastón, *Principios generales de derecho administrativo,* editorial Depalma, Buenos Aires, 1948.

López Guerra, Luis, *Protección de los derechos fundamentales,* en *Justicia Constitucional Comparada,* editorial UNAM, México, 1993.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución,* editorial Tecnos, Madrid, 1994.

Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale,* editorial Il Mulino, Milano, 1988.

CAPÍTULO IV. La magistratura constitucional

16. Jueces constitucionales

La decisiva influencia que tiene la Constitución austríaca de 1920 al constituir un modelo diferente para el control de la constitucionalidad de las leyes, refleja de alguna manera, el nacimiento de los tribunales constitucionales.

A lo largo del siglo, principalmente en Europa, el desarrollo de la jurisdicción concentrada es manifiesta, para encontrar a finales del milenio una nueva expresión en los órganos de justicia comunitaria que, por diferentes motivos, también suele llamárselos tribunales constitucionales (V.gr.: Tribunal de Justicia de Luxemburgo, Tribunal Europeo de Estrasburgo, entre otros).

Además, como la función específica de estos órganos institucionales consiste en preservar la supremacía de los derechos fundamentales, como lo hace también la justicia común del modelo americano, parece importante precisar la noción de "juez constitucional"

> La teoría de la justicia constitucional -afirma Favoreau- todavía es poco familiar a generaciones de juristas o políticos que, en Europa, siempre la han percibido como extraña a su cultura, tanto es así que, durante largo tiempo, el control de constitucionalidad de las leyes era en Derecho Público lo que el western y la comedia musical son para el cine, una especialidad americana.
>
> Los que, siguiendo a Mauro Cappelletti, llaman modelo europeo de justicia constitucional, no tienen en cuenta el fenómeno de la aparición de auténticos nuevos tribunales constitucionales, como son, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, u otros similares que surgen bien como jueces, bien como órganos políticos o constitucionales. Pero la complejidad de la noción en realidad se debe a que son, a la vez, jueces constitucionales y poderes constitucionales.

Si aceptamos sin debate la división de los modelos de control en sistemas jurisdiccionales y políticos, fácilmente encontraremos un "juez constitucional" cuando tenga jurisdicción, es decir, cuando su poder y autoridad provenga de la Constitución del Estado o la Comunidad.

En cambio, si queremos analizar la función, la cuestión se torna dudosa pues difieren los sistemas difusos respecto de los concentrados

> En nuestro libro "La Justicia Constitucional", refiriéndonos estrictamente al control de constitucionalidad, realizamos una confrontación de las funciones (ver págs. 69/94) con el fin de encontrar límites procesales y políticos en cada modelo. Allí decíamos que, mientras los jueces del control difuso operan sobre una sistemática predispuesta que les permite intervenir sólo a petición de parte y raras veces de oficio (aun cuando la doctrina mayoritaria reclama su procedencia), declarando no la inconstitucionalidad sino la aplicabilidad o inaplicabilidad de la norma; los tribunales constitucionales están condicionados con otros requisitos de admisibilidad formal, propio de quienes custodian preventivamente, y con un alcance mayor en los efectos de sus sentencias.

Se trata, nada más ni nada menos, que definir una cobertura común para el "juez o tribunal constitucional", siguiendo en cada caso las posibilidades que tiene en su obrar.

16.1 ¿Tienen jurisdicción?

El modelo clásico de la judicatura ha sido el del juez que aplica el derecho. Fue así en el derecho romano, como en el código Napoléon, que asentaron las características de la función jurisdiccional en la tradicional subsunción de los hechos en la norma.

Sobre estas líneas se trazaron los poderes de los jueces (conocer en la causa; emplazar a las partes para que se sometan al derecho; apercibirlos por la desobediencia eventual de los mandatos dictados en el curso del procedimiento; dictar sentencia o decir el derecho -iuris/dictio- y ejecutar la decisión por la fuerza si ella no era acatada inmediatamente).

Sin embargo, como estas actividades podían ser realizadas por otros que no eran jueces, *lato sensu,* comenzó a cuestionarse la identificación del poder real de la judicatura; la cual, en definitiva, quedó afirmada en la noción de "jurisdicción", es decir, en el poder-deber de resolver los conflictos suscitados entre individuos.

Los agregados de definitividad del pronunciamiento y posibilidad de imponer forzosamente la decisión, incorporaron matices diferenciales respecto a otras funciones de juzgar.

De todas maneras, la característica más importante que tiene el juez en la actualidad, consiste en su posibilidad de interpretar la ley.

> Aplicar a la ley un sentido determinado, obliga a dos lecturas: de un lado, "la interpretación de la norma procesal" que si bien asienta en los principios generales que desmenuzan la télesis de toda normativa, cuenta con particularidades que diseñan una metodología propia; por otro, "la interpretación judicial de las leyes", vale decir, la interpretación en el sentido más puro de adecuar la sensibilidad de las normas en el medio donde va a insertarse y en el cuadro coordinado de todo el ordenamiento jurídico.
>
> En suma, el derecho procesal constitucional cuenta en esta parcela de su disciplina con una de las cuestiones de mayor complejidad, porque se emplazan temas que fluctúan entre el dogma de la autoridad de la ley y el de la voluntad de los jueces; o sea entre la escuela del derecho como exigencia impuesta por el legislador en nombre del Estado y la escuela de derecho libre.
>
> El ejercicio de interpretar la Constitución o las normas, con el consiguiente estado de controlar y fiscalizar a los órganos que comparten la administración del Poder, tiene limitaciones. En primer lugar a los jueces se les prohibe efectuar declaraciones "in abstracto", pues lo contrario, supone superar la órbita de la función jurisdiccional para convertir a los jueces en revisores supremos de la validez de las normas creadas por el gobierno central o de las provincias federadas. Tales declaraciones serían, por lo demás, eminentemente teóricas y extrañas a la tarea de los magistrados.
>
> Asimismo, la función de los jueces es decidir aplicando el derecho en los casos concretos suscitados entre partes con intereses jurídicos contrapuestos, sin poder expedirse fuera del contexto que se limita.
>
> Otras restricciones se encuentran en la legitimación que debe acreditar quien activa la protección jurisdiccional contra el exceso legislativo; de modo que sólo actúa quien tenga un interés personal y directo, y un derecho vulnerado por la norma de impugna.
>
> El hecho individual y el "caso concreto" para ventilarlo, advienen así una suerte de cortapisas que imponen flexibilizarlos a la luz de la subjetivización y socialización de los problemas.
>
> Es evidente que si la norma es inconstitucional para uno, también lo es para otros, pues no se conciben sinrazones que determinen la inaplicabilidad.
>
> El derecho procesal, en este aspecto, debe superar su esquema premodelado en formulismos rígidos y estancos, como el "pedido de parte", "litisconsorcio" (para el proceso con pluralidad de partes) y la "cosa juzgada".

Aplicar la ley interpretando su alcance, sentido y adecuación a las normas fundamentales, supone aumentar los poderes de la jurisdicción. Es un fenómeno nuevo que obliga a despojarnos de ciertos resquemores como identificar por este rol al "juez-legislador" o al "juez-político".

La inflación legislativa que tiene el mundo, multiplica las relaciones jurídicas y combina actividades que dejan de resultar lineales para expresar diversas maneras de aplicación. Los ángulos de observación se amplían, ya no resulta posible decir que "dado A debe ser B", sencillamente, porque la norma permite contar más de una inteligencia. Por ejemplo, en los derechos del consumidor se pueden encontrar soluciones para el individuo consumista, para el grupo, el productor, el fabricante o el distribuidor, y cada uno puede resultar diferente. Esto justifica la labor judicial como tarea de adecuación y prudencia.

Sin embargo, la interpretación de la ley como actividad aislada de las demás funciones de juzgar, no califica al magistrado como "Juez constitucional". En definitiva, en cualquier proceso judicial se debe aplicar la Constitución. Por ello la distinción entre jueces ordinarios y jueces constitucionales no puede provenir de semejante criterio; existe algo más.

En los sistemas concentrados de tipo jurisdiccional no existe el problema de identificación: los tribunales constitucionales son naturalmente los fiscales de las normas fundamentales. No existe aquí dificultad para encontrar el órgano, aunque sí puede existir respecto a otro aspecto como es el interrogarse si esa función es típicamente jurisdiccional.

> Algunos juristas europeos -dice Favoreau- tienen grandes dificultades para admitir que una institución compuesta por jueces que no tienen la calidad de magistrados profesionales pueda ser una jurisdicción, sobre todo si se añade que autoridades políticas nombran a estos jueces según criterios que no son los del mérito o del ascenso...Respecto a los juristas norteamericanos, no les extrañará este modo de reclutamiento que se parece mucho al que se utiliza en Estados Unidos o en Canadá tanto para los tribunales federales inferiores como para los tribunales supremos. En cambio, los desorientará más el hecho de que se pueda, en numerosos casos, acudir al Tribunal Constitucional sin que sea satisfecha previamente la famosa condición de la existencia de un "case and controversy", es decir, sin que un litigio concreto haya nacido efectivamente y motive la intervención de la jurisdicción: el contencioso abstracto originado por un recurso directo contra una ley les parecerá incompatible con la noción de jurisdicción, cuando un jurista europeo verá en ello un paralelo con los recursos administrativos que existen desde hace mucho tiempo en diversos países.

En sentido opuesto, los modelos difusos no discuten la jurisdiccionalidad sino la identificación funcional. Esto es: saben que los jueces tienen que aplicar la norma y resolver el caso concreto; pero no esclarecen si ese mismo juez, al efectuar el control de constitucionalidad, asume funciones distintas o son las mismas pero con efectos u obligaciones diferentes.

Tomemos un ejemplo para poner en claro el problema: cuando se deduce una acción de amparo el juez se enfrente a dos situaciones: de un lado, el derecho constitucional que alega una persona o grupo para denunciar la amenaza o la violación y que él debe tutelar como función primera de su magisterio; por otro, el amparo-proceso que, por su actuales restricciones, le permitirá rechazarlo sin demasiados esfuerzos utilizando solamente argumentos formales.

Ambas circunstancias ponen en tela de juicio la función de juzgar. O prefiere la aplicación mecánica de los preceptos rituales inutilizando su función constitucional; o preferencia ésta resolviendo la crisis constitucional superando los escollos de la solemnidad procesal.

> Con la mirada en la eficacia del amparo, 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".
>
> 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 aun 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 amparo, solicitará su utilización por el juez interviniente, y éste lo aceptará o no. Y podrá hacerlo de oficio, obviamente".
>
> Nosotros creemos que el amparo constitucional es un derecho directamente operativo 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 ser frustrados o postergados por cuestiones formales, bastando, en consecuencia la elección del amparo para que el Juez disponga sobre la eficacia del medio para resolver ante la desposesión o reclamación de un derecho constitucional

En otros términos, cuando la Constitución instituye formalmente un mecanismo de control, el poder delegado en los jueces para asegurar al principio de la supremacía queda asegurado y la actividad encaminada a ese rol no es una exorbitancia ni una invasión en el ámbito de los demás poderes.

No puede objetarse en el mecanismo difuso la característica, mucho menos si se tiene en cuenta que la supremacía se restaura o resguarda en base a una declaración que no tiene efectos generales, mal que nos pese.

En suma, el juez tiene jurisdicción atribuida por la Constitución y por ella debe actuar siempre. Será un juez de la Constitución y para la Constitución.

16.2 ¿No invaden la tarea legislativa?

El primer obstáculo que suele encontrarse para impedir el control amplio de las normas consiste en señalar la invasión que realiza el juez constitucional en la dimensión de las facultades legislativas.

Al esquema consabido por el cual "las leyes solo se derogan por otras leyes", aparece un sistema distinto que tiene fuerza derogatoria y declara la inaplicación de dicha norma. No es fácil para el legislador tolerar esta inmiscusión; menos aun cuando la ley resulta tachada por inconstitucional.

Otra cuestión que se destaca es la metodología que aplica este tipo jurisdiccional, pues se despoja del análisis de los hechos sobre los cuales toda sentencia funda sus decisiones, para tornar el estudio a un problema de

naturaleza bien diferente, como es el contenido de una norma jurídica, circunstancia que obra trascendente al mudar el sentido del pronunciamiento judicial.

Estas críticas abundan confrontando el paralelo de funciones jurisdiccionales ordinarias y constitucionales; pero no son únicas, ni el frente de ataque esta parcializado en estos aspectos.

> García de Enterría entiende que esa crítica radicalista pone la decisión creadora no en la dictadura del Ejecutivo, sino en la Asamblea o en el partido; nada parece posible situar por encima de esa instancia suprema y, por supuesto, nada que pueda intentar legitimarse en un pretendido proceso neutral aplicativo de la Constitución, entendida como norma jurídica abstracta e intemporal. Si, al cabo de muchas vueltas dialécticas, concluíamos que la crítica conservadora podrá calificarse como fascismo, ahora podemos anticipar que la crítica radical o de izquierda ha de calificarse de jacobinismo. El principio asambleario jacobino ha sostenido durante mucho tiempo la negación de la legitimidad de un Tribunal que pudiese anular por inconstitucionales los productos normativos de la Asamblea. Al hilo de este argumento, y de una esperanza en la conquista futura de esa arma revolucionaria absoluta, se han invocado argumentos accesorios: el Derecho es prevalentemente un instrumento de conservación y no de transformación; el Tribunal Constitucional se presenta, en nombre de una legitimidad superior, como un dique contra la mutación profunda que sólo las Cámaras pueden emprender; es un colegio aristocrático y frío opuesto a unas Cámaras pretendidamente irracionales, apasionadas, improvisadoras, en desprecio de la única legitimidad que una democracia tolera, la representación de la voluntad del pueblo.

Otros, por ejemplo, piensan que los jueces resultan co-legisladores porque participan indirectamente del proceso de vigencia legislativa, aun con la particularidad de que su función es puramente negativa, en el sentido de que ello se visualiza cuando abrogan la ley o la inutilizan para un caso concreto.

Sin embargo, toda la polémica es estéril en la medida que tiende a preservar un ámbito de competencias que, en realidad, no se ve alterado.

En efecto, cuando el juez o el tribunal constitucional observa la constitucionalidad de las leyes, en los hechos controla la actividad legislativa y pone el equilibrio necesario entre las fuerzas del poder. Cuando señala la inadecuación con el principio de la supremacía constitucional sólo actúa un poder emanado de la Norma Fundamental y marca al legislador un exceso o un déficit en sus competencias.

Tanta importancia tiene esta función que se ha declarado en la nueva Alemania lo siguiente:

No es concebible una Ley Fundamental en la que desapareciese el Tribunal Constitucional, con sus amplias competencias, sin que aquélla sufriera una reforma en su esencia. El Tribunal Constitucional se ha evidenciado como el más importante garante del respeto por el resto de los órganos estatales al derecho constitucional. La consiguiente contención de poder político en beneficio de la normatividad de la Constitución ha hecho arraigar el importante significado de la Ley Fundamental en la conciencia social y ha contribuido considerablemente en la consolidación del nuevo orden político.

Es evidente que tanto los jueces como los tribunales constitucionales no ejercen funciones legislativas; tan solo resultan guardianes de las reglas fundamentales que rigen la vida en sociedad. Lo que significa proteger al ordenamiento superior de una nación para darle una cobertura de acatamiento estricto y eficacia plena a sus disposiciones.

Esta función esencial no puede confundirse con la actividad procesal que deben desenvolver. En este caso, la especialidad del tribunal constitucional difiere de los procedimientos donde actúa el juez constitucional del sistema difuso, sin que las diferencias le cambien objetividad a sus respectivos pronunciamientos.

16.3 ¿Se reconocen por la materia o por sus poderes?

Varios son los problemas que encuentra el juez constitucional para determinar la naturaleza de sus funciones. Debe resolver las características del proceso que desarrolla, así como los alcances de la sentencia y su potencial ejecución forzada.

Como se aprecia, son tantas las cuestiones que resulta muy difícil generalizar un concepto que atrape tanto la actividad del juez de uno como otro sistema de control de constitucionalidad.

Ocurre que en esta materia existen dos obligaciones implícitas en la misión de cualquier magistrado. De un lado debe hacerse "justicia" a la sociedad dando a cada uno los derechos que tiene y consolidando en los fundamentos de las sentencias el valor de los derechos fundamentales. En otro aspecto, el Juez no puede eludir su compromiso con los presupuestos de toda organización procesal como son los límites impuestos por la demanda y la pretensión, es decir, que por vía de principio, la tutela judicial queda circunscripta a la congruencia con lo que se pide y reclama.

De esta manera, el quid a responder se encuentra en la definición precisa para el "juez constitucional". O se advierte esta función en las materias que resuelve; o se prefiere caracterizar por vía de las potestades el carácter de su magisterio.

> Cappelletti sostiene que cualquiera sea el resultado de la indagación sobre la naturaleza de la justicia constitucional, ello no puede influir de modo alguno en la búsqueda o investigación sobre la actividad y los poderes del juez, dado que el ámbito de estos pueden y deben estudiarse no ya en relación con la denominada naturaleza jurisdiccional, sino en relación con lo que efectivamente indicará su verdadera esencia, su razón de ser; o sea en relación con sus propios fines, como resultan en base a la voluntad positiva constitucional.

Si pensáramos que la justicia constitucional es aquella que realiza la fiscalización del principio de supremacía que contienen las leyes fundamentales de un Estado, debiéramos colegir que sólo puede individualizarse esta actividad particular en las jurisdicciones de tipo concentrado, en la medida que la difusa requiere de una petición expresa de las partes para actuar esa modalidad del control.

Sin embargo esta afirmación es incorrecta, pues también el Juez americano resuelve sobre un dato puntual y específico de su misión: proteger

la supremacía es asegurar el principio de la voluntad constitucional, aun sin que las partes lo pidan.

Esta es una de las actividades más controvertidas dentro de la problemática general del control. Sobre él radican las mayores diferencias y es donde se polarizan las ideas que, sintéticamente, trataremos de resumir. Los principales elementos que fundamentan el control de oficio son los siguientes:

1. El deber de los tribunales de declarar la inconstitucionalidad de las leyes nacionales, obedece no sólo a la unidad del sistema jurídico sino también a lo establecido en el art. 75, inc. 12 y su recepción en el art. 116 de la Constitución Nacional.

2. Dentro del contorno de las concretas acciones deducidas y de los concretos hechos invocados, el juzgador debe aplicar el derecho que corresponda, sin que pueda ser excluido del concepto de derecho precisamente la Constitución Nacional, cuya debida aplicación no puede quedar sujeta a las argumentaciones de las partes sobre cuales son las normas vinculadas al caso.

3. La declaración de inconstitucionalidad sin invocación de parte no sólo no constituye un desborde del Poder Judicial sino que, por el contrario, hace a su razón de ser, en cuanto una de sus misiones específicas es la de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas en su aplicación al caso concreto.

4. Si el derecho es un sistema en que las normas de menor jerarquía se nutren de las superiores, no se advierte cómo podría practicarse un corte horizontal del ordenamiento inmediatamente por debajo de la Constitución, de modo que, ante el silencio de las partes, los jueces resulten aplicando el derecho de menor nivel e ignorando la mayor jerarquía.

5. Así como la regla *iura novit curia* obsta a que en dos casos iguales se apliquen normas distintas, de igual modo se impide a través del control que en un caso se desplace la norma inconstitucional que fue opuesta por la parte respecto de un caso idéntico donde no existe tal introducción.

6. Condicionar al pedido de las partes la potestad de los órganos judiciales para declarar la inconstitucionalidad de las normas legales, pugna con el texto expreso del art. 31 de la Constitución Nacional, que impone la conformidad con el ordenamiento y no sólo con las normas particulares.

7. Cuando el juez declara inconstitucional una norma sin previo planteo de parte, no sentencia *extra petita*, ya que se atiene a las acciones deducidas y a los hechos invocados, condicionando el derecho aplicable a que resulte legitimado por la Constitución, desde que, con la salvedad apuntada respecto de la "casación", el derecho -Constitución inclusive- no es una cuestión que pueda no ser sometida a juzgamiento no transgrediéndose el derecho de defensa pues la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas no es imprevisible y no requiere debate previo.

8. Cuando se declara la inconstitucionalidad de una norma sin previa argumentación de parte no se omite aplicar derecho vigente, pues su circunscripto desplazamiento en un litigio concreto obedece a que es repugnante a la Constitución y -cabe recordarlo- la Constitución es también derecho vigente y el de mayor jerarquía.

9. Dado que la influencia de la Constitución sobre las normas inferiores es vertical y aun cuando a la casación deben traerse normas precisas, la obvia restricción de la regla *iura novit curia* en

> sede extraordinaria no es invocable contra la necesaria constitucionalidad de los preceptos legales que se someten a consideración de los jueces.
>
> **10.** Dentro de los límites en que se haya trabado la litis la jurisdicción tiene la obligación jurídica de declarar la inconstitucionalidad de las normas incompatibles con la Norma Fundamental, aunque las partes no lo hubieren solicitado expresamente; declaración que, naturalmente, producirá efectos en el caso concreto.
>
> **11.** La Constitución Nacional encabeza el sistema jurídico desde dentro y no desde fuera del mismo; en consecuencia, la sentencia judicial debe asegurar el imperio de la Carta Superior independientemente de la voluntad de las partes, sin perjuicio de las renuncias y demás comportamientos de los litigantes que, a su vez, tengan suficiente apoyo en la propia Constitución.
>
> **12.** La doctrina que considera que los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de las normas legales si no media petición de parte, no sólo carece de apoyo en la Constitución, sino que tampoco lo tiene en normas procesales en las que, por el contrario, sustentan la tesis de la preeminencia de la Norma Fundamental, habida cuenta lo dispuesto en los arts. 34 incs. 4º y 163 inciso 6º del Código Procesal.

Por ello, persistir en las diferencias estudiando las modalidades de cada sistema de control de constitucionalidad parece hoy una superficialidad; mucho más si se advierte como ambos modelos se van aproximando a partir de tomar lo mejor del otro evitando las propias dificultades.

Desde este punto podemos ensayar una explicación común para los poderes del Juez constitucional.

> Sostiene Rubio Llorente que es mejor estudiar antes que los métodos de la jurisdicción constitucional, el *telos* específico de cada uno de ellos: porque ese es el centro principal; mientras uno se propone asegurar la constitucionalidad de la ley, el otro persigue garantizar la vigencia de los derechos. Es obvio, entonces, que hay una correspondencia entre estos dos modelos y los dos conceptos sustanciales o materiales de la jurisdicción constitucional, pero también resulta clara la diferencia de construcciones. Es innegable que en el modelo de jurisdicción centrado en el control de constitucionalidad de la ley, la jurisdicción constitucional sirve también de instrumento para asegurar los derechos. Pero esta no es su única utilidad y ni siquiera la principal. El control de constitucionalidad de las leyes protege directamente la división constitucional de los poderes, pero el aseguramiento de los derechos se hace sólo a través de la ley, que sigue siendo considerada en consecuencia la garantía real de los derechos y en cierto modo su fuente real, puesto que frente a ella nada pueden ni el ciudadano ni el juez. En el otro modelo, el que se articula en función de los derechos, por el contrario, éstos dimanan a todos los efectos directamente de la Constitución, tanto para el ciudadano como para el juez y el control de constitucionalidad de la ley es un medio entre otros, aunque el más importante para garantizar su disfrute.

La fusión o identificación de facultades o potestades (de acuerdo como se analice la cuestión) puede encontrarse en la actividad misma puesta al servicio de la supremacía constitucional.

No se trata, claro está, de auspiciar una actuación extralimitada por la cual el juez constitucional pudiera convertirse en un legislador de tipo negativo,

como suele denominarlo buena parte de la doctrina especializada (porque al inaplicar o derogar la ley su función en esencialmente negativa), sino de razonar su intervención sobre el marco de principios procesales no tan rígidos como los que caracterizan un proceso común (V.gr.: bilateralidad, contradicción, carga de la prueba, demostración del derecho subjetivo, principio de congruencia entre lo pedido y lo fallado, etc.) de forma tal que pueda estudiar sin vallas formales el encuadre constitucional de las normas denunciadas o involucradas en la solución de la causa.

En este sentido, un juez constitucional cuando interpreta la norma o el ordenamiento fundamental de un Estado debe tener en cuenta la particularidad de sus sistemas y actuar con cierta discrecionalidad técnica -como dice Cappelletti- en la complementación de conceptos que no estén arraigados o aparezcan aun indefinidos.

Tomemos por ejemplo el caso argentino de los derechos o garantías constitucionales establecidos en el art. 43 de la constitución que no tienen -¿lo necesitan?- actual reglamentación. ¿Podría el juez cancelar la vía judicial del amparo utilizando leyes procesales anteriores que se oponen reglamentariamente a las libertades creadas por el constituyente de 1994?. La idea es que el juez constitucional actúe sobre las libertades antes que utilizar las solemnidades del procedimiento. Por eso es más importante la "actuación constitucional" que la potestad constitucional. Es un problema de valores ensayados o postergados, según el juez decida.

> Decía Cappelletti que, de aceptarse el significado trascendente de la figura del juez constitucional, era obligación de éste asumir que, antes que su razón de ser, lo prioritario era la función a desempeñar; que su misión debía asimilarse a la de un juez ordinario pero con obligaciones ampliadas al tener que colmar las lagunas de la ley, interpretar y concretar los preceptos fundamentales, darle un sentido de "interpretación creadora" inspirada en los fines y valores constitucionales, y sean cuales fueren las respuestas a las cuestiones todavía no resueltas, si de tal modo el juez constitucional, en el cumplimiento del cometido para el cual fue creado, debe ejercer poderes correctamente definibles como "discrecionales" y dictar providencias de naturaleza dispositiva, y si su actividad puede continuar considerándose como "judicial" o bien "de política activa"; ellas dejarán de cualquier modo prejuzgados los datos expuestos anteriormente, dado que no se puede, en sentido contrario, invocar el pretendido principio del "equilibrio de los poderes".

17. Ventajas de los Tribunales Constitucionales. (*Addenda*)

> *Las bondades que muestra la jurisdicción concentrada son elocuentes y quedan de manifiesto en el progreso mismo que el modelo tuvo en ambos continentes.*
>
> *Lo curioso es que mientras el sistema americano torna hacia la constitución de tribunales constitucionales (V.gr. Guatemala, Peru, Costa Rica, entre otros), en Europa el procedimiento ante las Cortes especializadas reforma su metodología sobre la base de numerosas características del método difuso (V.gr. necesidad del caso; reducción de cuestiones constitucionales, etc.).*

Los argumentos que corroboran la creación de Tribunales Constitucionales reconocen múltiples expresiones que, por simpleza en la presentación, hemos de enumerar a continuación.

Explicación reiterada es la proveniente de la efectiva separación de poderes que a través de estas magistraturas se consigue. Se protege el estado de derecho, evitando la autolimitación que evidencia la justicia ordinaria (del sistema difuso), quizá temerosa de ocupar espacios sin expresa asignación.

La tolerancia que exponen algunos fallos continentales de ciertas cortes nacionales ejemplifican la verdad de lo dicho (V.gr. En Chile, la Corte convalidó el golpe militar que derrocó a Salvador Allende; en Argentina, se convalidó sucesiva y reiteradamente la vulneración del derecho de propiedad a través de distintas decisiones de política económica; en Perú, se dijo constitucional varias disposiciones de gobierno francamente contrarias al espíritu orientador de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc.).

La puntualidad de funciones que tienen los Tribunales Constitucionales permite concretar la primacía de las normas constitutivas del Estado, además de fomentar su correcta aplicación y generar un desarrollo jurisprudencial.

Este signo específico de capacidades y aptitudes admite resolver numerosas cuestiones acerca de la efectiva protección de los derechos fundamentales.

Las materias de orden constitucional son a la vez jurídicas y políticas, circunstancia que alerta en la disposición como ambas se consideren.

Sin embargo, la experiencia demuestra que la integración de los cuerpos de justicia consigue equilibrar la crítica y el control, sobre el terreno estricto de la discusión científica y el rol político que tiene.

Que desenvuelvan cuestiones políticas y que asuman los tribunales esa función, no debe asustar ni favorecer temores. Es más, debe contemplarse la conveniencia de que así sea.

En los hechos, el concepto de política se ha tergiversado y confundido con luchas electorales y partidistas, pero no existe duda de que todo juez que decide sobre la constitucionalidad de las leyes, aun cuando se trate de un juez ordinario y lo haga respecto de un caso concreto, realiza una actividad al mismo tiempo jurisdiccional y política, entendida esta última como la interpretación y aplicación de los valores supremos contenidos en la Carta Constitucional.

Esta actividad política de las magistraturas constitucionales resuelve un problema técnico judicial que opera sobre la supremacía fundamental, a diferencia de la política activa que se desarrolla sobre el principio de la discrecionalidad administrativa.

Esta variable fue bien apuntada en el famoso asunto "Baker vs. Carr", cuando la Corte Suprema federal de los Estados Unidos de América, al resolver en problemas de naturaleza electoral, divide las aguas especificando el contenido técnico de la justicia constitucional.

> *Señala Fix Zamudio que "esta creciente intervención de los jueces constitucionales en actividades anteriormente reservadas exclusivamente a los otros órganos del poder, no*

sólo no ha resultado perjudicial para la marcha armónica de los poderes públicos, sino inclusive necesaria, debido a la complejidad, suprema abstracción y orientaciones axiológicas de las disposiciones constitucionales".

Desde esta perspectiva surge otro validante, afincado en la promesa de "generalizar" los resultados evitando la injusticia del "caso concreto".

Ya mencionamos como se ha transformado el sentido fundamental del concepto de Ley y Derecho, donde la abstracción y generalidad de la primera se ha difuminado respecto a la aplicación e interpretación corriente de la segunda.

En efecto, las crecientes necesidades de justicia social sobrecargan la tensión y responsabilidad de los organismos elegidos por el voto directo, circunstancia que compromete su actuación a través de leyes que son frutos de la promesa efectuada, más que de la necesidad de organización y pacificación de la sociedad.

La tesis de que los jueces debían "aplicar" la ley sin interpretarla ha sido un error en la doctrina de la división de poderes.

Quizá la confusión provenga desde la desconfianza nacida en la revolución francesa, recordando la frase que aleccionaba que "si los jueces intentasen ir más allá de la esfera de sus atribuciones invadirían las de otro poder público".

De todos modos, "Marbury vs. Madison", provocó un giro trascendente abriendo senderos opuestos en los sistemas para el control de la constitucionalidad de las leyes.

En definitiva, en los países latinoamericanos la influencia decisiva en materia de poder judicial ha estado históricamente dada por la tradición continental europea. Como en tantas otras materias, jurídicas o no, hemos acabado por deformar tales tradiciones. Así, en muchas naciones de esta región se ha petrificado el sentido de la función judicial, adquiriendo un notorio tinte formalista, que en definitiva significa falta de independencia judicial y desprotección para los derechos humanos. Siempre con el ejemplo de la revisión judicial, uno se encuentra con que en muchos países latinoamericanos esta facultad hubo de ser introducida por la vía de una reforma constitucional y que luego los tribunales han hecho un uso muy escaso y poco significativo de atribución tan importante..

Esa zona de reserva que crea la ilusión judicial a partir del abstencionismo, en realidad provoca el desequilibrio en los pesos y contrapesos del Poder.

Por tanto, la dinámica de actuación propia de los tribunales especializados contrae la ventaja de actuar "para todos" y no "para el interés singular" de los litigantes; de igual manera, la decisión "hacia todos" y no "para uno", favorece la generalidad que la Ley pensó cuando fue dictada.

Bibliografía Capítulo IV

Cappelletti, Mauro, *La Justicia Constitucional (Estudios de derecho comparado),* editorial UNAM, México, 1987.

Favoreau, Louis, *Los Tribunales Constitucionales,* editorial Ariel, Barcelona, 1994. *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica (*ver Fernández Segado-García Belaúnde)

Fernández Segado, Francisco - García Belaúnde, Domingo, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* editorial Dykinson, Madrid, 1997.

Fix Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo,* editorial UNAM, México, 1993.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* editorial Cívitas, Madrid, 1985.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo,* editorial Depalma, Buenos Aires, 1995. También, segunda edición de la obra, 1998.

Loewenstein, Karl, *La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos,* en Revista de Estudios Políticos, enero/febrero, 1994, págs. 5/39.

Morello, Augusto Mario, *Posibilidades y limitaciones del amparo,* en *Estudios de Derecho Procesal,* tomo I, editorial Abeledo Perrot-Platense, Buenos Aires, 1998.

Quiroga Lavié, Humberto, *Actualidad en la jurisprudencia sobre amparo,* en Rev. La Ley, 1996-E, págs. 1057 y ss.

Rubio Llorente, Francisco - Jimenez Campo, Javier, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

CAPÍTULO V. Las Garantías

18. Concepto

La voz garantía proviene del término anglosajón "*warranty*" que significa asegurar, proteger, defender o salvaguardar (*"to warrant"*) un derecho. De este modo, el concepto se puede interpretar como un respaldo a los derechos patrimoniales o bien, capturar la idea genérica que todos los derechos deben ser garantizados.

Es, acaso, la intención que transmite el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando establece que "toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada...no tiene Constitución".

Al mismo tiempo, el concepto supone una actividad precisa para dar respaldo a los derechos de las personas, de modo tal que las garantías quedan asimiladas a procedimientos específicos que tienden a esos fines.

Sin embargo, esta es una evolución significativa de la idea, pues en sus orígenes se habla de garantías como un sinónimo de derechos del hombre. Criterio manifiesto en numerosas constituciones que en la parte dogmática de sus disposiciones determinan los "derechos, deberes y garantías".

> Carl Schmitt utilizó, en cambio, la denominación de "garantías institucionales, para referirse a cierto sector de normas de las cartas fundamentales que, sin vincularse directamente a los derechos individuales, merecen una estima superior por sus finalidades políticas o sociales, elevándolas a la categoría de preceptos de esencia (supremos) sustrayéndolos de la posible interpretación cambiante del legislador ordinario.
>
> También Jellinek sostuvo que las garantías constitucionales son tanto los mecanismos internos de defensa como los mismos derechos tutelados, es decir, que iguala genéricamente "la defensa de la Constitución" con las garantías, propiamente dichas. Para este autor, existen tres categorías de "garantías de derecho público": sociales, políticas y jurídicas; y las concibe como los medios establecidos por el constituyente para preservar el ordenamiento fundamental del Estado, y sólo cuando se refiere a las carácter jurídico comprende a las verdaderas garantías, en cuanto expresa que la extensión de la jurisdicción al campo del derecho público se ha de considerar como uno de los progresos más importantes de la construcción del Estado moderno en el curso del siglo XIX, y agrega que aun cuando en su época se utilizaba para la protección del derecho objetivo, era eficaz, sobre todo, como "garantías" de los derechos públicos subjetivos de los individuos y de las asociaciones.

En definitiva, las garantías son también derechos fundamentales que quedan insertos en los llamados "principios de reserva" por los cuales los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

De este modo, se asegura el respeto y cumplimiento de los derechos, evitando que aparezcan como una declamación abstracta que no tiene posibilidades reales de consagración efectiva.

En esta medida, las garantías son derechos procesales, porque admiten procedimientos específicos que salvaguardan los derechos reconocidos.

> Por eso Fix Zamudio dice que son instituciones adjetivas o procesales y no de carácter sustantivo, ya que están conformadas para señalar el procedimiento que debe seguir el órgano de control constitucional para reprimir las violaciones a la ley suprema y reintegrar el orden fundamental infringido.

19. Las modalidades de las garantías

Sobre la base de considerar a las garantías como remedios diversos para la protección de los derechos, existen modalidades que se distinguen por el objeto al que sirven.

Fix Zamudio los clasifica de la siguiente forma:

a) *Remedios procesales indirectos,* que son las formas habituales de protección de todos los derechos, pero que indirectamente sirven para amparar a los derechos fundamentales (por ejemplo: el proceso judicial).

b) *Remedios procesales complementarios,* que se constituyen como herramientas sancionatorias para ciertas violaciones a derechos del hombre (V.gr.: juicio político).

c) *Remedios procesales específicos,* que se configuran para una intervención inmediata y precisa que tutele los derechos amenazados o

violentados (son los llamados procesos constitucionales, como el hábeas corpus, hábeas data, o el amparo).

> El sistema conserva la estructura que explica Cappelletti al decir que la defensa constitucional implica un concepto genérico de salvaguardia de las disposiciones fundamentales, que abarca no sólo el aspecto que podemos denominar patológico de la Constitución, sino también su carácter fisiológico, que comprende sistemas políticos, económicos, jurídicos y sociales destinados a la protección de las normas constitucionales. En tal virtud, dentro de ese género, debemos distinguir por un lado, la protección de la ley suprema, que se refiere a los métodos establecidos para preservar las normas fundamentales y mantener su vigencia, por lo que tiene un carácter eminentemente preventivo o preservativo; y por el otro, las garantías, que constituyen los remedios de índole procesal, destinados a reintegrar los conceptos constitucionales desconocidos, violados o inciertos, por lo que son de índole restitutoria o reparadora.

De todos modos, conviene recordar que así como las "declaraciones" no agotan la serie de derechos fundamentales, tampoco las "garantías" se limitan a las establecidas ni excluyen la existencia de otros remedios procesales (v.gr.: recursos extraordinarios, revisión jurisdiccional de actos administrativos, etc.).

> Morello afirma que la noción de garantías maneja un vocabulario *común* de comprensión general: protección efectiva, medio, remedio, instrumento de tutela, herramienta con la que se ejerce una acción o protección mediante la cual se defienden, hacen efectivos o se realizan los derechos. Defensa, técnicas e institutos jurídicos que primeramente fueron pensados para ejercerse contra o frente a las autoridades (el Estado), los individuos y los grupos sociales, pero que se ha extendido para hacerlos necesariamente oponibles respecto de los grupos económicos o poderes de hecho, de tan subida y poderosa presencia en el capitalismo maduro de mercado.

20. Clasificación de las garantías

Las garantías tienen distintas posibilidades de atención. O se estudian como derechos subjetivos (garantías en particular), o como derechos colectivos (garantías colectivas), o bien como instrumentos de tutela (garantías procesales).

> Aun así puede compartirse con Morello que, las dudas de la ambivalencia derecho/garantía y viceversa es sólo una licencia de refuerzo, una extensión impuesta por la inescindible interrelación que en la evolución de sus concepciones nunca se supone la existencia de un derecho *sin la correlativa garantía que lo asegura*. Como, inversamente, tampoco una garantía que, en solitario espacio teórico, se desplace sin referencia a los derechos sustanciales (personalísimos, fundamentales de la persona, publicísticos, o de cualquier otro carácter).

Estos tres caminos en la consideración de las "garantías", son asimismo, interactuantes, en la medida que funcionan en completa armonía; ya sea en la preservación del reducto inalienable del hombre como persona humana; en la vigencia efectiva de una sociedad estable que reclama el principio de seguridad jurídica; o, en su caso, para saber que aquellas cuentan con un mecanismo de actuación inmediato, libre y sin restricciones que hacen a las "garantías procesales".

Respectivamente, son las garantías individuales (o de la libertad); garantías colectivas (o del orden social y jurídico); y las garantías de procedimientos.

A su vez, analizadas por separado, comprueban problemas singulares pero soluciones convergentes, dando por supuesto que cualquiera sea la adscripción que tenga el intérprete respecto al significado y alcance que percibe de la noción de "garantías", no puede eludir su directa, inmediata y necesaria aplicación con la persona a quien se dirige. De suyo, esta existencia precede a la formación del conjunto social, siendo ese el momento cuando las garantías se desprenden del sentido aislado e individual para resolver cuestiones colectivas.

Precisamente, la dinámica de las relaciones individuales y sociales protagonizan el marco donde ha de suscitarse la vida de las "garantías".

En síntesis, el triple campo operacional de las "garantías" no significa establecer compartimientos estancos e infranqueables, todo lo contrario. Pero, tanto las garantías individuales, como las colectivas y las procesales tienen prolegómenos particulares que han de resolver para dar efectividad y equilibrio a la actuación conjunta.

> No obstante es importante recordar que las garantías constitucionales tienen otras características: a) son *unilaterales*, por cuanto están exclusivamente a cargo del poder público, a través de sus distintos órganos y dependencias que desarrollan las funciones de gobierno; son éstos los que deben responder por la efectividad y, por tanto, son los únicos obligados por su condición de sujetos pasivos de las garantías; b) son *irrenunciables*, en la medida que nadie puede renunciar el derecho a disfrutarlas; c) son *permanentes* como atributo implícito del derecho protegido, pues mientras el derecho exista cuanta con la garantía que lo respalda en su eficacia; d) son *generales,* porque proteger a todo ser humano; y e) son *supremas*, porque las instituye una Norma Constitucional y las privilegian todos los instrumentos internacionales y supranacionales sobre derechos humanos.

20.1. Las garantías individuales

Nuestra Constitución Nacional no clasifica las garantías, solamente las presenta en el enunciado dogmático al señalar el capítulo general de los "derechos, deberes y garantías", y de los "nuevos derechos y garantías".

La enunciación hace al reconocimiento expreso y a la operatividad inmediata de cada uno de ellos; pero, al mismo tiempo, dificulta conocer -si fuera necesario- una escala jerárquica de esos valores reconocidos.

Es verdad que el estudio cuidadoso demuestra que se trata de respetar una secuencia que nace en la afirmación, continúa con el ejercicio, y se reasegura con los reclamos o la protección jurídica.

> El punto de partida, por lo general, es la libertad, y es ello lógico, pues como lo apunta Castro:...si el Derecho no partiera de que el hombre es libre, no podría sancionar los actos humanos que contradicen las normas jurídicas, pues sin libertad no hay responsabilidad, y sin ésta no se justifica la coacción pública que sanciona por el incumplimiento de la norma.

También es razonable pensar que la mención de "garantías" en un capítulo común no supone restringir el alcance de cada una, pues la noción es amplia al referirse de modo complementario a la unidad constitucional del ordenamiento fundamental, donde cada precepto se nutre y completa de otro.

La dificultad se presenta cuando se trata de establecer el alcance que tiene la expresión "garantía individual", porque a veces ellas se discriminan minuciosamente y, en otras, se introducen como verdaderos derechos individuales que se confunden con los derechos subjetivos públicos, con los deberes de abstención del Estado, con las garantías procesales de tutela, o también, con los derechos humanos.

> En efecto, la noción de "garantía" entendida ampliamente, pareciera simplificarse con el reaseguro que tiene la sociedad sobre ciertos derechos inalienables e imprescriptibles que pertenecen a todos sin posibilidad de renuncia o violación. Como tales surgirían de una relación entre gobierno y sociedad, donde los primeros actúan la voluntad del pueblo a través del ejercicio soberano de la representación democrática, y los restantes resuelven la vida social desarrollando fines y personalidades específicas.
>
> Esa vinculación tiene un déficit acuciante, pues la sola mención de potestades absolutas del hombre que el Estado no puede superar sin violar los límites establecidos constitucionalmente, no sirven para "garantizar" el pleno cumplimiento de las prioridades fundamentales.
>
> La experiencia demuestra sin necesidad de mayores explicaciones el evidente valor declamativo que tienen los dogmas constitucionales cuando el juego de las garantías no funciona en sus tres dimensiones (individual, social y procesal).

Desde este punto de vista, nominar a las "garantías individuales" como potestades insuperables remonta al viejo esquema del "individualismo" que establece derechos a partir de sujetos obligados (personas físicas o morales) y Estados (gobiernos) responsables.

En otras palabras, la relación que puede derivar del vínculo derecho individual como "garantía" porta genéticamente la noción de derecho subjetivo (titularidad del derecho), ocasionando un sentido de pertenencia, diferenciado por la persona que lo posea y perdiendo la noción abstracta (por lo general del mandato) que es particular en el concepto de "garantías".

Otra consecuencia es que, asimilando la garantía con el derecho individual, se objetiva el alcance, pues sólo sería factible el reclamo cuando exista la posesión de ese derecho fundamental y el daño efectivamente sufrido.

20.2 El derecho subjetivo público y las garantías individuales

Las garantías tampoco son derechos subjetivos públicos, en la medida que en éstos se considera presente una relación obligacional prevista, donde uno exige el derecho que tiene y el otro responde con el deber que lo obliga.

Ni más ni menos, se trata de una proyección del derecho subjetivo privado (individualismo) ocasionando iguales complicaciones que la tesis en ella sostenida.

De todas formas no hay necesidad de buscar sinonimias o aproximados al concepto de "garantía", basta con resolver su dinámica en el entorno de situaciones concretas o abstractas donde se encuentra emplazada.

A tal efecto es inevitable advertir -y partir de esta plataforma de asentamiento- que las garantías están en las leyes fundamentales. Por tanto, tienen esa característica esencial que supera un orden jurídico ordinario.

Es decir, si la Constitución es la Ley Fundamental, superior e inalterable en sus premisas, no puede dársele un sentido común a sus disposiciones al punto de aligerar o transformar el principio de la supremacía.

Ahora bien, como las garantías se encuentran en la dimensión constitucional de lo que es justo, inalterable e inmutable; bien puede razonarse como una evolución del derecho natural que configuraba ciertos derechos del hombre como esenciales para su desarrollo.

20.3 Garantías individuales y derechos humanos

Los derechos del hombre son tantos como principios y presupuestos fundantes para su propia condición sean necesarios, sin importar, por ahora, cuáles son ellos y qué requisitos requieren para su vigencia.

Son derechos de la abstracción, alejados de la realidad coexistencial, pero presentes para la ideología que los pondera y en la vigencia sociológica que los realiza.

Muestran así su proximidad con la idea central de las garantías.

La dinámica pone de relieve que tales derechos del hombre se desenvuelven en la relación y, entonces, lo radical del problema se encuentra en la posibilidad del desarrollo sin resistencia ni violaciones.

Es decir que la formulación de los derechos humanos tiene un signado individual insoslayable, porque hace depender de la condición humana una serie de atributos y reconocimientos que cimentan un conjunto de principios y valores que no requieren de positividad jurídica alguna, en tanto le pertenecen por antonomasia.

Al igual que las garantías individuales el problema se presenta con esta interrogación, es decir, qué ocurre cuando el derecho o la garantía no encuentra un titular individualizado.

> Destaca Gelsi Bidart que estos son derechos que, como todos, se pueden tener mirando hacia el otro, pero, por su calidad intrínseca, en el otro advertimos, sino algo así como el espejo que nos devuelve la misma imagen: el mismo derecho -humano- que refiero y reclamo, es el que ese hombre tiene igualmente, con el mismo sentido, igual importancia, la misma inalterabilidad. Concluye así el profesor uruguayo que todo ello indica que lo que se tiene como base, o se individualiza como una consecuencia o un reflejo de lo que es el hombre es en lo fundamental o esencial, no en las diversidades -que también forman parte de su naturaleza misma-, sino en aquello que todos comparten, lo que son todos, es la *humanitas* que se realiza en cada ser humano, que los distingue de todos los otros seres y los aúna en una misma consistencia.

La fuente de los derechos humanos no es otra que las necesidades del hombre; son atributos inmanentes, de pertenencia individual que al ser puestos en relación social obtienen reconocimiento.

Ahora bien, la crisis del concepto llega cuando dicho reconocimiento no sucede; cuando el sentido trascendente que por sí lleva el derecho se vulnera por imprecisiones o indiferencias.

Surge el deber de protección, que anida en las garantías. Adviene el derecho procesal como la herramienta indisputable para asegurar el mecanismo de vigencia y como una forma de alcanzar la dimensión positiva de derechos que pueden no ser explícitos (por ejemplo: si no tienen expresa consagración legal y por ello no son reconocidos).

¿Es posible encontrar una definición común para las garantías y para los derechos humanos?. El problema surge ni bien se advierten las diferentes formas de pensamiento de la sociedad, su diverso grado de desarrollo cultural, sus definidas idiosincracias; sin embargo, y a pesar de estas contingencias desafortunadas, pueden hallarse coincidencias prácticas.

Los derechos humanos definen una condición obvia: son derechos inherentes al hombre, por su sola condición de tal. Por tanto, no requieren ley expresa, ni concesiones graciosas de la sociedad política.

El desarrollo de la vida en sociedad generó su aparición, primero como una necesidad para la organización comunitaria (derechos políticos), luego, para dar un orden y disciplina a la convivencia (derechos civiles), después para lograr cierta igualación y evitar los tratamientos discriminatorios (derechos económicos, sociales y culturales), y así, sucesivamente, fueron apareciendo nuevas preocupaciones (por ejemplo: cuando las guerras mundiales ocurridas en este siglo, demuestran la inutilidad de las defensas individuales si no existe asistencia internacional), dando lugar a los que después se llamaron, derechos de la tercera generación, derechos de la solidaridad, para culminar en los que demuestran claramente, el sentir mundial cuya tutela se persigue, estos son los derechos a la paz, al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, entre los más destacados.

Al mismo tiempo, tanto las garantías como los derechos humanos reposan en una dimensión axiológica donde ambos son valores que tienen por objeto buscar el fundamento mismo de la convivencia, a cuyo fin el orden jurídico positivo se subordina a ellos, y los jueces que los interpretan encuentran una fuente modelo de la cual no pueden apartarse sin caer en arbitrariedad o injusticia.

El empalme entre la categoría jurídica con la persona humana abre posibilidades distintas. Así pueden llamarse "derechos humanos", "derechos naturales", "derechos fundamentales", "derechos del hombre", "derechos individuales"... pero en todas estas denominaciones aflora un valor, una identidad de virtudes. El hombre tiene estos derechos por su sola condición, no importa el nombre que se les asigne; los tiene y los ostenta por su propia naturaleza y dignidad.

Es evidente que, en esta materia podemos coincidir en reconocer a derechos humanos y garantías como necesarios e imprescindibles, y aún

obtenerlos consagrados por aplicación de normas fundamentales que los tengan en su télesis (V.gr: a través de los llamados derechos implícitos). Son derechos de la comunión y la pacífica armonía del hombre en coexistencia; generan a su vez un marco de adecuación con el sistema político por el que atraviesen y por eso, aun manteniendo innato su espíritu, pueden reformularse en base a lo que podría denominarse como condiciones de viabilidad.

20.4 Las garantías colectivas.

Así como los derechos individuales responden a un período histórico después consagrado en el constitucionalismo; también las garantías sociales son producto de un tiempo preciso que las incorpora.

En efecto, el individualismo había surtido grandes resultados en la conciencia de la persona humana acerca de los valores que tenía por su sola condición.

El Estado actuaba únicamente en el conflicto intersubjetivo dejando al hombre libre de hacer y realizarse.

La igualdad (todo hombre es igual ante la ley predicaron los revolucionarios franceses de 1789) era la síntesis alcanzada.

Sin embargo, el curso del tiempo fue provocando otras urgencias; otras necesidades. La igualdad apareció como una utopía; sus aspiraciones eran inalcanzables para muchos, dando por tierra bastantes de los ideales previstos en los derechos originarios.

La problemática se reflejaba a través de los conjuntos sociales, donde era posible advertir auténticos desequilibrios de fuerzas y oportunidades.

Los dos grandes fenómenos que registran esta deficiencia se dan a través del industrialismo y la segunda guerra mundial.

Cada una, en su dimensión, alertan al hombre sobre su incapacidad para resolver "per se", los conflictos que le plantea la agresión multiplicada, o directamente, la afrenta a la sociedad en su conjunto.

Las cartas fundamentales, hasta entonces cartabones del liberalismo, se modifican en favor de una nueva categoría de derechos: los sociales, económicos y culturales. Nacen así las garantías sociales.

Estas garantías no son exclusivas, sino que se asignan por una correspondencia con un grupo social determinado (vgr: derecho de huelga, de agremiación, de protección a la familia, a la salud, a la educación, etc.).

Tal como sucedió con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es fruto de esta época (1948), y condicionará el obrar futuro del mundo.

En la Constitución Argentina, el artículo 14 bis refleja el núcleo fundamental de las garantías de este tipo.

Al mismo tiempo, el reconocimiento global o sectorizado de ciertos derechos significó un encuadre diferente al orden social, con su clara influencia en las estructuras jurídicas.

La noción de orden público, ya existente pero sin mayor desarrollo, cobro un relieve impredecible porque al estar tornadas las bases donde asentar la igualdad (premisa del individualismo) debió encontrarse un punto de equilibrio.

Para ello el Estado tenía que contar con un elemento de mayor fuerza que la voluntad popular, recurriendo entonces al concepto del poder de policía, encargada justamente de evitar la perturbación del nuevo orden social.

20.5 Las garantías procesales

Tanto garantías individuales como sociales son definitivamente consagraciones fundamentales que obran en la más pura abstracción si no cuentan con un elemental sistema de puesta en marcha o, al menos, de la posibilidad de reclamo efectivo.

Por tanto, las garantías procesales son el reducto de la eficacia y resumen de toda la noción de garantía constitucional. El medio, instrumento, recurso, o cualquiera sea la forma mejor adaptada para la tutela que se persigue, no puede restringirse ni limitarse, por eso, cualquier reglamentación que desvirtúa esta finalidad, agrede directamente la finalidad esencial.

> Dice Juventino Castro, que las garantías de la libertad hacen mención a una serie de derechos fundamentales de la persona humana, que les corresponden a ésta por su esencia, y que le resultan necesarios para realizarse vitalmente, ya sea individual o socialmente. Son por lo tanto garantías eminentemente humanísticas, que las constituciones reconocen y respetan. Las garantías del orden jurídico se refieren al conjunto de estructuras y funciones de los órganos públicos, que si bien en último extremo precisan las facultades y atribuciones del poder público, contienen igualmente una seguridad para los individuos de que las normas de ordenación les permitirán plenamente el ejercicio de sus libertades, fijando el campo de lo que corresponde a las autoridades públicas -pero que beneficia en última instancia al individuo-, permitiendo que el orden no atribuido a dichas autoridades se reconozca a favor de las personas para sus fines libertarios. Queda tan sólo una tercera área que -para decirlo en alguna forma- fija lo que podríamos llamar las reglas del juego. Es decir, que se hace referencia a una serie de garantías constitucionales de carácter instrumental, que establecen las formas y los procedimientos a que deben sujetarse las autoridades, para poder lícitamente invadir el campo de las libertades individuales, o bien para hacer respetar el orden público necesario para toda sociedad organizada.

Conviene agregar que buena parte de la doctrina prefiere referir en este sector a "garantías de la seguridad jurídica", que en buen romance parece más ajustado a las realidades que impone el tiempo actual; o también de "garantías de justicia", con idéntica disposición que la anterior.

Las garantías procesales, a nuestro entender, reposan en tres señalamientos: 1) necesidad de tener un tribunal a quien poder reclamar efectivamente, sin cortapisas de orden técnico alguno, o condicionamientos sustanciales irrazonables (acceso a la jurisdicción), 2) el debido proceso, bifurcado a su vez en las garantías correspondientes al sector de la magistratura -independencia e imparcialidad-; al sector de la defensa -derecho

al abogado, derecho a una sentencia justa-; y al sector del procedimiento propiamente dicho -bilateralidad, contradicción, audiencia, proceso rápido y sin dilaciones indebidas, tutela efectiva con mecanismos urgentes como el amparo o el hábeas corpus, entre otros aspectos que ocupan esta parcela-.

21. Codificación de las garantías

Basados en cierta desconfianza en los sistemas dispuestos, y conservando la tradición jurídica de legislar para dar fundamento normativo a lo que de hecho existe, viene avanzando notablemente el desarrollo doctrinario que persigue la codificación de las garantías fundamentales.

La causa de este fenómeno puede darse a través de probables influencias. Una de ellas, el masivo carácter rígido de las constituciones latinoamericanas, que impide actualizar sus disposiciones si no es mediante el consenso básico de sus instituciones políticas.

Otra, puede ser la efectiva constatación acerca de que los valores supremos que priorizan las garantías fundamentales encuentran reiterados vacíos o directas omisiones de quienes tendrían que ser sus primeros guardianes.

> También puede observarse como proyección de las investigaciones sobre la "defensa de la constitución". Tema que, como explica Fix Zamudio, va adquiriendo actualidad en el estudio de los ordenamientos constitucionales de nuestra época, si tomamos en consideración que debido a la dolorosa experiencia de las dictaduras que se derrumbaron en el holocausto de la segunda guerra mundial, se ha advertido que no es suficiente una adecuada organización de los poderes públicos y las declaraciones de los derechos de la persona humana, sino que resulta indispensable la introducción o el perfeccionamiento de un sistema que permita la protección y permanencia de las disposiciones constitucionales contra las extralimitaciones de los órganos del poder, que naturalmente tienden a desbordar, con mayor razón en nuestros tiempos en que intervienen de manera absorvente en las relaciones sociales.

Un ejemplo de esta tendencia lo da Costa Rica, que al dictarse la ley de jurisdicción constitucional regula en su entorno todas las garantías fundamentales conocidas.

El artículo 1 dispone que: "*La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del derecho internacional o comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los mismos instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica*". Asimismo, se establece la admisión tutelar de los recursos de amparo y hábeas corpus como remedios procesales para la protección de los fines dispuestos en el artículo primero.

El inciso b) del artículo segundo señala que corresponde a la jurisdicción constitucional ejercer el control de constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o

comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás instrumentos previstos, como son la consulta legislativa y la consulta de los jueces.

Tampoco escapa a las finalidades de la jurisdicción instaurada la tutela de los derechos humanos, con la particularidad de elevar en la pirámide jurídica a los tratados y convenios que la república hubiese celebrado en materia de derechos fundamentales.

En Argentina, tanto la provincia de Entre Ríos como la ley sancionada -y hasta hoy sin promulgación- para la provincia de Tucumán, propician un código de garantías, incluyendo el primero en su tutela, aspectos tales como la defensa del consumidor, y la protección de los intereses difusos.

Sin embargo, la codificación de garantías tiene, a nuestro criterio, numerosos repliegues que es menester abordar.

En primer lugar, la naturaleza de los conflictos por violaciones a garantías son complejos y admiten claras y nutridas diferencias.

Hay conflictos entre los poderes del Estado, los hay entre particulares, y también entre éstos, únicamente.

Tales diferencias destacan un hecho que no puede pasar inadvertido. ¿Cuál será el orden jurídico que aplicará el magistrado?, porque a estar por la tesis de las supremacías, las cartas fundamentales no pierden su condición superior, y bajo su manto protector están las leyes comunes, que por más "fundamentales" que sean, siempre deben ajustar sus disposiciones a los principios que la carta magna sustenta.

No resulta incorrecto -todo lo contrario- organizar un sistema normativo que implemente las funciones y cometidos de una justicia constitucional, pero parece fuera de contexto delimitar el contenido que la jurisdicción pueda realizar.

Es indudable, también, que los conflictos de competencia aparecerán inmediatamente, a no ser que se plantee la excepción de suspender la actuación del juez común cuando surjan estos planteos. Condición que nos parece sumamente riesgosa para la celeridad y moralidad del proceso constitucional.

No obstante lo expuesto, estamos ante un tiempo propicio para intentar aproximaciones comunes que faciliten la comprensión de las garantías en cualquier ordenamiento que las aplique y tutele.

Nos referimos a las múltiples actividades de armonización emprendidas que han generado beneficios avances para una concientización general en aspectos diversos de un mismo problema.

La integración, a partir del derecho y las garantías, es posible porqué no deben ni debieran existir diferencias en la interpretación, aplicación y eficacia de los derechos humanos. Por ello, sería factible pensar en un modelo uniforme de garantías, teniendo presente que Hispanoamérica tiene una plataforma común de leyes fundamentales y de tratados de derechos humanos que progresivamente se han incorporado al derecho interno de cada Estado.

> Propone Morello un programa uniformador que suponga concretar: 1º) las condiciones normativas para un proceso justo (los códigos tipo o modelo); 2º) las bases que racionalizan un esquema único de

programación preceptiva uniforme para el amparo, extendible en adelante al hábeas corpus; el hábeas data; los injuction; la acción de mera certeza; la acción civil pública; las variables que se alojan en la esfera del control de constitucionalidad, que si bien muestran distintas fisonomías y raigambre sociológica son susceptibles, sin embargo, de análogos reglamentos institucionales.

22. Suspensión de las garantías. Instrumentos inalterables (addenda)

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.*

Una forma más avanzada, sin el interrogante que plantea la certeza presunta del derecho romano, la explica García Pelayo, pues la primera etapa del constitucionalismo consistió en limitar el poder en los períodos normales, pero como en los casos de crisis se abandonan esas limitaciones y se regresa al despotismo, el proceso posterior condujo a una especie de derecho público de los períodos de crisis tratando de conciliar el Derecho establecido y los derechos del ciudadano con la exigencia de mantener el orden en tiempos turbulentos.

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.

El subdesarrollo y la crisis económica son, generalmente, causas permanentes de agresión contra los fines superiores que protegen las garantías. Por eso, es muy posible acertar diciendo que los desordenes políticos y las dificultades económicas convergen caracterizando una situación de emergencia permanente.

En efecto, el mal uso del subdesarrollo como circunstancia propia un buen pretexto para limitar abusivamente los derechos del hombre. De lo que aquí se trata, dice M'Baye, no es tanto de justificar excepciones al ejercicio de ciertos derechos humanos en vista de las condiciones de subdesarrollo, sino más bien de emitir un aviso contra los abusos que puedan derivarse de utilizar una situación de emergencia limitada como excusa invocada de forma perpetua. "No debe aguardarse a que el subdesarrollo sea barrido de una vez y para siempre (si tal cosa es posible), para, después, intentar y cumplir las normas que rigen los derechos humanos y libertades".

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.

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 nro. 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 transgresión 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

Bibliografía Capítulo V

Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales,* editorial Porrúa, México, 1978.

Cappelletti, Mauro, *La Justicia Constitucional (Estudios de derecho comparado),* editorial UNAM, México, 1987.

Castro, Juventino, *Garantías y Amparo,* editorial Porrúa, México, 1991.

Fix Zamudio, Héctor, *La defensa de la Constitución,* editorial UNAM, México, 1978; *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución,* en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie año 1 nº 1 (enero/abril, 1968).

Gelsi Bidart, Adolfo, *De Derechos, deberes y garantías del hombre común,* editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1986

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La Justicia Constitucional,* editorial Depalma, Buenos Aires, 1994. *Introducción al nuevo derecho procesal,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1988.

Hernández Valle, Rubén, *Hacia la codificación de la justicia constitucional,* en Revista de Derecho (Chile), año IV (julio/diciembre, 1990) nº 2.

Jellinek, George, *Teoría general del Estado,* trad. de Fernando de los Ríos Urruti, tomo II, Madrid, 1915.

Jimenez, Eduardo Pablo (coodinador), *Garantías Constitucionales*, editorial Suárez, Mar del Plata, 1997.

M´Baye, Keba, *Les réalités du monde nair et les droits de l´homme,* en Revista de Derechos Humanos, volumen II nº 3, 1969.

Morello, Augusto Mario, *Un código tipo de garantías jurisdiccionales mínimas para Hispanoamérica,* en Doctrina Judicial, 1998-2, págs. 363 y ss. *Constitución y Proceso (La nueva edad de las garantías jurisdiccionales)*, editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución,* editorial Tecnos, Madrid, 1994.

Tavolari Oliveros, Raúl, *Hacia la codificación de la justicia constitucional,* en Revista de Derecho (Chile), año IV (julio/diciembre, 1990) nº 2.

CAPÍTULO VI. Garantías constitucionales en el proceso

23. Nociones previas

El proceso cumple una función de servicio. Es cierto que tiene principios y presupuestos que lo especifican en la teoría general, pero ellos no pueden instalarse en terrenos estancos, o de poca movilidad, porque precisamente su vida se desarrolla en la transformación social. Un proceso purista e ideológico, formal e hipotético, no cumple con la función garantista que tiene.

De ahí que el proceso no tenga un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar.

> No debe creerse -dice Gelsi Bidart- que por ser el proceso un instrumento que se construye para una finalidad que le es extrínseca, él mismo (la garantía) no tenga una propia finalidad. Ello así, en la medida que un mismo fin puede lograrse por diferentes caminos o medios, lo cual pone de relieve que el fin no integra la consistencia del medio, aunque ésta debe ser adecuada para alcanzarlo. Por ende, cada medio ha de utilizarse según su propio modo de ser, respetándolo y cambiándolo para que mejor llegue al fin perseguido. Cabe modificar el medio siempre que se mantengan sus aspectos fundamentales, pero no cambiando alguno de éstos, de tal manera que se pierda la manera de ser o consistir del instrumento. Si ello se hace, estamos ante un medio diferente, mejor o peor, pero no ante el mismo.

Tradicionalmente, se acepta que el proceso es la herramienta que permite la actuación del derecho. Sin embargo, hoy día pueden señalarse otras funciones.

No decimos que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos materiales; ni que haya perdido su condición de modelo técnico; se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos.

En definitiva, el proceso jurisdiccional tiene suprema importancia para el derecho procesal constitucional porqué es la auténtica protección de las garantías. Desde este punto de vista, hasta podría afirmarse que es la única garantía.

> Con su habitual agudeza, sostiene Gelsi Bidart que el proceso es, ni más ni menos, un medio o instrumento de garantía, al servicio de todos los derechos invocados o alegados por un hombre cualquiera. Tiene en sí, pues, un sentido de universalidad: garantía para todo y cada hombre, con relación a cualquiera de sus derechos...Se trata de un instrumento para hacer funcionar al orden jurídico en casos concretos, individuales de la realidad, cuando los involucrados en el mismo no quieren o no pueden efectuar esa aplicación adecuadamente.

El proceso resulta una garantía, porque es un instrumento anterior al conflicto y una vía de acción específica cuando se producen las amenazas o violaciones a los derechos fundamentales.

Así presentado, el concepto se relaciona con la eficacia de la tutela (protección procesal); cuestión que muestra dos facetas sucesivas: una que se vincula con la entrada y puesta en marcha del aparato judicial (acción y derecho de acción); y otra que enlaza las garantías mínimas que debe suponer y desarrollar todo procedimiento (el principio del debido proceso).

Ahora bien, ambas cuestiones, también conocidas como derecho a la acción y a la jurisdicción (V.gr.: art. 24 de la Constitución española de 1978), constituyen contenidos esenciales para nuestra disciplina; lo que equivale a decir que no son meras proposiciones de principios o procedimientos, sino componentes indispensables para la eficacia del proceso como tal.

> Peter Häberle ha puesto de relieve que, aunque doctrina y jurisprudencia coinciden en atender el contenido esencial mencionado como aspectos de las "garantías" o del "derecho de defensa"; también supone constituir un mandato a los poderes públicos, de naturaleza positiva, cuyo contenido principal es el desarrollo de los derechos fundamentales. En otras palabras, son límites para el accionar de gobierno, sea por reglamentos o legislación. Así, por ejemplo, cuando en Alemania se habla de los contenidos esenciales, se proporcionan bases para que ninguna legislación pueda afectar un derecho fundamental en esos mínimos inescrutables.

24. La acción como garantía constitucional

Planteada como hipótesis de trabajo, las garantías constitucionales en el proceso civil comienzan a operar con el primer movimiento que inicia la actividad judicial.

La acción no es mas que un acto de contenido estrictamente procesal destinado a efectuar un reclamo a la autoridad jurisdiccional, para que actúe consecuentemente, contra un adversario a quien tendrá que emplazar para someterlo a las reglas del proceso judicial.

Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Para obrar así, basta con presentar la demanda, se tenga o no razón, o respaldo normativo alguno; el Estado debe garantizar el acceso.

A igual tiempo, tiene que otorgar un proceso, porqué ese es el mandamiento fundamental que nutre los derechos y garantías provenientes de la Constitución Nacional.

Por eso, también la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica, y para que ésta se cumpla, la acción no sólo afianza el primer espacio abierto, es decir, la entrada al proceso, sino, toda la instancia, lo cual significa llegar a la sentencia sobre el fondo del problema planteado.

> Para Quiroga Lavie, el nacimiento de la garantía está implícita como derecho subjetivo público, de modo tal que, en definitiva, la exigencia de la legitimación subjetiva para el ejercicio de las acciones públicas -en el caso argentino del amparo colectivo previsto en el art. 43 de la Constitución nacional- lo es sólo para abrir la acción; la reparación del accionante no se fundamenta en aquella legitimación procesal sino en la violación del derecho objetivo que genera la reacción que da origen

> al derecho público en cuestión. Ello es así, porque la violación del derecho del sujeto afectado, impacta y lesiona la estructura social.

Pero entre ambas cuestiones se abren espacios que deben explicarse independientemente.

Por un lado aparece el derecho subjetivo público que dirigido al Estado le obliga a abrir las puertas de la jurisdicción. Sería esto, ni más ni menos, que el deber estatal a prestar la actividad jurisdiccional.

Sin embargo, captar a la acción como un derecho sin más resultados que la apertura de un proceso, no tiene justificativos lógicos, es preciso confrontar estas consecuencias con la otra parte de la cuestión.

En ella aparece la naturaleza procesal de la acción, con sus presupuestos necesarios para dar vida al proceso incoado y llegar a una sentencia válida entre las partes que no debe ser necesariamente favorable para quien demanda.

La acción cobra naturaleza procesal porqué mas allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. Es el derecho a la jurisdicción. Entonces, si por la acción existe el proceso, el desarrollo de éste también sucede por la actividad de las partes, de tal manera que la acción resulta del conjunto de las actuaciones de las partes.

> En este aspecto, el derecho procesal constitucional es la sumatoria de reclamos constantes para resolver el problema del acceso a la justicia. Sostiene Morello que la consolidación definitiva está en las cartas y tratados internacionales, cuya idea rectora es la de que *toda persona -todas las personas-* han de contar con un remedio efectivo -art. 6º, Declaración Europea de los Derechos del Hombre-, que en sede administrativa y judicial se halle *siempre* en disponibilidad. Ese *right to an effective remedy*, supone el derecho a la tutela, a la jurisdicción, al cabo a la Justicia como quiera que es uno de los derechos fundamentales de la persona, al que se debe atribuir un concepto autónomo -en evolución dinámica- y, por cierto, de complejo significado.

En su juridicidad la acción es petición del juicio y, en último extremo, exigencia del derecho. Si el derecho no existe sin el juicio, éste no existe sin la acción.

Desde esta perspectiva, resulta muy interesante observar que la acción es un tema de naturaleza estrictamente procesal-constitucional. No puede elaborarse sobre ella una teoría que abandone alguna de estas facetas. Tanto interesa su función como derecho fundamental; como lo es su medida para la eficacia de los presupuestos que todo proceso exige desde el comienzo (v.gr.: legitimación; representación; defensa de un interés jurídicamente relevante; etc.).

> Es menester agregar que esta idea de la acción, como garantía fundamental para el acceso a la justicia, no reconoce categoría de derechos o intereses a tutelar, es decir, no atiende la famosa diferencia entre derechos subjetivos e intereses plenos y debilitados. Tan sólo es un marco referencial que muestra el fenómeno de entrada al proceso como una cuestión que atañe a las garantías mínimas que todo proceso debe resguardar. Por eso, cuando los intereses se expanden a toda la sociedad, y no se puede trazar la relación entre titular y derecho reclamado (no olvidemos que el

> proceso tradicional tutela intereses privados bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien es el legítimo titular del derecho invocado), la necesidad de garantizar el acceso a la justicia resulta ineludible. El derecho o interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado. Mientras que los derechos de incidencia colectiva (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) reconocen y definen un sector particular del gravamen. Para lograr su defensa o protección, deben precisarse como derechos antes que simples intereses, o bien, aceptar que hay intereses que por su cualidad merecen ser atendidos de inmediato sin importar el carácter que inviste la persona o el grupo que para sí los reclama. En uno u otro caso, no puede trabarse el derecho a ser oídos poniendo obstáculos de corte eminentemente técnico.

24.1 La acción y el derecho a la tutela judicial efectiva

Emplazada la acción entre los derechos básicos de la persona, la conexión con el proceso se da a través de la demanda. Esta, a su vez, presenta la pretensión, que es el objeto sobre el cual tendrá que resolver el Juez de la causa.

Entablada la litis nos adentramos en el proceso, donde debe reafirmarse la condición de garantía a través de mínimos inmodificables que consoliden la noción del "debido proceso" constitucional.

Ahora la garantía inicial debe proyectarse. No es suficiente para su plenitud quedarse en la admisión formal del interés a tutelar. La *defensa judicial efectiva* exige que las partes del proceso, debatan en posiciones iguales, tengan idénticas posibilidades de alegación y prueba, y que la sentencia que resuelva el conflicto suscitado sea suficientemente motivada.

> Esta protección judicial hemos de ubicarla en torno del derecho a la jurisdicción, y se resume en: a) derecho al juez predeterminado con anterioridad a la causa (garantía del juez natural); b) que el magistrado asuma su competencia sin desbordes paralizantes (excusamientos incausados); c) que den curso a la instancia judicial con la asignación del trámite pertinente; d) que satisfagan con prudencia el control de la legitimación en el proceso; e) que, en su oportunidad, valore a conciencia y razón las pruebas cumplidas en la litis; f) finalmente, que produzca una sentencia fundada en derecho y con adecuada constatación de las circunstancias efectivamente comprobadas.
>
> En este campo, inclusive, se han desarrollado extensiones dinámicas que interpretaron las reglas del debido proceso legal, donde podemos reseñar, entre otras garantías, las siguientes: a) la prevalencia del carácter bilateral del proceso a fines de evitar toda actuación esquiva con el principio de igualdad; b) la eficacia del servicio jurisdiccional; c) la colaboración y ayuda legal del abogado, que se representa en la asistencia letrada idónea y en la defensa jurídica gratuita; d) sobrellevar las complejidades del actual proceso común a una dimensión acorde con los requerimientos del proceso justo (*due process of law*), que consigan, en suma, armar un procedimiento útil y efectivo.
>
> Morello apunta que el pensamiento dominante, en la moderna doctrina, sostiene que no debe concebirse a la acción aun en una perspectiva abstracta, como la simple posibilidad de promover un proceso, de dar vida a la pretensión, sino que su contenido es mucho más amplio y en la praxis no está limitado, como quiera que abarca

> una extensa gama de facultades cuyo ejercicio se considera necesario, en principio, para garantizar la correcta y eficaz prestación de la jurisdicción y obtener, en el caso específico, la tutela efectiva y satisfacción en protección.

La tutela judicial efectiva surge del art. 24 de la Constitución italiana, después adoptada por el mismo numeral de la ley fundamental española de 1978. Con ello se pretende asegurar algo más que el derecho de acceso a la instancia jurisdiccional (que supone ver al proceso como garantía anterior a la jurisdicción); se trata de afirmar la legalidad absoluta durante el proceso.

> El jurista peruano Víctor Ticona Postigo afirma -con acierto- que en sentido estricto el debido proceso no comprende el acceso a la justicia (derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso) ni el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, pues todos estos aspectos están comprendidos dentro del derecho genérico a la tutela jurisdiccional efectiva. Asimismo, sostiene que, el derecho a esta tutela es un concepto más amplio que el de debido proceso, no obstante que ambos se refieren a derechos fundamentales de toda persona. Desde que se reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso y durante el proceso.

En materia penal, a partir de la comprensión del derecho de defensa (art. 18, Constitución Argentina), la Corte Suprema de Justicia llega a sostener en la base de la jurisprudencia americana que: *la garantía constitucional de la defensa en juicio, especialmente cuando se trata de un pronunciamiento condenatorio en causa penal, requiere que haya tenido lugar válidamente en el proceso, la acusación, defensa, prueba y sentencia final*.

24.2 El derecho a la jurisdicción

Queda supuesto que si es una garantía el derecho de acceder a las instancias jurisdiccionales, también lo son los pasos que continúan el desarrollo. Tema que, particularmente la Constitución española, lo consagra como el derecho a la tutela judicial efectiva.

Este derecho fundamental tiene como contenido esencial el de lograr de los órganos judiciales una respuesta a todas las pretensiones planteadas, so riesgo de provocar el "desamparo procesal" (equivalente en nuestro país a la *efectiva privación de justicia*).

> Dice Morello que el ejercicio del acceso a la justicia no es libre, ni discrecional, sino reglado; condicionado -por la ley- a requisitos necesarios para que los valores coimplicados (orden, seguridad, igualdad de trato) sean asimismo preservados. Las acciones (pretensiones) y los recursos -en general- cuyo uso o el poder valerse el justiciable del proceso está (debe estar) resguardado por la exigencia de determinados presupuestos, si son razonables han de ser acatados porque ello se impone por los ordenamientos procesales de modo general, uniforme, sin odiosas discriminaciones. O lo que es similar, tales requisitos no pueden ser fijados arbitrariamente por el legislador; deben responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su exigencia, y han de interpretarse de acuerdo con esas finalidades, evitando que se conviertan en meros obstáculos procesales.

Para el derecho procesal constitucional, el derecho a la jurisdicción supone privilegiar la actuación del juez en cualquiera de las actividades

esenciales que dinamizan su obrar, es decir que, dadas las características que tiene el proceso constitucional, no es posible pensar que se obstruya su intervención sobre la base de normas de pura técnica o que precisen rituales tradicionales del procedimiento común u ordinario.

Desde otro punto de vista, se trata de sostener que la jurisdicción no está solamente para resolver conflictos entre personas (y aun cuando fuese ésta su única misión, debiera -debe- asegurar el libre acceso y el camino abierto para reinstalar el derecho que a cada parte le corresponde), sino también, fiscalizar la supremacía constitucional y ejercer el control de legalidad de los actos administrativos y de particulares.

> Es esta una función de complementación del ordenamiento jurídico -sostiene Gimeno Sendra-, por ello, a todo juez o tribunal le corresponde extraer nuevos significados a las normas, de manera que cobren todo su sentido lógico y actual, con independencia de que hayan sido expresamente previstos por la *mens legislatoris.*
>
> Quiroga Lavié afirma que, por encima del planteo épico que tiene el proceso tradicional, también sirve para lograr el equilibrio del sistema social, y por ello no tiene por qué presuponer el conflicto previo como lo presupone el proceso específicamente privado. No se trata de que sólo haya que resolver conflictos y suprimir interferencias; se trata de lograr que el sistema social no pierda energía, que vigorice su funcionamiento, que se equilibre.

El derecho a la jurisdicción precisa también la garantía a *tener jueces*, lo cual se ocupa de afirmar algo más que la simple entrada al proceso prestando oídos para que escuchen la súplica (en rigor, un juez que provea la demanda).

Este primer aspecto puede ubicarse en un tramo anterior ya referido, esto es, como *derecho al proceso* o a la jurisdicción antes del proceso.

> El estudio de Horacio D. Rosatti es muy puntual y preciso para profundizar esta temática. Sostiene entre otros valiosos conceptos, que el derecho a la jurisdicción antes del proceso se puede conformar como "derecho a exigir del Estado -monopolizador del servicio de administración de justicia- el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta".

El trecho siguiente para la caracterización se vincula con el *derecho a un proceso debido*, es decir, a sustanciar (tramitar) un procedimiento que, en la lucha por obtener el reconocimiento de los derechos, le permita a las partes debatir sin resultar sorprendidos por actos de autoridad que vulneren la posibilidad de llegar a una sentencia sobre el fondo del problema.

Son éstas las garantías constitucionales del proceso que veremos inmediatamente.

> Sería este el espacio que ocupa la garantía del debido proceso (*due process of law*) y que se traduce en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Agrega Rosatti que la exigencia (entendida como derecho al proceso) supone también la obligación estatal de no frustrar, impedir, menoscabar, obstaculizar o dificultar el acceso de un particular desavenido -o un grupo social- a la arteria cultural que significa el proceso, única posibilidad lícita de obtener el resultado querido por la norma cuando su realización fisiológica se ha visto impedida. Porque en el fondo, detrás de la negación al servicio de justicia se oculta una negación a la cultura.

El tercer lado que perfila el derecho a la jurisdicción contempla al proceso en funcionamiento desde la óptica de las facultades de los jueces. Constituye, de alguna manera, el grado de compromiso que establece la Constitución y el sistema legal interno con las potestades y deberes establecidos para asegurar el cumplimiento efectivo de cada una de las garantías, la supremacía de las normas fundamentales y la tutela efectiva de los derechos humanos.

25. Garantías de la jurisdicción

Recapitulemos lo expuesto: las garantías constitucionales que preservan la eficacia y el cumplimiento de los derechos depende de los instrumentos establecidos para hacer efectiva la tutela prometida.

Ese mecanismo instrumental es el proceso, observado en este plano, como única garantía posible.

> De todos modos conviene advertir, como bien lo apunta Gelsi Bidart, que el proceso funciona como un medio de frontera del orden jurídico: lo que no se desea aplicar pero no hay otro medio (re-medio) que hacerlo; de ahí, de esa renuencia a su utilización, porque mejor sería la aplicación directa y espontánea del orden jurídico, que se haya hablado de patología o de mal menor, cuando del proceso se trata.

Ahora bien, para lograr llegada a los jueces y obtener las decisiones correspondientes es preciso tener ciertas aptitudes (presupuestos procesales, como la legitimación, entre otras), pero éstas nunca pueden alterar o frustrar los derechos que se quieren proteger.

Por eso sostenemos que la acción es un derecho constitucional afincado en el derecho de peticionar a las autoridades, y garantido específicamente por los artículos 14, 18 y 43 de la Constitución nacional.

A su vez, para referirnos a las garantías de la jurisdicción tenemos que señalar cuáles son los reaseguros que muestran los jueces hacia las demás garantías, recordando para ello que, en esencia, la eficacia de los derechos fundamentales se reflejan en la posibilidad concreta de actuar los controles cuando ellos se vulneran o amenazan.

> Dice Hernández Valle que también la garantía es un control; pero este no agota todas las garantías, dado que unas veces aquél actúa como única garantía, pero en otras, más bien hace operativas garantías preexistentes o pone en operación otras subsiguientes, por medio también de un control *a posteriori.* Por ello conviene aclarar la confusión tan frecuente que realiza la doctrina en esta materia, al identificar un sector de las garantías constitucionales con todos los medios para la defensa de la Constitución.

Ese proceso puesto en marcha lo dirige la magistratura; por tanto, el enfoque real del "derecho a la jurisdicción", supone el acceso a los jueces; o desde otro punto de vista, puede focalizarse desde la perspectiva del justiciable que confía en la justicia y acude a ella para ser protegido.

> Cappelletti y Vigoriti destacan que el derecho de las partes a un juicio justo ante un juez independiente e imparcial es una garantía incuestionable de la parte incluida en el concepto del derecho al debido proceso, deduciendo el derecho al juez independiente e imparcial de los arts. 3, 24, 101 a 110 de la constitución italiana,

> conceptualmente separado del derecho al juez natural garantizado por el art. 25.

La confianza es un aditamento a la garantía, por eso es tan importante tener cubierto este espacio de la sociología procesal. Una justicia confiable reporta aspectos positivos (neutralidad, idoneidad, equidad, etc.) y negativos (comisionado, de excepción, arbitrario, injusto, etc.) que, puestos en su lugar, consiguen dar una mayor cobertura al proceso judicial.

Es decir, cuando la figura del juez puede *per se* garantir las necesidades de la sociedad y del Estado de Derecho, la tutela prometida constitucionalmente está segura y tiene pacífica aceptación.

En cambio, cuando el origen de las magistraturas no es habitual ni ordinario, sino excepcional y contingente; cuando los jueces no responden al principio de absoluto desinterés o disponen arbitrariamente y sin fundamentos, el proceso ya no es "debido". Se viola la garantía fundamental y, por ello, todo el juicio se descalifica.

> De suyo, también, la secuencia reposa en otra circunstancia que interesa al mismo sistema, pues como derecho fundamental, o como derecho subjetivo de la libertad, esta garantía de la jurisdicción tutela por un lado los intereses comprometidos procesalmente y que esperan un resultado equitativo; y por otro encierra un significado institucional al velar por la preservación de intereses propios de la magistratura y del Estado de Derecho, en cuanto que permite -como sostiene Sánchez Cruzat- la fijación del juez competente, impidiendo la sustracción de un caso determinado del juez natural, y en cuanto busca la realización de la justicia, a través de un proceso regular.

La imparcialidad e independencia del juez son nexos imprescindibles para concretar las garantías. En todo proceso constitucional es importante conservar la libertad de criterio porque cualquier limitación estorba o elimina la fortaleza del derecho fundamental.

En el ejercicio de la potestad jurisdiccional ningún juez puede hallarse en condición sumisa, soportando las indicaciones interesadas que otros le aporten; individualmente, tampoco podría estar subordinado a decisiones producidas por otros, salvo las provenientes del sistema jurisprudencial (*stare decisis,* o doctrina del precedente obligatorio, también, los fallos plenarios).

En suma, las garantías de la jurisdicción consideran la libertad de actuación del órgano judicial respecto a otros; y respecto al propio sistema procesal. Mientras por un lado se espera el máximo de respeto por las garantías de imparcialidad e independencia; por el otro, se pretende que el control de constitucionalidad (o la tutela de los derechos fundamentales) no sufra limitaciones absurdas.

> Resumiendo: hay diferentes variables que influyen en el grado de independencia funcional que referimos en este punto, y básicamente son: 1) un primer aspecto comprendido dentro de las estructuras procesales que influye sobre las cuestiones que son materia de litigio; 2) otra que decide sobre la independencia institucional y las distintas formas de acceso a la jurisdicción; 3) una tercera, asentada en la autonomía de los jueces respecto a los demás poderes estatales; vinculando en este espacio los problemas de cumplimiento de la sentencia o ejecución de la condena; 4) la propia independencia institucional puede estar limitada o influida por la estructura interna, si la organización es dependiente de otro poder público (a este

respecto, una primera medida más drástica es el control de las decisiones del sistema judicial estableciendo el control de revisión de las sentencias por estructuras ajenas a la jurisdicción).

26. La protección efectiva de los derechos y garantías

Un proceso efectivo es también un conjunto de garantías puestas en funcionamiento. Sin embargo, la plenitud del sistema no requiere que operen todas al mismo tiempo, es más, no existe la idea que lleve a todo el derecho procesal la base de constitucionalizar cualquier proceso.

Con ello queremos significar que los procedimientos siguen la suerte que le marca cada ordenamiento en particular, pero que las reglas mínimas que consideran al debido proceso no pueden -ni deben- estar ausentes.

Para la protección efectiva de las garantías constitucionales del proceso (todo proceso) es necesario, en consecuencia, ir elaborando una serie de precisiones que indiquen al operador cuáles son estos requisitos mínimos.

Desde la posición de "partes" o "interesados" (aquellos que están afectados por la amenaza o lesión a un derecho fundamental) la garantía más importante es el derecho de defensa. Obviamente, como una proyección necesaria para la correcta implementación del derecho, la asistencia jurídica idónea es tan necesaria como la primera.

Para la jurisdicción, a las cualidades mencionadas de independencia e imparcialidad, debe agregarse la dinámica de la función judicial, obligando de alguna manera a los jueces a *asumir el rol constitucional* que tienen y ejercen. Con esto, se quiere evitar la aplicación de normas ordinarias del proceso común a otros que tienen finalidades de promoción o protección de derechos constitucionales. También, en este sector y enlazados con las garantías del debido proceso, aparecen el derecho a obtener una resolución fundada que ponga fin al conflicto; que los defectos subsanables no se conviertan en insubsanables por inactividad del órgano; que la resolución judicial dictada sea efectivamente cumplida y se respete la cosa juzgada emergente; en suma, se trata de propiciar como un deber judicial el de promover y colaborar en la realización de la efectividad de la tutela.

Este deber no es de carácter moral sino un deber jurídico constitucional -sostiene Chamorro Bernal-, pues los jueces y tribunales tienen la obligación de protección eficaz del derecho fundamental. El cumplimiento de ese mandato de la Constitución, al que tienen derecho todas las personas, ha de ser para los jueces y tribunales el norte de su actividad jurisdiccional. Por ello, el Tribunal Constitucional (España) habla de la necesaria colaboración de los órganos judiciales con las partes en la materialización de la tutela, y también de un deber específico de garantizar la tutela, deber que impide a los órganos jurisdiccionales adoptar una actitud pasiva en esta materia...Además, tienen el deber de aplicar el principio del *favor actionis*, la obligación de rechazar interpretaciones formalistas o desproporcionadas y de ejercer la jurisdicción de acuerdo con los valores constitucionales. Todas esas obligaciones de los jueces y tribunales de garantizar la efectividad de la tutela, se encuentran integradas en el propio derecho a la tutela, por lo que constituyen garantías exigibles por parte de los justiciables.

En síntesis, una protección efectiva de los derechos y garantías supone presentes el derecho de acceder a la justicia sin restricciones irritantes; que el juez privilegie este principio constitucional del *favor actionis* o *pro actione.* Que en la búsqueda por un servicio judicial efectivo el órgano colabore en la realización de la tutela; que el proceso se desarrolle sin ficciones absurdas como ocurre con ciertos actos procesales; y que, finalmente, la sentencia dictada sea razonable y motivada, ejes principales e ineludibles en un auténtico proceso constitucional.

Es, entonces, un conjunto de garantías que superan la noción simplista de los derechos fundamentales clásicos, que veía a estos como un debate dialéctico entre libertad y autoridad; ahora, se trata de resaltar el aspecto positivo que vincula a los jueces a un obrar también positivo, casi asistencial.

26.1 La garantía de defensa

El derecho de defensa puede ser valorado desde diferentes posiciones. Etimológicamente significa oponerse al peligro de un daño, o al rechazo de una agresión. La defensa tiene así la noción de protegerse a sí mismo, como una necesidad natural del instinto de conservación o supervivencia.

> Algunos sostienen que la idea de defensa es anterior a cualquier configuración jurídica, porqué nos demuestra de que modo el término supone una exigencia insuperable y connatural de reacción en el hombre, que implica una actitud o disposición de rechazo a la actuación de otro que pretende obtener algo, que se denomina *ofensa*, la que pasa a constituirse en su antecedente lógicamente necesario. Vale decir -sostiene Carocca Perez-, sin una previa ofensa no se concibe una defensa

Más adelante, la defensa asume un rol estrictamente procesal, como contrapartida de la acción entablada, de forma tal que, ante la demanda se debe garantizar el correcto emplazamiento para que, tomado conocimiento de las pretensiones, se puedan asumir posiciones de lucha o aceptación (bilateralidad del proceso); o bien, cuando impuesta la acusación el sujeto pueda contraponer argumentos a los que se le atribuyen para tipificar un delito.

Como se puede apreciar, en estas líneas queda de manifiesto que la defensa no es acción en estricto sentido, sino posibilidad de reaccionar ante un ataque. Por eso, en los términos tradicionales de lucha o controversia como se reconoce al proceso judicial, el derecho de defensa garantiza la legalidad del procedimiento cuando ambas partes tienen iguales posibilidades de alegación y réplica.

> La vigencia del derecho a la defensa asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, pero sin que sea necesario que de facto tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes que, por unas u otras razones, puede o no producirse (T.C. español, sentencia del 16 de junio de 1997)

Desde otro punto de vista, la defensa puede interpretar la garantía efectiva de tutelar los derechos. Es decir, así como en el concepto anterior se tiene en cuenta a los sujetos, en este espacio el amparo es hacia los derechos.

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", como sucede con el concepto de "tutela judicial efectiva", cabe deducir que la defensa será garantizada por una autoridad jurisdiccional.

Este sería el sentido correcto a otorgar. La consagración constitucional queda de manifiesto, porque muestra el nacimiento de un derecho propio 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 su afianzamiento.

Con esta perspectiva, la defensa efectiva de los derechos ampara no sólo a las partes que se presentan formalmente, sino también, a los que deben o debieran actuar por tener alguna afectación en sus intereses; o a los que se citen para intervenir en calidad de partes procesales; o bien a todos aquellos que alcancen los efectos de la sentencia.

> Agrega Carocca Perez, profundizando esta visión, que la elección de un sistema procesal que dé participación a las personas a quienes va a afectar la sentencia, constituye una opción de civilidad, sobre todo porque ésta, una vez que deviene irrevocable, vale independientemente de la justicia de sus mandatos, de modo que, sobre la defensa como derecho individual no hay nada más que agregar, tratándose de un valor que se acepta o se rechaza en base a una elección ideológica, salvo acogerla en forma aparente (la defensa como *comparsa*), que es en realidad un modo particularmente odioso de rechazarla.
>
> Bajo este aspecto, se ha considerado tradicionalmente la defensa como un derecho de la parte procesal, en un comienzo sólo reconocido en favor del demandado o imputado, aunque actualmente se ha abierto paso la idea de que pertenece a todas las partes en cualquier clase de procesos, y en este sentido se la estima consagrada en las Constituciones modernas, elevada a la categoría de *derecho fundamental*, lo que determina algunas de sus más importantes características, entre las cuales se sitúan, la de su *irrenunciabilidad,* y su *inalienabilidad.*

La extensión de la garantía no debe ser puramente subjetiva, esto es que el alcance de la tutela no sea únicamente en beneficio de la parte y de terceros; requiere para su correcta implementación el control efectivo del órgano jurisdiccional en cada uno de los procedimientos que tramite, o en cualquiera de las etapas que transite el proceso.

> Por eso debieran revisarse algunas instituciones típicas de la ausencia o del incomparecimiento, que fuerzan al juez o tribunal a juzgar sobre sofismas o ficciones que, en derecho, han resguardado el derecho de defensa.
>
> La vigencia de la garantía en cada etapa del proceso se funda en el precepto constitucional que lo consagra como derecho constitucional fundamental y refuerza ese derecho de defensa. Este supone, con carácter general, no sólo en el conjunto del procedimiento, sino en cada una de sus fases cuya resolución afecte a los derechos e intereses legítimos de una persona, ésta debe ser oída y deben respetarse el resto de las garantías procesales ya aludidas.

> Naturalmente -sostiene Carocca Perez- el legislador dispone de cierta libertad al momento de configurar las garantías en los concretos procedimientos, pues lo que se exige es que se dé a las partes la posibilidad de efectuar sus alegaciones y de proponer y practicar pruebas...de modo que se produciría indefensión, cuando se priva a las partes de los trámites de alegación, prueba o de contradicción contemplados expresamente en las normas procesales.

26.2 El derecho a la asistencia jurídica idónea

La garantía de defensa que impregna el sentido fundamental del debido proceso, obliga a responder con acierto y eficacia al problema de la asistencia letrada idónea.

> Hoy no se trata solamente de evitar la indefensión, sino, también, de lograr que quienes actúan ante la justicia estén asesorados adecuadamente, permanentemente instruidos, y técnicamente capaces de soportar las exigencias, vaguedades y ambigüedades del proceso judicial. La Constitución española es un ejemplo palmario de esta constatación, pues en palabras de su Tribunal Constitucional "el derecho de defensa y asistencia de letrado que el párrafo 2º del art. 24 de la Constitución reconoce de forma incondicionada a todos es, por tanto, predicable en el ámbito procesal penal no sólo de los acusados, sino también de quienes comparecen como acusadores particulares ejerciendo la acción como perjudicados por el hecho punible. A ellos hay que añadir que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su art. 6.3, c, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14.3, d, al referirse a los derechos mismos que han de garantizarse a todo acusado, incluye entre ellos el de ser asistido por un defensor de su elección. Por lo que el derecho de defensa y asistencia de letrado consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, interpretado de acuerdo con los textos internacionales mencionados, por imperativo del art. 10.2 de la misma, comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación" (T.C., sentencia del 24 de Julio de 1981, Sala I).

La cuestión no admite diferencias entre "causas civiles y penales", porque el compromiso constitucional se funda en un concepto previo, por el cual todo proceso judicial debe solventar la "garantía" de protección del justiciable y efectivo cumplimiento del orden jurídico.

No se trata en la actualidad de dar "formas legales", aparentemente solidarias y respetuosas con el proceso justo (o debido), sino de garantizar el servicio a través de medidas que respalden las garantías fundamentales que el proceso ampara.

En consecuencia, la noción garantista que se preserva en esta dimensión ocupa dos aspectos centrales, de tipo positivo; y otra proyección de tipo negativo. Las primeras se refieren: a) el derecho al abogado, y b) la defensa técnica idónea. Mientras que la contracara está en: c) la garantía para que no se produzca indefensión, y d) la asistencia jurídica gratuita.

> Afirma González Perez, al sistematizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que derecho de defensa y asistencia de letrado son

garantías independientes. Lo mismo sucede en Italia, donde se pone de relieve que derecho al abogado y de defensa, son grados superlativos diferentes del derecho procesal. La sustancialidad pensada se protege en el curso mismo de la instancia, evitando indefensiones -aun cuando fuesen voluntarias.

Por su parte, Rodríguez Rescia, sostiene que, siendo la defensa técnica -sin restarle importancia a la defensa material- una garantía latente durante todo el proceso, es fundamental tener como regla que todo imputado tiene el derecho de ser asistido por un profesional letrado desde el primer acto del procedimiento; es decir, desde el momento en que se le informa que será detenido a la orden de autoridad pública.

a) El derecho al abogado

La ausencia de conocimientos técnicos del procesado (o de la parte) obliga a cubrir el déficit con el patrocinio letrado, adopción que significa una serie de circunstancias donde obran interactuantes decisiones individuales e institucionales tendientes a validar el proceso jurisdiccional.

En efecto, la representación procesal se instala en el primer plano de las exigencias. Su inexistencia obliga al Estado a cubrir el vacío dispuesto, y por tanto si el cambio o asignación (según se trate de sustitución del abogado particular por el defensor público, o la directa designación de éste) no tiene en cuenta las garantías implícitas de conocimiento y aceptación, se quiebra de alguna manera, la confianza que debe primar en esa relación tan íntima que tienen defendidos y defensores.

Por ello, la garantía de la defensa en juicio supone que quien se encuentra sometido a enjuiciamiento pueda contar, al menos ante los tribunales de justicia, con asistencia profesional. En este sentido, son violatorias de esa garantía fundamental aquellas actuaciones en las cuales no son observadas las formas sustanciales del procedimiento, tales como hacer saber al procesado el derecho de designar defensor, cuando no se lo designara de oficio, o cuando no tuviese oportunidad de actuar el previamente designado.

¿Qué importancia tiene la designación de abogado de confianza? ¿basta con la asistencia letrada? o ¿puede el imputado ser suficientemente informado de sus derechos y decidir los casos en que requiera del patrocinio profesional?.

En el caso, nos interesa apuntar a un acto específico del procedimiento. Cuando debe producirse la declaración indagatoria ¿debe estar el encartado asistido por abogado? y en su caso ¿quién debe acompañarlo? ¿el que resulta por él mismo seleccionado? o en su ausencia ¿suple el defensor oficial el cargo?.

Conforme las posiciones que se adopten, pueden formularse respuestas diversas. A veces, se sostuvo que la falta de noticia cierta a la defensa, impide el ejercicio inicial de ese ministerio y priva potencialmente al imputado de comunicación, asesoramiento técnico y control de legalidad, en un acto que, siendo de estricta defensa material, se constituye en la piedra basal sobre la que se apoya la estructura del proceso, por lo que el perjuicio quiebra el resguardo del art. 18 de la Ley Fundamental.

Sin embargo, otros indican que en la ley procesal la protección a la garantía de la defensa en juicio no reside en el conocimiento del

> defensor designado, previo a la indagatoria sobre el hecho, sino en la adecuada información al imputado de la multiplicidad de facultades y derechos que regulan el caso -de los que es exclusivo titular- lo que posibilita que decida sobre su ejercicio en aquellos supuestos que son de imposición obligatoria, y el declarar acompañado de su defensor es precisamente uno de ellos.
>
> La tesis defiende el acto formal de notificación al imputado de los derechos que le asisten, sosteniendo que en la declaración indagatoria, por ser un acto personalísimo, puede optar por hacerlo sin asistencia alguna. Frente a ella, otros sostienen que *debe* comunicarse al abogado discernido, en cuyo caso se produce cierta vacilación para concretar si es suficiente con la notificación, o se requiere, además, la presencia efectiva en el acto de la indagatoria.
>
> Fuente legal de las posturas sería el Código Procesal penal de Córdoba, cuyo art. 293 refiere a la "opción" que tiene la defensa para estar o no en la actuación suscitada. Dicho ordenamiento podría tener influencia directa sobre el actual sistema procesal nacional, en el sentido de que la normativa de aplicación es idéntica, con la diferencia de haberse suprimido el párrafo que dice ..."*si alguno de ellos lo pidiere..."*, circunstancia que se interpreta -a menos que fuere producto de una omisión del legislador- como una expresa indicación de que el código nacional en modo alguno pretende exigir que el imputado advierta que acepta declarar sin su defensor, sino que basta con la conformidad para el acto, luego de ser informado de todos sus derechos.

Entre los principios básicos de las Naciones Unidas se especifica claramente que "...*A toda persona arrestada, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación..."*

b) La defensa técnica idónea

Seguidamente, la existencia de abogado si bien cubre formalmente la exigencia constitucional, no es suficiente cuando la intervención es deficitaria o directamente inidónea.

> Precisamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el "caso Gordillo" (setiembre 29/987) dijo que *"no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor*". Agregándose que "*frente a la expresa manifestación del recluso de su intención de recurrir a la vía extraordinaria local y federal encontrándose en término para hacerlo, ante la negativa del defensor oficial de no poder cumplir su cometido por no contar con tiempo material, le corresponde al tribunal reemplazar al letrado y brindar la posibilidad real de apelación, pues de lo contrario se viola el derecho de defensa en juicio*".

No se trata específicamente de derechos procesales (o de situaciones procesales), sino de derechos constitucionales los que están en juego (proximidad que tiene emparentamiento con los contenidos del derecho

procesal constitucional), por tanto, es deber de los jueces priorizar la asistencia idónea, más allá de las decisiones personales de autodefensa.

Esta deducción obedece a una causa justa que impera en todo debate ante la jurisdicción. La igualdad de armas entre el imputado y el Ministerio Fiscal no es equilibrada cuando el encartado actúa solitario. También esa soledad posible en la indagatoria violenta un razonable punto de cualificación en la defensa técnica.

> Vittorio Denti, uno de los más prestigiosos juristas italianos, dice que la renuncia voluntaria a la defensa no puede auspiciarse en los tribunales porqué se trata de un derecho constitucional que le impone al imputado ejercer los poderes procesales necesarios para defenderse en juicio e influir positivamente en la formación de la convicción del juez. Y además, porque la defensa en juicio es una garantía, que como exigencia de un adecuado desarrollo del proceso por un interés público general que trasciende los intereses del imputado, solamente es satisfecho cuando el contradictorio es efectivo y existe igualdad de armas real.
>
> En el sonado caso "Airey" fallado por el Tribunal de la Comisión Europea de Derechos Humanos (9-10-80) ya se había dicho que la necesidad de que la protección de los derechos reconocidos en los términos del convenio (que es válido en su lectura e inteligencia para todos los que se encuentran incorporados a nuestro derecho interno) no sean utópicos o ideales, sino que estén consagrados como derechos reales y efectivos.
>
> Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, muestra su preocupación por garantizar la defensa material y técnica de la persona, en los arts. 8.2 d y 8.2 e.

De modo tal que cuando la complejidad del caso requiera una defensa técnica ante los tribunales para defender adecuadamente la pretensión que se invoca, esta asistencia jurídica se impone como requisito de plenitud para la garantía de defensa.

Esto implica también, el derecho del procesado a elegir su defensor y a que represente con eficacia sus intereses, pudiendo suponer violación del derecho al debido proceso, en ciertas circunstancias, el que el Tribunal impida que una parte sea asistida por abogado, lo que únicamente se justificaría en procedimientos simples y de naturaleza no penal.

En síntesis, para nosotros el derecho a la defensa y la asistencia letrada se desenvuelve en un plano material, no procesal, porque la Constitución no fue pensada para auspiciar derechos declamativos o ideales, no es menester la prédica de abstracciones o hipótesis sostenidas en la sola formulación; todo lo contrario, en cuanto aquí interesa, el derecho al abogado abarca en materia penal un campo más intenso de obligaciones emergentes que, para la justicia supone informar la apertura del proceso penal y de los motivos de acusación, dotar de asistencia técnica oficial o disponer la libre selección por el encartado; preparar la tesis defensiva y concurrir a todos los actos de adquisición probatoria, entre otros.

> Cabe agregar que autores como Moreno Catena y Almagro Nosete coinciden en señalar que el derecho de defensa no se puede identificar con la defensa técnica, porque en rigor se trata de uno de los modos de llevar a cabo ese derecho. Por eso, sostienen que el derecho a la asistencia letrada está inmerso en la garantía de

> defensa, y particularmente, en la obligación constitucional de evitar la indefensión.

c) La autodefensa

Como una proyección de la garantía de asistencia letrada en el proceso, se encuentra la limitación razonable a la prohibición de autodefensa.

No se trata, claro está, de propiciar la sustitución de la parte por el representante legal abogado, sino de fomentar que, en toda la sustanciación de un procedimiento jurisdiccional, aquellas cuenten con el adecuado asesoramiento técnico que les permita decidir con criterio los caminos a seguir.

> Es particularmente interesante hurgar el porqué de una polémica que, aparentemente, no debería sufrir resistencia alguna. Pareciera difícil admitir la autodefensa técnica cuando no se tienen, adecuadamente, conocimientos profesionales.
>
> Ocurre que el modelo de enjuiciamiento reconoce uno de sus orígenes en el código de procedimiento penal francés por el cual el derecho a la designación de abogado era potestativo del imputado, de modo tal que si decidía no hacerlo valer, el sumario permanecía absolutamente secreto para él y sin posibilidad alguna de contradictorio hasta el momento del juicio oral en el que el Tribunal habría de proceder a designarle un abogado de oficio.
>
> La idea pilar sostenía que nadie podía mejor defenderse que quien sabía de los fundamentos y firmeza de la acusación, de forma que, conociendo los hechos imputados y la calificación jurídica, estaba en condiciones de obrar por sí mismo.
>
> Esta pauta fue tomada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, otorgando esa disponibilidad hasta el auto de procesamiento. Por tanto (situación que perdura en el actual sistema) la intervención del defensor esta jalonada en tres etapas bien definidas, la defensa técnica prohibida (antes del procesamiento), la defensa permitida (a partir del procesamiento) y la defensa técnica obligatoria que había de suceder con el trámite de calificación provisional.

Lo más importante del punto -que en otros países justifica grandes polémicas- se encuentra en saber si la autoayuda supone indefensión, en la medida que la técnica y el conocimiento del derecho tiene matices especiales que resuelven los problemas desde una visión diferente a la que provienen de juicios no profesionales.

Esta singularidad y el perfil propio que tiene el procedimiento penal constatan la difícil misión del juez para equilibrar los conflictos entre particulares, o con el Estado en ejercicio del *jus puniendi,* porque el déficit en una de las partes interesadas es manifiesto. No tiene objetividad ni crítica legalmente fundada aquél que, por sus propios medios, compromete su suerte y destino a la tesis de la sola creencia de estar asistido en derecho.

En consecuencia, es inconveniente para la noción del derecho de defensa en juicio sostener que el precepto se cumple dando posibilidad de autorepresentación, porque ello trasciende el espíritu de una dispensa legal pensada para hipótesis de menor compromiso procesal.

> El hecho de que la intervención del letrado no sea preceptiva en un proceso determinado no priva al justiciable -afirma Morello- del

> derecho de defensa y asistencia profesional idóneos, pues ese carácter (el de no ser preceptivo) no obliga a las partes a actuar personalmente sino que las faculta para elegir entre autodefensa y la defensa técnica, permaneciendo en tales casos incólume el derecho de asistencia letrada, y al litigante que carece de recursos económicos, a que se le provea de abogado de oficio, lo que es procedente cuando se solicite y resulte necesario.

La autodefensa, por sí misma, no se detiene en el voluntarismo simplista de quien lo resuelve; por el contrario, ella contrae una obligación constitucional de asistencia, por la cual, cuando se proclama la garantía de la defensa en juicio se pronuncia un llamado al patrocinio letrado.

Desde otro punto de vista, el derecho al proceso justo (o debido), en relación con la defensa procesal, no pretende omitir recaudos insertos en la misma garantía fundamental; al contrario, la idea es primar una interpretación que expanda la tutela y no la aprisione, elimine o rechace por una decisión caprichosa, o una simple conjetura legal sólo auspiciada por los mecanismos sofistas que soportan las ficciones de la ley.

> En definitiva, el órgano judicial debe guardar un celo especial para que esté presente el abogado y no se produzca indefensión a lo largo de todo el proceso, es decir, en todas sus fases o instancias. Igualmente, la falta de defensa letrada no supone violar la garantía de defensa, cuando no existe una indefensión material o un perjuicio evidente para el justiciable. Por tanto, sostiene Serrano Hoyo, repitiendo conceptos del Tribunal Constitucional español que, este derecho de asistencia letrada no es autónomo sino que necesita como requisito adicional que se haya producido indefensión.

Debiéramos agregar que, frente a una cultura jurídica como la nuestra, donde predomina el patrocinio letrado en causas civiles y penales, la cuestión puede parecer baladí; sin embargo, es importante plantearlo para despejar toda duda respecto a que se necesita tener asistencia técnica específica en todo tipo de procesos.

Ahora bien, ¿que ocurre cuando la parte no coincide con el asesoramiento que se le presta? ¿puede continuar el proceso por sí sola? ¿debe sustituir al abogado?. Si no fuera, por lo dicho anteriormente, el problema estaría en ver si es factible renunciar voluntariamente a la defensa técnica y asumir la autodefensa.

En estos casos, se plantea saber si tal decisión violenta la garantía del debido proceso al estar ausente el equilibrio de armas entre las partes en conflicto, sean ellas litigantes de un proceso privado, o fiscal e imputado en causas de naturaleza penal.

> "El problema, de gran trascendencia teórica y práctica, se planteó con toda su crudeza en el derecho comparado hace un par de décadas, en los denominados procesos políticos, cuando algunos encausados se negaron a aceptar la designación de abogados de oficio, a quienes consideraban representantes del sistema que ellos estimaban combatir. La duda, entonces, era si a pesar de esa defensa, es decir, ejercer su autodefensa, de todos modos debía procederse a la designación de tales defensores técnicos de oficio. La cuestión se traduce, en el fondo, en establecer si existe siempre una subordinación de la defensa técnica a la autodefensa, a la voluntad manifestada por la parte o sí, por el contrario, aquélla en algún

> momento puede desarrollarse con independencia de esta última" (Carocca Perez)

Habría que admitir que el proceso penal difiere del civil en que la postulación y fundamento de las pretensiones se ejerce simultáneamente por el abogado y su patrocinado. Es decir, mientras en el proceso civil la dirección y presentación de la causa sigue el curso indicado por el letrado; en lo penal la institución de la defensa contiene dos manifestaciones bien definidas: la que muestra el ejercicio de una defensa "privada" o material; y la que expresa la defensa "pública" o formal. De esta forma, aun cuando ambas coincidan en la búsqueda por afianzar la libertad, lo cierto es que responden a sustentos diferentes, porque el imputado ejerce la autodefensa estimulado por un análisis confrontado entre hechos y posibilidades emergentes sobre los cuales tiene pleno y acabado conocimiento (en su fuero íntimo sabe de su responsabilidad o inocencia); y el abogado a través de la defensa técnica prioriza los afanes de la sociedad que tienden a evitar la indefensión.

El carácter bifronte de la defensa obliga por implicancia a resolver que tipo de vinculación une al imputado (o a la parte) con su abogado.

Adviértase que el Estado tiene obligación de dotar de asistencia letrada al imputado que no la designa, circunstancia que lleva a pensar en un marcado carácter público del servicio.

> Así lo expresa Gimeno cuando sostiene que, el oficio de defensor, tanto por su origen (en el proceso penal acusatorio la sociedad exige que todo acusado sea defendido por letrado), como por su finalidad (hacer valer un derecho constitucional, como lo es el de la libertad del ciudadano), es una institución perteneciente al campo del derecho público, lo que sin duda explica el grado de autonomía que el abogado defensor ostenta dentro del proceso penal.

Por ello, cualquier decisión individual que pretenda soslayar la intervención letrada del proceso (de cualquier proceso) deviene nula, toda vez que vulnera un principio de raigambre constitucional que, por lo demás, obliga a la jurisdicción a cubrirla con los oficios de la defensoría pública.

No obstante, es posible atender particularidades del proceso penal que pueden justificar el apartamiento del abogado en un determinado acto procesal, pero sin llegar al extremo de la renuncia absoluta para todo el procedimiento.

Sostenemos nuestra discrepancia con este criterio, al contravenir el principio de igualdad y bosquejar un sofisma de garantía basado en la mera información de los derechos que se tienen.

Es claro, nos parece, que la única renuncia posible esta sobre el abogado discernido oficiosamente, para suplirlo por el "de confianza", o viceversa.

Un aporte más a esta consagración del derecho efectivo al abogado presente, se bosqueja en el clamor de la denominada justicia administrativa reclamando el patrocinio letrado obligatorio de todo administrado en crisis frente al Estado.

En verdad, la decisión del legislador de no requerir la asistencia de letrado en los juicios de aparente sencillez procesal puede resultar encomiable como deseo de acercar la justicia a los ciudadanos, pero advirtiendo que en

esos juicios se ventilan intereses sociales, dignos de tutela, como el derecho a la integridad física o el derecho a la vivienda en otros casos. Sin embargo, cabe introducir alguna fisura en esa conformidad, observando que la ignorancia de la técnica de defensa procesal puede conducir a apreciar la más grave indefensión judicial de los derechos e intereses legítimos del ciudadano si se le permite caminar por sí solo en el complejo laberinto jurisdiccional.

d) La asistencia jurídica gratuita

Teniendo presente lo expuesto, y guiados por nuestras instituciones procesales, la asistencia letrada es una obligación impuesta como deber técnico para satisfacer la validez del proceso. Cuando alguien no tiene patrocinio letrado el juez o tribunal tiene que ordenar el patrocinio.

No obstante, en España el Tribunal Constitucional ha declarado que:

> *"El hecho de poder comparecer personalmente ante un juez o tribunal no es causa que haga decaer ese derecho a la asistencia letrada, pues el cumplimiento de los presupuestos de validez de los actos procesales no basta necesariamente para satisfacer las exigencias de su derecho fundamental garantizado por la Constitución. En relación con ello, es de considerar que las normas legales deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales y, en virtud de ello, corresponde tener presente que el art. 10 de la LECiv. al establecer excepciones a la norma general de intervención preceptiva de abogado en los procesos, no está obligando a las partes a que actúen personalmente sino concediéndoles la facultad de elegir la autodefensa o la defensa técnica, siendo ambos medios idóneos para realizar actos procesales válidos; en su consecuencia, el derecho de asistencia letrada permanece incólume en tales supuestos, quedando su ejercicio en la disponibilidad de la parte"* (T.C., sentencia del 22 de abril de 1987).

El hecho de comparecer personalmente ante un juez o tribunal no elimina el derecho a tener abogado, pues para el cumplimiento de los actos procesales el patrocinio letrado es imprescindible para dar validez a esas actuaciones.

El problema, no obstante, debe enfocarse desde posiciones distintas, toda vez que la intervención del abogado es ineludible en los procesos penales, y muestra algunas flexibilidades en materia civil.

Es sabido que, desde las primeras actuaciones suscitadas en el procedimiento punitivo, todo acusado debe saber que tiene el derecho de nombrar un defensor, aunque pueda autodefenderse -si con ello no obsta a la buena tramitación de la causa-; y si no lo hace el juez debe designarle un abogado de oficio.

> En Estados Unidos -informa Carrió- un derecho similar a ser provisto de abogado defensor en la instancia de apelación fue finalmente reconocido a todo acusado carente de recursos económicos (in re: *Douglas c/ California, 372, US 353 -1963-).*

En todos los casos, la garantía que presta el asesoramiento no basta si no está acreditada suficientemente la idoneidad (efectividad) de lo actuado. No supone esta actividad que el imputado sea liberado o sobreseído, sino que, a partir de los actos impulsados desde la defensa, haya tenido posibilidad concreta de ser oído.

> En la obra de Alejandro Carrió se pueden encontrar numerosos precedentes jurisprudenciales que son analizados magníficamente por el autor, observando en cada caso, como se exige el recaudo de la defensa efectiva. El tema se torna muy interesante cuando se confronta con el precedente del tribunal constitucional español destacado al comienzo.
>
> En efecto, dice Carrió, explicando las diferencias, que el criterio de designarle un defensor al procesado aun en contra de su voluntad, o el de suplir sus omisiones -deliberadas o inconscientes- de defenderse, está en realidad en línea con una postura propia de los países cuyo sistema de enjuiciamiento penal proviene de los originados en la Europa continental. De acuerdo a esa postura, el proceso penal es visto como algo más que una contienda entre particulares que la justicia ha de decidir. El Estado debe asumir un rol mucho más activo y determinar en forma previa y a través de un funcionario judicial -llámese Juez de instrucción o Fiscal- cuáles han sido los hechos y qué pruebas son las relevantes para decidir la culpabilidad o inocencia del acusado. No será este último por consiguiente, quien tome las decisiones más relevantes relativas la forma en que debe defenderse, si lo hará o no personalmente, qué pruebas introducirá en su defensa, etcétera. En consecuencia, con este criterio se entiende por ejemplo, que para el sistema del anterior Código de Procedimientos en materia penal, una confesión judicial aun prestada libremente y con todas las garantías del caso, no fuera suficiente para considerar cerrada la contienda. El juicio del acusado debía igualmente tener lugar, y aquella confesión sólo valdría como prueba si la existencia del delito estaba legalmente comprobada y la confesión concordaba con sus circunstancias y accidentes (art. 316 inciso 7º).
>
> Los sistemas de enjuiciamiento anglosajones muestran en este aspecto una apreciable diferencia. La encuesta oficial previa al juicio, propia de los sistemas continentales, es reemplazada por un breve informe policial. El acusado es quien toma las decisiones básicas relativas a la prueba que presentará en su defensa, si habrá de defenderse personalmente o por abogado, si el juicio será por jurados o por jueces de derecho, e incluso si habrá en realidad un juicio, pudiendo aquél declararse culpable en forma previa y evitar así dispendio jurisdiccional. De acuerdo a esta ideología, es natural que el Estado no adopte una actitud tuitiva y acuerde plena virtualidad a las decisiones del procesado, incluso en relación con aquellas que lo perjudiquen.

Esta idea de "efectividad", en algunos países, España por ejemplo, se asume como un derecho constitucional público y subjetivo, en virtud del cual todo imputado tiene derecho a designar un abogado defensor de su confianza, que lo atienda desde el primer acto de imputación y durante todo el proceso, es decir, hasta la terminación de la ejecución en su caso, y, para el supuesto de que no lo pueda designar por el motivo que fuere, incluido el económico, tiene derecho a que se le asigne uno de oficio

Podemos sostener que, con pequeñas diferencias, el sistema rige y se aplica también en el procedimiento local.

Pero veamos la situación en la óptica del proceso civil, o directamente, en los supuestos de procesos constitucionales donde la materia a resolver no ventila -por vía de principio- derechos subjetivos propios.

En nuestro país, el código procesal establece la obligatoriedad del abogado como un problema de representación en juicio. La garantía de defensa se cubre con la sola presencia de partes efectivamente asistidas de letrado o con poderes suficientes de representación.

Las normas que regulan estas cuestiones son de orden técnico, porque lo atinente a la garantía constitucional para tener un "debido proceso" está diseñado como un derecho público subjetivo que el juez o tribunal tiene el deber de cubrir con la designación de un Defensor de Pobres o ausentes, según el caso, que son los funcionarios destinados a preservar la garantía de bilateralidad y contradicción.

> En España la designación de abogado de oficio se reconoce, incluso en aquellos supuestos en los que legalmente no sea preceptiva su intervención, en cuyo caso, el juez o tribunal, mediante auto motivado, lo convoca para garantizar la igualdad de partes en el proceso. Viene así a darse reconocimiento legal a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional, en consonancia con lo previsto en el art. 6.3.c del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En dicho precepto se reconoce el derecho a la asistencia letrada gratuita, cuando la parte carezca de recursos para pagarlo, y cuando lo exijan los *intereses de la justicia*, lo cual significa que la designación de abogado de oficio no se supedita al hecho de que la intervención del abogado sea legalmente obligatoria.

La defensa en juicio esta en el artículo 18 de la Constitución Nacional, pero no es especifica en parte alguna este derecho a la asistencia letrada idónea, aun cuando pudiera colegirse entre las garantías implícitas. Tampoco se habla del acceso ilimitado a la justicia (a no ser una expansión inédita del art. 43), ni de resolver por la vía del artículo 16, las dificultades del carente de recursos.

Cada tema es objeto de una dispensa legal, como lo tiene el código procesal civil y comercial de la nación en los artículos 78 a 87, donde rescatamos alguna jurisprudencia tuitiva que dice:

> *"Si bien para conceder el beneficio de litigar sin gastos deben ser acreditadas las exigencias legales, como se trata de una institución que está destinada a asegurar la defensa en juicio, no es dable exigir la prueba acabada de la carencia de recursos necesarios para hacer frente a los gastos que origine la actividad jurisdiccional, siendo suficiente la testifical producida en estas actuaciones, reveladora de indicios que bastan para apreciar ´prima facie´ la capacidad económica de los reclamantes. Por lo demás, nada impide que la oponente justifique mediante prueba contraria a la aquí producida, la improcedencia del beneficio, en virtud de lo dispuesto por el art. 82, párrafo 3º del CPC" (*CNCiv., sala C, octubre 14/982).

Establecen la gratuidad de la justicia, entre otros, el art. 119 de la Constitución española que dice:

> *La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y, en todo caso, respecto a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.*

> El 12 de julio de 1996 entró en vigor la nueva ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, aprobada el 10 de enero de 1996, ley que da configuración legal al derecho constitucional reconocido en el artículo 119 de la Constitución española

¿Qué importancia tiene esta diferencia?. La primera y fundamental es que, el Estado que asume la responsabilidad de prestar justicia gratuitamente, acepta el rol asistencial o solidario que debe tener una prestación tan importante para la vida en sociedad. Esto supone privilegiar la tarea de gobierno antes que descargar en las personas o en las entidades vinculadas al sistema, la obligación de prestar asistencia jurídica.

> Bien apunta Bachmaier que, el derecho a la justicia gratuita se enfoca sobre todo como una prestación para asegurar la efectividad del principio de igualdad en el acceso a la justicia, y no como un servicio público cuyos gastos deban ser asumidos en todo caso y respecto de cualquier ciudadano por el Estado.

En segundo término, puede afirmarse que al igual que los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad de armas, al estar asistido de abogado, de los que la gratuidad es instrumento y concreción, este derecho es no sólo garantía de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia, en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes litigantes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a derecho; aunque sin duda, su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello. Más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar.

> En una de las últimas obras de Morello (*Constitución y Proceso*) se reseña el voto -en minoría- del Dr. Adolfo Vázquez, ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, por el cual se reafirma el criterio por el cual se tiene al derecho de acceso a la justicia como una derivación natural del derecho a la defensa en juicio. Las bases que respaldan la opinión son las siguientes: a) del principio de "afianzar la justicia" que se encuentra incorporado al Preámbulo de la Ley Fundamental, resulta la consecuencia de que el servicio (Poder) de Justicia debe ser irrestricto, por donde a tal carácter (irrestricto) las leyes de fondo y de forma *deben ajustarse*; y con mucha más razón la interpretación jurisprudencial; b) el medio de llevar a la práctica ese propósito basilar (asegurar que el referido servicio sea irrestricto para toda y cualquiera persona) sólo se logra -base democrática e igualitaria- mediante su gratuidad, cuando menos desde el acceso a él y hasta que el derecho sea decidido, es decir, hasta que los jueces se expidan definitivamente en la causa, dando a cada uno lo suyo; c) por ende, el principio del acceso a la jurisdicción, *sin pago previo alguno*, tiene raigambre constitucional, porque de ese modo se asegura *efectivamente* a cada persona, la posibilidad de recurrir a los estrados de los tribunales, brindándose un *amparo igual* para todos en el ejercicio del derecho; d) la conclusión es bien categórica: cualquier impedimento, restricción, postergación u obstáculo puesto en contra del efectivo derecho de ejercer la defensa en juicio, debe ser mirado por la Corte Suprema con estrictez y rigurosidad, pues *la garantía* de afianzar la justicia aunada al principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN) son dos fundamentos básicos de nuestro ordenamiento jurídico (CS, 15 de Julio de 1997, in re: "Romano, Francisco Javier vs. Baguaso, Eduardo José").

Bibliografía Capítulo VI

Almagro Nosete, José, *La prohibición constitucional de indefensión*, en *Comentarios a las leyes políticas,* editorial del Poder Judicial de España, Madrid, 1983 (tomo III)

Bachmaier, Lorena, *La asistencia jurídica gratuita,* editorial Comares, Granada, 1997.

Bandrés Sanchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional,* editorial Aranzadi, Pamplona, 1992.

Cappelletti, Mauro - Vigoriti, Vincenzo, *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation,* editorial Giuffré, Milano, 1984.

Carocca Perez, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, editorial Bosch, Barcelona, 1997.

Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal,* editorial Hammurabi (2ª), Buenos Aires, 1997

Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva,* editorial Bosch, Barcelona, 1994.

Denti, Vittorio, *La difessa come diritto e come garanzie dell´autodifessa nel processo penale*, editorial Zanichelli, Bologna, 1977.

Gelsi Bidart, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre común,* editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987. *El principio de congruencia en todo proceso.* Comunicación al XI Congreso Nacional (Argentino) de Derecho Procesal, La Plata, 1981.

Gimeno Sendra, José Vicente, *Constitución y proceso*, editorial Tecnos, Madrid, 1988. *Fundamentos de derecho procesal*, editorial Cívitas, Madrid, 1981.

Gomez Colomer, Juan Luis, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal,* editorial Bosch, Barcelona, 1988.

González Perez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional,* editorial Cívitas, Madrid, 1984.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo,* editorial Depalma, Buenos Aires, 1998. *La justicia constitucional,*editorial Depalma, Buenos Aires, 1994. *El significado actual de la Constitución,* editorial UNAM, México, 1998 (varios autores).

Guarnieri, Carlos, *L´independenza della magistratura,* editorial Padova, 1981.

Häberle, Peter, *Derecho constitucional común europeo,* trad. de Emilio Muranda Franco, coordinador Antonio Enrique Perez Luño, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.

Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1995.

Hoyos, Arturo, *El debido proceso*, editorial Temis, Bogotá, 1996.

Martinez Pujalte, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales,* editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Morello, Augusto Mario, *Estudios de derecho procesal,* tomo II, editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. *Constitución y Proceso (La nueva edad de las garantías jurisdiccionales)*, editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Moreno Catena, Víctor, *La defensa en el proceso penal,* editorial Cívitas. Madrid, 1982.

Picó I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1997.

Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1998.

Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en el Liber Amicorum a Héctor Fix Zamudio, volumen 2, CIDH, San José de Costa Rica, 1998.

Rosatti, Horacio D., *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1984.

Serrano Hoyo, Gregorio, *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso,* editorial Comares, Granada, 1997.

Ticona Postigo, Víctor, *El debido proceso y la demanda civil, tomo I* , editorial Rodhas, Lima, 1998.

CAPÍTULO VII. El debido proceso

27. Introducción. Debido proceso "*procesal*" y "*sustancial*".

El debido proceso responde en el constitucionalismo argentino al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo, reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad.

> Linares, en su clásica obra, advertía que la Corte Suprema de Justicia al resolver con base en el artículo 28 de la Constitución Nacional -que impide a las leyes alterar los principios, garantías y derechos previstos en los artículos anteriores al 28 por medio de la reglamentación del ejercicio de los mismos- no ha utilizado la expresión debido proceso, pero es ubicable dentro de esta institución la jurisprudencia que ha desarrollado desde el año 1903 y otros precedentes.

El adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso.*

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

El carácter bifronte que mencionamos tiene otra fuente en el derecho anglosajón que a través de la frase "*due process of law*" -que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 "*per legem terrae", "by the law of the land*"- ha desarrollado un alcance no sólo procesal, sino inclusive, informador de todo el ordenamiento jurídico.

> Entre los autores ingleses existe consenso para definir al menos unos pocos contenidos acerca de cómo ha de ser un proceso debido. En este sentido se concibe como una válvula reguladora entre la libertad individual y las previsibles imposiciones de la autoridad, asumiendo la existencia de conflictos entre los ciudadanos y aquella y encauzando la resolución de los mismos por medio de procedimientos legales. Es el concreto alcance de esa legalidad el que ha ofrecido sucesivas versiones del *due process of law,* dependiendo de conceptos indeterminados tales como interés general, arbitrariedad, injusto o desleal.
>
> Recordemos que el texto de la Carta Magna, en este punto es el siguiente: *"That no man of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken, nor imprisoned, nor desinherited, nor put to death, without being brought in answer by due processo of law",* que significa: "Ninguna persona, cualquiera que sea su condición o estamento, será privada de su tierra, ni de su libertad,

> ni desheredado, ni sometido a pena de muerte, sin que antes responda a los cargos en un debido proceso legal".

En Estados Unidos, la Corte federal ha seguido estas consignas estableciendo en el concepto de debido proceso al menos dos garantías mínimas:

a) "*due process procesal",* que significa que ningún órgano jurisdiccional puede privar a las personas de la vida, libertad o propiedad, a excepción que tenga la oportunidad de alegar y ser oída, y

b) "*due process sustantivo"*, que quiere decir que el gobierno no puede limitar o privar arbitrariamente a los individuos de ciertos derechos fundamentales contenidos en la Constitución. De esta forma se crea un poder de control sobre la discrecionalidad administrativa.

> Explica Esparza Leibar que la finalidad del *due process of law* procesal la constituye en esencia la garantía de un juicio limpio para las partes en cualquier proceso y en especial para las partes en el proceso penal, ya que la función jurisdiccional aplicada de acuerdo a sus características minimiza el riesgo de soluciones injustas.
>
> Mientras que el *due process of law* sustantivo considera los límites impuestos a la administración para restringir libertades con excepción de motivos que lo justifiquen plenamente.
>
> Alvarado Velloso dice acertadamente que la mayor parte de la doctrina, clásica y posterior, siempre procuró definir al debido proceso sobre conceptos negativos (*no es debido proceso aquél que...*), estimando que el verdadero alcance termina, siempre, como un derecho a la jurisdicción, esto es, el respeto supremo a la regla lógica que desarrolla el proceso judicial: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa. En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios.

28. Los Tratados y Convenciones supranacionales

Diversas convenciones y tratados de carácter supranacional indican un mínimo de garantías procesales que pueden instalarse en el concepto del proceso debido.

La orientación no agrega fundamentos a una línea de principios fundamentales, sino antes bien, por la jerarquía constitucional que ellos tienen, ponen un horizonte de interpretación que ni la ley suprema ni las cortes locales pueden variar.

> *La* **Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre** *establece que toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. XVIII-Derecho de Justicia).*
>
> *La* **Declaración Universal de Derechos Humanos**, *por su parte, contiene varias disposiciones. Entre ellas se dice que toda*

persona tiene derecho a un recurso efectivo (art. 8); que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (art.9); que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (art.10); a que se lo presuma inocente mientras no se prueba su culpabilidad (art. 11).

El **Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos** *aprobado en nuestro país por la ley 23.313, establece que el país se compromete a garantizar a toda persona, cuyos derechos o libertades reconocidos por el Pacto, se hubieran violado, un recurso efectivo, que podrá presentar ante las autoridad competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege (art. 2. apartado 3, incisos a, b y c). El artículo 9º tutela los derechos a la libertad y a la seguridad personales, procurando evitar las detenciones arbitrarias o el juicio ilegal. El artículo 14 focaliza especialmente el punto que consideramos en el acápite, diciendo:*

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública; excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá, en plena igualdad, las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas.

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

e) A interrogar o hacer interrogatorios de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (*Pacto de San José de Costa Rica), con el mismo sentido y preocupación dispone en el art. 8º (garantías judiciales) que:*

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulado contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su

culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Además queda establecido el parámetro del recurso sencillo y rápido como mecanismo procesal prometido como amparo contra los actos que violen cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en la Convención (art. 25)

La función garantista que el proceso adopta, se expresa también en la **Convención sobre los derechos del niño,** *cuyo art. 40 reproduce en parte las garantías mínimas establecidas, agregando importantes instituciones como el abogado del niño (art. 37).*

Vinculando normas con derecho judicial no pueden descartarse las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues ella ha dejado bien establecido que la garantía del recurso sencillo y eficaz que todo Estado debe tener para la protección efectiva de los derechos fundamentales, no basta con encontrarlo prescripto en una ley formal o en la misma constitución, sino que sea auténticamente posible.

En este aspecto, la OC 8/87 conformó las garantías judiciales mínimas indispensables para lograr la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades que, eventualmente, pudieran encontrarse suspendidos por disposición del Estado.

> La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si 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. Ello puede ocurrir, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial (Considerando 24, OC8/87)

En resumen, si tenemos en cuenta que el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional 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 debido proceso legal.

Para una mejor interpretación, es conveniente regresar a la doble lectura del principio establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, de modo tal que, por una parte deben analizarse las condiciones previstas para la seguridad personal y las garantías individuales; y por otra, las que en todo proceso judicial deben mantenerse vigentes.

Serían, en consecuencia, garantías esenciales para el debido proceso legal aquellas que resguardan el acceso a la justicia (derecho de acción); que otorgan un procedimiento y un juez o tribunal para que lo sustancie (derecho a la jurisdicción), y específicamente las siguientes:

a) Derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz

b) Derecho a un proceso con todas las garantías de imparcialidad y justicia

c) Derecho a la prueba y a los recursos, o en otros términos, a la regularidad de la instancia

d) Derecho de acceso a la justicia, sea como garantía para ser oído en cualquier circunstancia, o como cobertura asistencial para el carente de recursos

e) Derecho a un proceso público, o "de cara al pueblo"

Mientras que el *procedimiento penal* contrae algunas garantías especiales, como son:

a) El estado de inocencia

b) A ser informado en el idioma del inculpado de las causas de la acusación

c) Derecho al abogado o a la autodefensa

d) A ser juzgado sin dilaciones indebidas

e) Derecho a la prueba, y a recurrir la sentencia condenatoria

f) Derecho a la indemnización por error judicial

29. Garantías generales del debido proceso.

El proceso se integra, necesariamente, 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 excedan 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 deben garantizarse a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades.

En sus comienzos, el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), el derecho a ser oído, así como las garantías del Juez predeterminado, la independencia del órgano y su imparcialidad, entre otras, eran vistas como partes del "debido proceso sustancial", actualmente pareciera mejor incluirlos dentro del "derecho a la jurisdicción", por el cual la garantía se amplía al trascenderla del reducto procesal, tal como vimos en el capítulo anterior.

Corresponde ahora, observar las garantías mínimas que aseguran el "debido proceso".

29.1 El debido proceso y las garantías generales:

Derecho al proceso con todas las garantías

No es esta una garantía concreta que se especifique con tal o cual acto; antes bien, es un mandato dirigido al Juez o Tribunal para que en todo proceso resuelva las potenciales fisuras que alteran las reglas del debido proceso.

Es, de alguna manera, una garantía residual donde anidan:

a) *el derecho a ser juzgado por Tribunales previamente establecidos*; con la premisa de evitar la actuación directa de la autoridad o de un particular que pretenda atribuirse ilegalmente jurisdicción sobre las cosas o personas.

b) *que se dé plena observancia a las formalidades esenciales del procedimiento*; por el cual se tiende a garantizar el principio de igualdad en el proceso (de oportunidades -que cada parte tenga idénticas posibilidades de alegación y prueba-, y económico -que la mejor fortuna de uno no avasalle los derechos del otro-); de tener una sentencia fundada; de poder recurrir contra ella, etc.

> Las indicadas formalidades esenciales, según Bazdresch, consisten en la competencia, la procedencia de la acción, el emplazamiento en materia civil o la noticia de la acusación en materia penal, la oportunidad de aportar pruebas, la de razonar la defensa (alegatos), la sentencia congruente, motivada y fundada, y la posibilidad de interponer los recursos instituidos. Todo ello para garantizar el adecuado y legal conocimiento del caso, así como su decisión en justicia.

c) *que se asegure el derecho a tener un Juez independiente e imparcial,* a cuyo fin será importante recabar los instrumentos procesales que tengan las partes para denunciar las causas que determinen la imparcialidad hipotética (causales de recusación).

29.2. Autoridad del proceso e imparcialidad

No es este un tema estrictamente correspondiente al tema del debido proceso; se vincula con la función constitucional de los jueces y, por su trascendencia, en la teoría general del derecho procesal.

¿Porqué, entonces, ocuparnos de la cuestión en este preciso capítulo?

El problema aparece con las potestades que tiene el Juez para desarrollar el proceso manteniendo, en toda la instancia, los principios que venimos comentando.

La autoridad se refleja en distintas decisiones; desde la última e imprescindible para fortalecer la confianza en la institución, que es la ejecución por la fuerza cuando el mandato judicial no se cumple; hasta otras menores, como son las medidas correctivas por la inconducta procesal.

Pero también, la *autoridad procesal* pondera otros valores, tales como la conducción y depuración del proceso, la investigación de la verdad, la prudencia y equilibrio, entre otros contenidos axiológicos que muestran la complejidad del principio.

Evidentemente, la voz *autoridad* contrae algún riesgo interpretativo que pasa más por lo idiomático que por la situación real afrontada. Ocurre que en la historia del proceso civil, la figura del Juez ocupó implícitamente aspectos políticos que el tiempo fue reciclando.

En nuestra materia es muy importante atender la función y los poderes que el juez constitucional puede cumplimentar. Si bien, todo proceso rinde tributo al brocárdico *judex debet judicare secundum allegata et probata a partibus*, por el que observamos la natural prohibición dirigida al órgano judicial para asumir pruebas que no fueran aportadas por las partes; también debe atenderse que la bilateralidad, la contradicción, la sentencia y los efectos de la cosa juzgada, en alguna manera, difieren cuando la materia versa sobre conflictos constitucionales o derechos humanos, *lato sensu.*

> En el estudio de la naturaleza jurídica del proceso, también se advierte como la secuencia teórica va desplazando las posiciones que explicaban al litigio sólo como un asunto de partes. Recién con la teoría de la relación procesal ingresa un tercer personaje en la polémica y, a partir de allí, comienzan los albures para determinar su función en el proceso.
>
> Claro fue que la referencia al *principio de autoridad* importó lesionar la evolución alcanzada, porque el tiempo político, su circunstancia, y ciertas condiciones socioeconómicas giraron la problemática hacia el contenido "fascista" del postulado, desconociendo el verdadero rostro, espejado en los poderes de la jurisdicción y en el valor de ésta como regulador y modelo de la conducta y convivencia social.

El pasaje del proceso de manos privadas al interés público transformó la consideración del principio de autoridad. El quid no está asentado, desde entonces, en la mera facultad de ejecutar lo juzgado, sino en un conjunto de atribuciones que polarizan su presentación, cual las dos caras del "dios Jano".

Ahora bien, la pregunta que corresponde hacer versa sobre la "pertenencia" del proceso constitucional. Auténticamente, ¿resuelve conflictos personales, o son derechos subjetivos públicos que trascienden el interés privado? y en su caso, ¿las potestades jurisdiccionales son iguales en todo tipo de proceso?.

Procuremos algunas respuestas:

Es notoria la identificación del proceso romano con el proceso civil moderno, siendo en esta oportunidad extralimitado observar esa injerencia. Sí, en cambio, pueden deducirse claros principios como el de la autoridad de la jurisdicción, el interés para obrar, la finalidad de la prueba y el procedimiento, para afirmar dicha influencia.

En efecto, el proceso romano estaba dominado por el principio de la libre convicción del Juez; convencimiento que para su mejor desarrollo y formación se establecía en base a un procedimiento oral. Pero este sistema fue lentamente desapareciendo. Con la invasión bárbara y la instauración del proceso germano en Italia, y después en España, el modelo romano se difuminó. A pesar de que el sistema impuesto también era de tipo oral, la base era sacramental, invocando los juicios de Dios, más que la seguridad de la prueba reunida.

> Un libro muy interesante plantea la supervivencia del proceso romano a través del tiempo, donde afirma que desde la época justinianea hasta los tiempos pandectistas del siglo XIX y aún hasta bien entrado el siglo XX a través de la legislación procesal hispanoamericana que, con la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 y sus reportes latinoamericanos en los ordenamientos peruano de 1911, Chile de 1903 y el primer código de procedimientos nacional vertebrado en la ley 14.237, no eran más que transcripciones del lenguaje forense aplicado en la Partida III del siglo XII, que a su vez, recoge el proceso común medieval.

La infiltración del germanismo en el proceso romano fue mitigado en parte por la notable influencia de la Iglesia, dando lugar a un tipo especial que se llamó *proceso común* (o romano-canónico).

La denominación se debió a que regía en cuanto no fuese derogado por leyes especiales. Sistemáticamente se cumplía en etapas secuenciales que

dividían el proceso en ciclos que respondían a la iniciativa de las partes que, a tal fin se expresaban por escrito.

> En España, dice Couture, "con la invasión visigoda aparecen frente a frente, no sólo dos razas, sino dos pueblos de antagónico sentido jurídico. El pueblo español, se regía por el derecho procesal romano, que a esa altura del siglo V ya había entrado en una etapa de evolución perfeccionada, pues contaba con un orden jurídico firme, órganos de jurisdicción y un sistema racional de prueba; en tanto que para el espíritu guerrero de los germanos, el proceso era una lucha más; no tenían organización política ni judicial y en el proceso sólo habla la voz de Dios y el Juez se limita a constatarlo. Ambos derechos se transforman luego por influencia recíproca y esas transformaciones se concretan en el Fuero Juzgo, el cuerpo legal de mayor sentido humano no superado en ese aspecto por los códigos posteriores.
>
> Luego, la campaña árabe destruyó la aplicación del Fuero Juzgo, dando lugar a la legislación foral que dominó gran parte del tiempo que pervivió la invasión.
>
> En 1528, Alfonso El Sabio redactó las Siete Partidas, de la cual la tercera reglaba el procedimiento civil. Posteriormente, apurando el paso de la historia, esas leyes se reagruparon y fueron compiladas (V.gr: Ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación, etc.) hasta llegar a la ley de enjuiciamiento civil de 1855, cuyas aguas hemos seguido.

De este modo, nuestro procedimiento se orquestó sobre la base de un sistema escrito, tanto en la materia común como en la ejecutiva. El proceso no tenía autonomía conceptual, se observaba como un mero orden ritual de seguimiento al derecho conflictuado. Como tal, sólo a las partes interesaba el contenido del litigio y en aquél, el Juez aparecía como un árbitro encargado de dirimir la contienda sobre el recuento de la pruebas producidas.

De esta suerte de breve compilación de la historia del proceso, surgen dos líneas que determinan en lo sucesivo el destino del derecho procesal: el procedimentalismo*, resta toda importancia al emplazamiento del proceso como institución esencial del derecho procesal que nutre y da vida a las garantías fundamentales que deben resguardarse en todo conflicto de intereses suscitados ante un órgano jurisdiccional. Se otorga relevancia a la disponibilidad de las partes tanto para ordenar el procedimiento, como para decidir el curso de sus intereses sin participación de la voluntad estatal. El Juez, es solamente un decisor que no se compromete con otra finalidad que no sea aquella que las partes proponen. Por su lado el* procesalismo*, creó las bases de la moderna ciencia procesal, estructurada en los tres pilares clásicos del asentamiento de la materia: jurisdicción, acción y proceso. Cada una de ellas destaca su interacción, de modo tal que, pensar en un esquema donde se encuentra ausente una de estas columnas es destruir el edificio en que se construye la teoría general. El procesalismo no atendió principalmente el interés privado, privilegió el interés social. Procuró llegar con los poderes deductorios otorgados al juez a la verdad real, objetiva, evitando el modelo desigual e insatisfactorio del sistema dispositivo.*

También la transformación significó satisfacer un interés privado, y el proceso tuteló, entonces, sólo trascendencias del sujeto privado que podían o no afectar al Estado o a toda la sociedad.

El siglo XX importa un cambio importante, sobremanera en la forma de considerar al proceso civil como "cosa" exclusiva de partes.

La concepción social cobra fuerza a partir de la influencia constitucional en el proceso, y del activismo que regresa hacia el Juez como director del proceso.

La publicización eleva al litigio dentro de la esfera del derecho público, y por él se entiende que un individuo que acude a la jurisdicción no tutela ya solamente un interés privado sino que, por vía de la despersonalización del derecho subjetivo y de la socialización del derecho, muda hacia un marco de protección que considera la situación global de la sociedad.

Hoy en día esta línea directriz parece consagrada: el proceso es público, porque aún resolviendo conflictos privados, generaliza sus respuestas dando pautas de convivencia social.

> También es cierto que el proceso actual no es una historia de batallas, de derrotas y victorias. El epicentro de sus inquietudes se orienta hacia lo que se ha llamado el elemento humano del procedimiento, lo que un congreso internacional convocó como lema: hacia una justicia de rostro más humano.
>
> Quizás tampoco sea éste el sistema más ventajoso; ni siquiera puede asegurarse como definitivo, porque precisamente las cosas del derecho son absolutas y permanentemente mutables, donde las mejores intenciones del realizador llevan implícito el riesgo de lo colectivo. Tal como ha dicho Grosso "la experiencia del hombre de derecho lo obliga a darse cuenta de su doloroso pero también glorioso destino de perenne relatividad y mutabilidad.

El derecho procesal constitucional asume el modelo a riesgo de quebrar la sagrada instrumentalidad del proceso, y aun a costa de los derechos individuales.

Este fenómeno no ha sido advertido por el Juez latinoamericano, quien sigue prendido al modelo romano, y no ejercita una cabal misión de contralor de la supremacía constitucional. Por lo común, espera el planteo de parte interesada; permite la bilateralidad del conflicto y la defensa de lo inconstitucional o probablemente ilegítimo (según se trate de una cuestión de constitucionalidad; o de un acto administrativo cuestionado) manteniendo el esquema de debate como si se tratara de un proceso ordinario, con las mismas reglas de la carga probatoria; oportunidad de alegar y probar; preclusión de actos; etc. etc., que no hacen más que eludir la misión última y esencial del Juez Constitucional. Por ello, muchas veces, el sistema concentrado resuelve con mejores elementos este problema huidizo de hacer valer los derechos fundamentales.

La autoridad proclamada no significa quebrar el principio de neutralidad

En efecto, refiriéndonos a la *neutralidad* del Juez, por supuesto que no sugerimos la *imparcialidad* de aquél, porque ésta es natural, propia y exigida para el cumplimiento efectivo de la jurisdicción. La *neutralidad* que citamos provoca un concepto técnico, significa decir que *el Juez no interviene en forma activa en la marcha del proceso*.

De este modo, todas las etapas del procedimiento no son auxiliadas por el tercero decisor; él sólo *provee* sin iniciativa, impulso, ni tipo alguno de conducción u orientación.

El principio extrema la regla según la cual el Juez no puede actuar si no es a pedido de parte (*ne procedat iudex ex officio*).

A este primer tipo de intervención suele denominarse: *Juez espectador*, y desde el plano de política procesal se acuña como modelo de ideología liberal, conforme al cual el órgano jurisdiccional debe mantenerse ajeno al conflicto privado para situarse distante e imparcial. Sólo las partes generan y producen la prueba que hace a la demostración de sus respectivas informaciones sin que tenga el Juez actividad investigadora.

La neutralidad supone, a su vez, que la iniciativa pertenece a las partes. El juez no puede actuar de oficio, ni aun invocando el orden público. El tiene que respetar a ultranza el marco litigioso, el cual no puede extenderlo ni restringirlo. En definitiva, debe resolver en los términos delimitados por el objeto y la causa de pedir.

En las sucesivas instancias, el impulso descansa en los contendientes y la rapidez depende de la actividad que ellos provoquen. Finalmente, la sentencia debe fallarse con estricto ajuste a la pretensión. El Juez no puede, pues, modificar, para extenderla ni para restringirla, la esfera del proceso, tal como ha sido delimitada, en cuanto al objeto y en cuanto a la causa del litigio, por las partes.

> Alcalá Zamora destacó con suma precisión el contenido político de estas posiciones, pues, tanto el *liberalismo* argüido en defensa de la neutralidad, como el *autoritarismo* que postergaba, hipotéticamente, la figura del Juez director, eran sutilezas que mostraban, en definitiva, si la forma y métodos de gobierno imperantes en un país en un momento dado, repercuten ineludiblemente sobre el enjuiciamiento respectivo o si, por el contrario, integran actividades que se mueven en órbitas distintas.
>
> Al parecer, disgustaban esas dualidades inconducentes para solucionar un diseño práctico, del cual derivaba el procedimiento. Fue así que Couture aleccionó sobre ello, diciendo que "las dictaduras y los gobiernos revolucionarios han sentido, frecuentemente, la tentación de alterar estos principios, tratando de sustituir los poderes y facultades de las partes, por un acrecentamiento de los poderes del Juez. Pero hay en esta materia una secreta ley de vasos comunicantes: pasada la dictadura o la revolución, el derecho vuelve a su cauce. Ese no es sino el viejo cauce de la libertad, al cual, a pesar de las temporales desviaciones, siempre vuelven las aguas".

La caracterización del ordenamiento procesal y específicamente, la movilidad que pueda tener el magistrado en el proceso, debe analizarse entonces a partir de un criterio jurídico, sin negar la utilidad que presta como herramienta política.

El Juez neutral, dijimos, fue llamado *Juez espectador*, por su característica de agente pasivo que asiste al conflicto entre partes tomando de uno y otro la razón que cada uno afirma para incidir en su fallo definitivo.

A esta singularización se enfrenta el denominado *Juez dictador*, propio de Estados autoritarios donde predomina el principio de *investigación* o de aportación de hechos por parte del mismo órgano jurisdiccional.

Este sistema interesa por el fenómeno de la desprivatización absoluta del proceso, ingresando no sólo en terreno de lo puramente adjetivo, sino también, en cuanto ocupa al derecho subjetivo (o material).

En una concepción intermedia, sin generar el antagonismo que presuponen las corrientes anteriores, se habla del *Juez director*.

Este sería un magistrado que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto a la instrucción se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso, confiriéndole amplias facultades para la verificación de los hechos relevantes para la solución del litigio, tal como fue sometido a su conocimiento, es decir, sin rebasar los límites que marca la *litis contestatio.*

En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes - deberes de investigación, sin asignarle otro cuadro que no sea el que las partes concretan.

El uso de estas facultades provoca cierto conflicto con la imparcialidad, la cual resulta respondida con los fines objetivos que persigue el proceso: falla conociendo la verdad más próxima a lo verdaderamente ocurrido (verdad jurídica objetiva).

> Podemos reconocer aquí, el riesgo de una actuación parcial del Juez, que se concretaría si él ejercitare sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes. Más el riesgo de la parcialidad ronda al Juez, que es y no puede dejar de ser humano, a lo largo de toda su actividad; y la única manera de eliminarlo completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso. Atar las manos al Juez en la investigación de la verdad es pagar un precio demasiado alto por la prevención de un peligro que, aún sin tal exorcismo, normalmente permanecerá en "estado de peligro" y sólo en casos excepcionales se convertirá en daño actual. El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en argüir obstáculos en la investigación de la verdad. Consiste sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructoria y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos.

En esta concepción del Juez-director del proceso, vá inserta la noción de publicidad procesal o "*publicización del proceso*", que puede acoplarse perfectamente con el principio dispositivo porque, en esta materia, referimos a la conducción del proceso y a la autoridad del Juez dentro de la estructura, como artífice para alcanzar la eficacia del servicio jurisdiccional.

De suyo, para el proceso constitucional este modelo de actividad jurisdiccional es plenamente compatible.

> Sugerentemente dice Morello que la metamorfosis actual de los jueces es notable y se indica en distintas actitudes: 1º) Un juez que está en el centro del ring pero no ya en la actividad neutral (la de *referee*) sólo para impedir los "golpes bajos". Ha quedado atrás esa posición de mero mediador, de asegurador o garantía del juego formal y privatístico de los contendientes; 2) Aquella ubicación del juzgador y del oficio se monta al mismo tiempo y en vértice principal,

> en la ley orgánica y en un sistema procesal donde la *predominancia de lo escriturario no tiene destino*, así se lo emparche continuamente con retoques y escaramuzas de superficie, pese al innegable rigor técnico de las fórmulas trabajadas. La *inmediación debe acompañar* con todas sus reverberaciones al juez funcional, desde el comienzo hasta la ejecución de la sentencia. *El proceso en vivo desplaza así al expediente muerto.*

29.3 Derecho al proceso rápido, sencillo y eficaz

Los tratados y convenciones antes expuestos señalan la importancia del proceso como garantía inclaudicable para sostener y argumentar los derechos. Pero este proceso no ha de ser un simple procedimiento tomado de los ordenamientos procesales, es preciso que, para responder al fin garantista que propone, cumpla al menos, dos principios esenciales: el de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales.

Ambos preceptos han de trabajar en armonía, de no serlo, cualquier infracción al derecho fundamental de simplicidad, celeridad y eficacia en los procesos serviría para advertir una crisis manifiesta en el derecho al proceso debido; y de resultar así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe cualquiera de estos deberes.

Para desgranar el principio es necesario ir comprendiendo el alcance que tiene cada una de las exigencias: rapidez, sencillez y eficacia.

El problema de la ***rapidez*** no supone adherirlo a la *dilación indebida*, como veremos inmediatamente. Tan sólo se trata de establecer un plazo razonable, adecuado a las circunstancias de cada conflicto, pero siempre asociado al principio de economía procesal y de eficacia de la institución.

Debe quedar en claro que la rapidez no supone establecer una finitud perentoria, vencida la cual el proceso quedaría anulado. Solamente es un marco referencial que significa distribuir en cada etapa del procedimiento la mayor parte de actos de impulso y desarrollo, de modo tal que se permita, en el menor número de ellos, alcanzar el estado de resolver sin prolongar los trámites.

> En el art. 6.1 del Convenio de Roma -informa Riba Trepat-, promovido por el Consejo de Europa, los Estados contratantes coincidieron en atribuir la condición de derecho humano a la garantía procesal consistente en obtener una decisión judicial en un plazo razonable; y consecuentemente, asumieron la obligación de Derecho Internacional Público, de articular los mecanismos jurídicos necesarios para que las causas que se sustancien ante sus órganos jurisdiccionales sean resueltas en un plazo que, permitiendo el adecuado ejercicio del derecho de defensa, incorpore el factor temporal indispensable para no hacer ilusoria la tutela judicial.

La obligación de celeridad se asume como un deber de la jurisdicción y como una potestad del justiciable, por tanto, asume esa doble configuración de compromiso judicial por la rapidez y de derecho esencial del hombre.

> De esta síntesis se desprende que el art. 6.1 del CEDH puede ser considerado como un derecho humano o como una obligación internacional, pero aquello que lo caracteriza es precisamente que se trata de una *garantía procesal* y, por consiguiente, que genera una expectativa individual ante la actuación de los Poderes públicos, así como los mecanismos para hacerla efectiva.

Sancionar la demora inusitada no resuelve el problema. Se comprueba con la ineficacia del articulado procesal en los institutos de la pérdida de jurisdicción y la sanción por mal desempeño, donde no existe, prácticamente, jurisprudencia señera.

En suma, el resultado de un proceso sea para otorgar una satisfacción jurídica a las partes, ora para cumplimentar el deber jurisdiccional de resolver los conflictos intersubjetivos, debe ser pronunciado en un lapso de tiempo compatible con la naturaleza del objeto litigioso; en caso contrario, la tutela judicial sería ilusoria, haciendo cierto el aforismo que dice "injusta la sentencia que juzga cuando ya no debe juzgar".

La ***sencillez*** es una de las dificultades superiores para comprenderlo en la noción de "debido proceso". Sencillo puede ser simple, respondiendo así a la idea de simplificar el trámite judicial de manera que pueda ser comprensible para todo neófito en lidias o conflictos ante la justicia.

> El llamado a la realidad para el proceso, trasciende el dogma para ocuparse, también, del lenguaje creado para la comunicación en el mundo de lo jurídico. Ha sido, como elocuentemente lo dice Monroy Galvez, "un metalenguaje que se levanta como un muro de incomprensión entre el derecho y el ciudadano, quien suele espectar aterrado cómo su problema no solo no se soluciona al judicializarse, sino que es traducido a un idioma esotérico que lo margina y, por si fuera poco, lo convierte en mercancía"

El modelo puede ser oral u escrito, pero tiene que resultar entendido por quien debe acudir al proceso. La simplicidad de las formas y la comprensión del método empleado para el debate es el problema acuciante en la actualidad, por el cual se observa en los trámites y procedimientos más ficciones que realidades.

Por ello debe quedar en claro que el argumento dogmático que trasunta el "debido proceso" cuando preconiza el ideal de información y derecho de defensa, no puede resultar bastante para una sociedad moderna que exige participación plena y reconocimiento efectivo sobre las formas del juicio.

Es decir, aquél mínimo inderogable del "*due process of law*" que asienta en la "*notice"* y "*hearing*", esto es, en la notificación y puesta en conocimiento y derecho de audiencia condensado en el aforismo anglosajón *"day on court" (día en la Corte*) no son eficaces si quien ha sido notificado y concurre a la audiencia no está en condiciones de defenderse por sí mismo, sin que esto suponga proclamar la autodefensa o la eliminación del abogado como garantía para un proceso justo.

> *Notice*, en su acepción legal estricta, significa información concerniente a un hecho, comunicado de manera cierta a un individuo por una persona autorizada o derivado de manera cierta por una fuente adecuada que puede ser reputado por la ley, como efectuado de manera cierta cuando la persona que se espera sea afectada por ésta conozca de la existencia del hecho en cuestión.

> *Hearing*, puede ser entendido como el procedimiento menos riguroso que un juicio (*trial*), desarrollado generalmente de manera pública, en el cual las partes pueden presentar y actuar pruebas definiendo la materia del proceso, tanto en la parte de derecho como de los hechos (conceptos tomados de Luis Marcelo De Bernardis, obra citada al final del capítulo).

En nuestro país un ejemplo elocuente para observar como las formas procesales agreden el derecho de defensa, y proyectan una severa restricción al concepto constitucional del "proceso debido", ocurre con el denominado "exceso ritual manifiesto", por el cual el litigante es afectado por la estricta aplicación de los principios procesales, llevados a extremos de increíble restricción (V.gr: no poder defenderse de una demanda por contestarla un minuto después de vencido el plazo; imposibilidad de llevar al proceso prueba documental esencial para el esclarecimiento de la litis cuando se pretende hacerlo fuera de los tiempos previstos para ello; negativa de recepcionar escritos o peticiones por la falta de cumplimiento en los tipos o caracteres de impresión; etc.)

> Sostiene Van Alstyne, que la esencia de tratamiento injusto para un reclamo aparece cuando se produce esa desviación grotesca del proceso, la cual supera un margen de error tan grande que resulta intolerable para la sociedad. Pero mientras que el derecho a la libertad de expresión se encuentra tutelado por la primera enmienda y el derecho a la privacidad está cautelado en la cuarta y quinta enmiendas, el litigante afectado no va a poder sustentar en el texto de la Constitución su pretensión a gozar de la libertad frente a grotescas desviaciones procesales (la aplicación arbitraria de las normas procesales).

La ***eficacia*** es un concepto pragmático. Se mide con resultados. De seguir este piso de marcha seguramente la noción de "debido proceso" golpearía su realidad ante cada litigio, frente a los avatares que sufre con su eficacia intrínseca.

Pero la eficacia que referimos debe valorarse desde una perspectiva constitucional. No hay un proceso debido por sí mismo. No se encuentra el derecho a proteger específicamente, El proceso se le debe a la sociedad y a cada individuo en particular, por eso, antes del conflicto, es una garantía y puesto en marcha, "mide" su eficacia en relación con los derechos que viene a tutelar.

> Por ello algunos juristas americanos interpretan que el "debido proceso procesal" no puede ser asimilado a la condición de un derecho humano que tenga existencia por sí mismo y que como tal goce de ese rango.
>
> Hasta ese punto -dice De Bernardis- va la concepción predominante en el constitucionalismo norteamericano. A partir de ella, se intenta desarrollar la idea de que existe un interés de la justicia para resolver con soluciones procesales definitivas -sin interesar la materia controvertida ni la trascendencia de los intereses que están siendo afectados- que se encuentra inmerso en el derecho a la libertad y, por tanto, para afectar este derecho se requiere de un debido proceso.
>
> De esta manera, por un camino indirecto, se estaría consagrando la calidad de derecho autónomo del debido proceso con rango constitucional. Si la libertad solamente puede ser afectada por un debido proceso y dentro del concepto de libertad se enmarca la imposibilidad de ser afectado por sentencias arbitrarias, entonces se

> llegaría al absurdo lógico que solamente se podría dar una sentencia arbitraria luego de observarse un debido proceso de ley, lo cual, siendo una contradicción en sus términos, resulta imposible de verificarse en la realidad puesto que la observancia de un debido proceso resulta la vacuna más efectiva para prevenir los males que las sentencias arbitrarias pueden causar.

En el fondo, la cuestión "debida" resuelve su efectividad confrontada con el mérito que obtiene el tratamiento de los derechos en juego. El procedimiento será importante pero no por sí mismo, sino antes bien, como un modelo técnico solvente para debatir los conflictos que la sociedad y las personas tienen.

Una vez más queda de manifiesto la doble naturaleza del "debido proceso", con su status negativo (libertad frente al Estado) como por su status positivo (pretensión frente al Estado).

Si cotejamos la "eficacia" como valor declamado, un buen signo lo obtenemos del art. 24 constitucional de España, por el cual surge el famoso derecho a la "tutela judicial efectiva". Este concepto, se ha dicho, obliga a los procesalistas a realizar el esfuerzo de abandonar la interpretación del principio a los moldes acuñados en el derecho procesal, porque necesariamente al tratarse de un derecho cívico, de un derecho subjetivo público, debe engarzarse con naturalidad y con vigor en el ámbito del derecho procesal constitucional.

> La consideración del derecho al proceso debido, al proceso dotado de las suficientes garantías, como derecho encuadrado en los derechos de seguridad frente a los derechos personalísimos, o los derechos cívico-políticos, o los derechos de sociedad, de comunicación o de participación en la tradicional clasificación de Gregorio Peces Barba, plantea la cuestión de la necesidad de su desarrollo legal.
>
> A diferencia de aquellos otros derechos fundamentales cuyo ejercicio, dependiendo de la voluntad humana no necesita de ninguna intermediación, y exigen un desarrollo legal como presupuesto para su ejercicio, el derecho al proceso se desenvuelve necesariamente dentro de la actividad procesal enmarcada por las leyes reguladoras de los procesos jurisdiccionales.
>
> Se advierte así la aparente contradicción al constatar que si el derecho al proceso debido no necesita leyes complementarias de desarrollo en su condición de derecho fundamental, sin embargo la actualización de su contenido sólo es posible dentro de los formalismos procesales definidos por el Estado a través de la ley, para posibilitar al ciudadano en ejercicio de este derecho, actuar ante la Administración de Justicia, de modo que el derecho al proceso se escinde en el cauce de una multiplicación de preceptos legales, operación no urgida por ningún otro derecho fundamental (Bandrés Sánchez-Cruzat)

La eficacia, entonces, no tiene parámetros visibles sino en función de la utilidad que presta. No obstante, existe un ideario compuesto, al menos, de cinco elementos (Barbosa Moreira):

a) Todo proceso debe disponer de instrumentos de tutela adecuados, en la medida de sus posibilidades, para la defensa de los derechos de cualquier naturaleza.

b) Esos instrumentos tienen que ser prácticamente utilizables por los todos, sin perjuicio de las cuestiones de legitimación para obrar que en cada caso se presenten.

c) No pueden faltarle al Juez elementos de hecho y prueba que le impidan alcanzar la certidumbre necesaria para sentenciar.

d) A quien logre la satisfacción de sus derechos debe asegurársele la posibilidad inmediata de restitución o cumplimiento de la sentencia.

e) El proceso debe terminar con un mínimo dispendio de tiempo y energías.

30. El debido proceso y las garantías específicas

En este tramo es donde se advierte la gran evolución que tiene el estudio doctrinario del "debido proceso".

Desde su primera fase considerada en la Carta Magna de 1215, como garantías del proceso penal (*Law of the land*) por el cual el juzgamiento debía resultar de los pares y según las leyes de la tierra; sus progresos con el "*due process of law*", en el que las garantías procesales se generalizan a todo proceso como requisito de validez de los procedimientos; hasta llegar a las Enmiendas americanas dando origen a la conceptualización del "debido proceso formal y sustancial" y a la aparición del principio de razonabilidad como guía y ejecutor de obligaciones fundamentales para la defensa y protección de los derechos humanos; en la última etapa, el desarrollo de las garantías específicas que debe resguardar "todo proceso" es muy importante, porque se insertan dentro del movimiento mundial de acceso a la justicia que pretende eliminar obstáculos y simplificar los trámites, generando una conciencia solidaria para resolver los conflictos.

Los aspectos que dominan estas garantías asientan en la funcionalidad de los actos procesales propiciando su atención en la dimensión constitucional que suponen, como parte del derecho fundamental al debido proceso, antes que contemplarlos como meros actos del procedimiento.

30.1 La legitimación: un problema constitucional

Cuando manifestamos que el derecho de acceso supone tanto ingresar sin restricciones como tramitar un proceso útil, pensamos en resolver la controversia en un proceso justo, que no tenga repliegues estériles soportados en disposiciones rituales, o que actúen las normas procesales sobre operatividades puramente formales.

Hay aquí también un nuevo derecho: el de que la acción incoada no tenga solamente efectos de movida inicial, sino que traslade y se proyecte a todas las instancias que lleven a la sentencia: este es el sentido del derecho al proceso, o de la tutela judicial efectiva que pregonan otras normas fundamentales (Constitución Española de 1978, art. 24).

Nosotros, después de la reforma constitucional de 1994, hemos adoptado la misma filosofía, a partir de los derechos y garantías establecidos en los artículos 36 a 43, y especialmente, a través del derecho de amparo.

Lo que distingue nuestro derecho a la defensa por medio de esta garantía, del derecho a la "tutela judicial efectiva" que reconocen el derecho español (art. 24, CE), el derecho constitucional italiano (art. 24, CI) o la Ley Fundamental de Bonn (art. 19.4, Constitución alemana), proviene de un hecho natural como es la ausencia de un órgano específico para el control constitucional como tienen en estos países, de modo tal que la norma argentina piensa más en asegurar un tipo de respuesta rápida y segura a la crisis de los derechos del hombre, antes que en resguardar la supremacía interna de la construcción fundamental.

Por eso en el juicio de amparo varían también las cuestiones de legitimación; los obstáculos a la apertura (se eliminan las vías previas); y se diseñan varias modalidades procesales por el objeto, antes que por el tipo de procedimiento que mantiene su perfil general.

Las vallas procesales (rituales) que se pongan en la entrada al proceso, confirman la crisis fundamental que se aplica a la persona que quiere convertirse en parte y promover la actividad jurisdiccional.

> El derecho de acceso a la jurisdicción y al proceso implican necesariamente que se reconozca el derecho a ser parte en el proceso y el poder de promover la actividad jurisdiccional, que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (Tribunal Constitucional español, sentencia del 3 de diciembre de 1984).

Se configura como derecho fundamental porqué es una proyección del derecho de acceso irrestricto que tiene toda persona para perseguir la defensa de sus derechos.

Este derecho (o garantía procesal) le permite, previa acreditación mínima del interés a tutelar, abrir un proceso que le facilite discutir su conflicto, evitando que en él se tomen decisiones sin tener la posibilidad de haberlo oído.

En síntesis, este derecho a ser parte obliga a "...tener que llamar directamente al proceso judicial a toda persona legitimada para ello, por poseer derechos e intereses legítimos, para que pueda ser parte procesal, y ejercitar el derecho de defensa contradictoria si le conviene, con la dialéctica jurídica y justificaciones oportunas, frente a las pretensiones adversas, constituyéndose en forma adecuada la relación jurídico-procesal entre las partes legitimadas activa y pasivamente, en atención al derecho debatido en el conflicto intersubjetivo de intereses, y su real contenido, para evitar, en todo caso, la ausencia del demandado legitimado, con su condena sin ser oído, conculcándose el principio de contradicción procesal recogido en el axioma *audiatur et altera pars"* (Tribunal Constitucional español, sentencia del 20 de octubre de 1983).

30.2 Derecho a la prueba

Acompañando a la prueba en su misión de verificar y esclarecer para llegar a la verdad, existe un derecho constitucional de la prueba. Por su carácter esencial, fundante del derecho al debido proceso (toda vez que es parte vital en el ejercicio del derecho de defensa), eleva sus premisas sobre las solemidades del procedimiento para consagrar un "derecho a la prueba".

> 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.

El derecho a probar es una parte del debido proceso, tal como lo ha subrayado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello importa abandonar la idea probatoria como un acto del proceso, para encolumnarlo tras las garantías del derecho de defensa y, como tal, un reaseguro del debido proceso adjetivo.

Las dificultades para demostrar la causa de pedir debiera remediarse tras este principio. De este modo, fatalidades como la prueba diabólica (aquella de imposible obtención); las pruebas leviores (del mismo registro que las anteriores); las pruebas ocultas, entre otras, podrían lograrse revirtiendo simplemente la técnica o argumento que actualmente las emplaza.

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 debe descubrirse. Es decir, si la prueba sigue vista como un proceso de acreditación de afirmaciones a cargo exlcusivamente 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.

Reiteramos que 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.

Las desventuras del sistema han llevado a encontrar en la sociología del derecho un esquema de contornos novedosos, aunque de difícil captación.

Se piensa que no es objetivo de la justicia esclarecer ni verificar, ni alcanzar la llamada "verdad jurídica objetiva"; el deber jurisdiccional es, ahora, la paz social. Antes, ello era una consecuencia; una finalidad mediata; actualmente es el producto necesario de la pacificación social; no importa la esencia representativa del órgano jurisdiccional, sino la advertencia de que al ser el proceso un método de resolver conflictos o controversias, la función de los tribunales no es otra que ayudar a las partes a lograrlo.

Otra visión que proviene del derecho italiano, destaca como mito la búsqueda de la certidumbre, habida cuenta que el proceso se forma con la voluntad que las partes declaran.

Al difuminarse como objeto de la prueba la "verdad de los hechos", quedaría sin finalidad el rol atribuido a los jueces, quienes pasarían a desempeñar el simple papel de administradores de la cordura, acercando fórmulas de composición o arreglo. Asimismo, si la sentencia fuese, solamente,

un *acierto* del juez, la jurisidicción misma importaría un juego, una lotería de la precisión.

Sobre estas advertencias debe instalarse el derecho a la prueba y el papel que los jueces han de cumplir en ella.

> Para Andolina/Vignera, el derecho a la prueba comporta "il diritto all´ammissione, assunzione e valutazione (scilicet: ad opera del giudice) di quialsiasi prova rilevante per le decisione.

30.3 Derecho al recurso (doble instancia)

En la dinámica procesal, el recurso supone el acceso a una instancia de revisión que abre una etapa nueva en el proceso, por el cual se puede modificar o revocar la sentencia.

La parte agraviada (es decir, aquella que ha recibido de la sentencia sustancialmente menos de lo que pretendió) puede impugnarla y reabrir el contradictorio, en la medida que el ordenamiento procesal se lo permita.

> El derecho a utilizar los recursos -sostiene Pico I Junoy- comprende el derecho a que el órgano jurisdiccional que revise el proceso se pronuncie tras oír a las partes contradictoriamente, sin que pueda justificarse una resolución judicial *inaudita parte* más que en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a la parte.

Esta característica ha llevado a sostener inveteradamente que la doble instancia no es requisito de la defensa en juicio en ningún tipo de proceso siempre y cuando la instancia previa haya sido adecuadamente sustanciada y, en su caso, favorecida por el principio *pro actione,* según el cual el proceso puede avanzar aun con repliegues formales que lo suspendan, pero que la jurisdicción, oficiosamente, debe sanear.

Sin embargo, a partir de la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica, y con mayor exigencia desde la reforma constitucional de 1994, esta tradicional jurisprudencial debe revisarse por cuanto el artículo 8.2 h) establece el *derecho de recurrir* del fallo ante juez o tribunal superior.

> Bidart Campos sostiene que la doble instancia constituye una garantía del proceso penal que se sustancia ante tribunales federales como provinciales (porque las provincias al dictar las leyes locales que regulan el procedimiento penal ante sus tribunales, deben acatamiento a los tratados internacionales, según el art. 31). Por ello, afirma que el recurso no pareciera satisfacerse si sólo fuera de carácter extraordinario (de constitucionalidad, de inaplicabilidad, etc.), por lo que interpreta que: a) que en proceso penal no puede haber instancia única; y b) la vía recursiva debe ser ordinaria y amplia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Giroldi" realizó una interesante labor de exégesis y reelaboración jurisprudencial. En efecto, después de señalar que, tradicionalmente se había sostenido por el Alto Tribunal que la garantía de la doble instancia quedaba satisfecha con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario federal; reconoció que el "certiorari" había incorporado una facultad discrecional por la cual se podían denegar impugnaciones excepcionales sin dar mayores fundamentos, y con

ello, quedaba vulnerada la posibilidad de tener una nueva instancia de discusión.

Anticipado el cambio, y sobre la base normativa de las leyes 23.984 y 24.050 que incluyeron la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal, la Corte concluyó que *"la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, inciso 2º apartado h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inciso 2º del Código Procesal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena".*

> Más adelante agregó:..que, en consecuencia, a esta Corte como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país esté vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1º de la Convención, en cuanto los Estados Parte deben no solamente `respetar los derechos y libertades reconocidos en ella´, sino además, ´garantizar´ su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. Según dicha Corte `garantizar` implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituye una violación del art. 1º.1 de la Convención (O/C. 11/90 del 10 de agosto de 1990). Garantizar entraña, asimismo, el deber de los Estados Parte de organizar todo 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.

De esta forma, la constitucionalización del derecho a recurrir quedó establecida para el sistema penal, manteniéndose en los demás procesos, en la medida del régimen ordinario que reglamenta la teoría general de la impugnación.

> En líneas generales, no se considera que la doble instancia sea una exigencia del debido proceso, al menos en los procesos civiles, porqué mientras se conserve inalterable el derecho a alegar, debatir, probar y obtener una sentencia motivada y razonable, la posibilidad de recurrir puede limitarse sin menoscabar la constitucionalización del proceso.
>
> Establecer causales para los agravios posibles; imponer plazos para la interposición de los recursos; determinar cargas económicas como medidas necesarias para la admisión formal; reglamentar una técnica expositiva que de autosuficiencia a la impugnación; entre otras condiciones para la procedencia de los recursos, no son limitativas de garantía alguna del proceso.

El derecho al recurso es una proyección del principio de igualdad en el proceso, del cual parte la bilateralidad y contradicción necesarias para el equilibrio en el debate. Evidentemente, cualquier inestabilidad se soluciona

dando a las partes iguales posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.

> Un buen ejemplo de cómo se puede restringir el derecho a los recursos sin afectar el principio garantista que comentamos, lo tiene la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional español.
>
> Se trata de un recurso de casación sostenido por el Ministerio Público, el cual por referirse a temperamentos de orden formal acerca de la procedencia de la impugnación, no fue dado a conocimiento de la otra parte. Si bien, es este un criterio inveterado tendiente a dar rapidez a las resoluciones de la instancia extraordinaria, el STC dijo:"....*resulta claro que la privación a la parte recurrente de una vía procesal de defensa, de carácter esencial, como es la de audiencia, que le hubieran permitido en su caso exponer los argumentos que a su juicio no concurrían para la inadmisión, apreciada inicialmente en el auto impugnado, le producía indefensión. Posiblemente por ello el legislador estableció ese particular trámite cuando se tratase de la inadmisión por falta de fundamento, a diferencia de otras causas que, por su propia naturaleza, pueden ser estimadas de oficio. La idea del legislador al establecer dicho requisito fue la de dar al tribunal la oportunidad de rectificar o reafirmar su inicial criterio respecto de la concurrencia de la causa de inadmisión, apreciada inicialmente a la vista de las alegaciones de las partes a cuyo favor se establece un derecho, y cuya inobservancia determina la omisión de un trámite esencial en razón de su finalidad y a un real y efectivo menoscabo en su derecho a la defensa, causante, en definitiva, de una verdadera indefensión material".*

Por tanto, los pactos internacionales, en cuanto afectan la disciplina de los recursos reglamentados en el derecho interno, no suponen crear recursos inexistentes ni generar parámetros de interpretación distintos a los que cuentan las leyes procesales de cada lugar.

> No obstante, preocupa la inteligencia acordada al principio por algunas constituciones latinoamericanas. Por ejemplo, en Perú, la carta fundamental de 1993 consagró en el art. 139.6 -de manera irrestricta, incondicional y generalizada- el derecho a la pluralidad de instancia, a favor de cualquier justiciable y para toda clase de procedimientos. Lo que ha hecho decir a buena parte de la doctrina que el legislador no ha atendido la aplicación exclusiva del principio de lo procesos penales.
>
> Sin embargo -dice De Bernardis- frente a la manera irrestricta como este derecho aparece consagrado se encuentra la necesidad de brindara todos los justiciables el acceso a un proceso que arribe a su resolución final dentro de plazos razonables y que, por la demora en su tramitación, no convierta en ilusoria la tutela que el proceso debe otorgar. Por tal motivo, la regulación específica de este derecho en las normas procesales debe encontrar un justo medio entre la posibilidad de acceder a una instancia jerárquicamente superior y la necesidad de no prolongar más allá de lo razonablemente tolerable la resolución del conflicto, teniendo como fiel de esa balanza la necesidad de justicia de ambas partes y la materia del proceso.

30.4 Efectividad de las sentencias: el derecho a la ejecución

El cumplimiento de las sentencias y de toda resolución judicial firme integra el capítulo de garantías esenciales que contiene el debido proceso

formal. La inclusión es obvia; de otro modo, las sentencias tendrían efectos puramente declarativos, si no pudieran perseguir su respeto inmediato.

España fue la primera en ocuparse del problema como una extensión del derecho a la "tutela judicial efectiva" que menciona el art. 24.1 de la Constitución.

> La ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (STC, 167/987 sentencia del 28 de octubre). La ejecución de las sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático, que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública, al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado (STC 67/984, sentencia del 7 de junio, cit. Chamorro Bernal).

La promesa garantista se vincula con la posibilidad de hacer efectiva la declaración pronunciada. No significa alterar el principio dispositivo, de forma tal que la ejecución procederá, únicamente, a pedido de la parte interesada.

En cambio, se vulnera el derecho al debido proceso, si quien ejecuta una sentencia que lo beneficia no encuentra en el Juzgado la disposición para que le dicte las medidas necesarias para proceder forzadamente.

> Apunta Ticona Postigo, haciendo exégesis del código procesal peruano que, si el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comporta la plena y eficaz ejecución de la sentencia firme, se vulnerará este derecho fundamental si el demandado o, en su caso, el tercero legitimado, no son obligados con los requerimientos y apercibimientos legales que sean necesarios para lograr la ejecución y efectividad de aquella sentencia, en sus propios términos, sin que se modifique o se recorte su contenido y extremos.

Ello no significa que el magistrado o tribunal interviniente advierta sobre cuestiones que paralicen el cumplimiento por la fuerza, como puede ser la deducción de tercerías de mejor derecho; el pedido de suspensión por aplicarse el principio de prevención por otro juzgado que ejecuta; la declaración de inembargabilidad de ciertos bienes sobre los que se procede ejecutivamente; o, en líneas generales, aquellos motivos de "legalidad" que interpretados bajo el principio de razonabilidad, le permiten al juez tomar medidas distintas a las compulsorias.

La garantía, en consecuencia, afinca su poder en afianzar el cumplimiento efectivo de las sentencias, de manera que, una vez iniciada la ejecución y si no existen causas legítimas que la impidan, el órgano judicial debe colaborar, sin perder imparcialidad, en la plena satisfacción de los derechos declarados.

> También el Tribunal Constitucional ha concluido que: a) el derecho constitucional a la ejecución no se satisface simplemente removiendo los obstáculos iniciales a la ejecución, sino que también hay que remover los posteriores, aquellos que derivan de una desobediencia disimulada (incumplimiento aparente o defectuoso, reproducción de

nuevos actos que anulan lo ejecutado al ser incompatibles con su cumplimiento, etc.); b) la remoción de los obstáculos, tanto iniciales como posteriores a la ejecución, no puede obligar a la parte a instar un nuevo procedimiento, sino que ésta tiene el derecho constitucional a que se resuelva en un incidente de ejecución, siempre, claro está, que no se trate de cuestiones nuevas no relacionadas con la propia ejecución (STC, 28/989, sentencia del 6 de febrero, cit. Chamorro Bernal).

Bibliografía Capítulo VII

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso,* tomo II, editorial UNAM, México, 1974.

Almagro Nosete, José, *La prohibición constitucional de indefensión*, en *Comentarios a las leyes políticas,* editorial del Poder Judicial de España, Madrid, 1983 (tomo III)

Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal,* primera parte, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1989.

Andolina, Italo - Vignera, Giusseppe, *Il modelo costituzionale del processo civile italiano,* editorial Giappichelli, Torino, 1990.

Bandrés Sanchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional,* editorial Aranzadi, Pamplona, 1992.

Barbosa Moreira, José Carlos, *Temas de direito processual (6ª serie),* editorial Saraiva, Sao Paulo, 1997.

Bazdresch, Luis, *Garantías Constitucionales*, editorial Trillas, México, 1994.

Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino,* tomo I, editorial Ediar, Buenos Aires, 1996.

Carocca Perez, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, editorial Bosch, Barcelona, 1997.

Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, editorial Bosch, Barcelona, 1994.

Cipriani, Franco, *Ideologie e modelli del processo civile*, editorial Scientifiche italiane, Nápoles (Italia), 1997.

Couture, Eduardo J. - Perrot, Roger, *El principio de neutralidad del Juez francés y uruguayo,* Revista de Derecho Procesal, 1955-I, págs. 213 y ss., editorial Ediar, Buenos Aires.

Cruz e Tucci, José Rogério, *Tempo e processo,* editorial Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1998.

De Bernardis, Luis Marcelo, *La garantía procesal del debido proceso,* editorial Cuzco S.A., Lima, 1995.

Esparza Leibar, Iñaki, *El principio del debido proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1995.

Fairén Guillén, Víctor, *Proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, editorial Comares, Granada (España), 1996.

Gil Robles, Alvaro, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

Gimeno Sendra. José Vicente, *Constitución y Proceso,* editorial Tecnos, Madrid, 1988.

González Perez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional,* editorial Cívitas, Madrid, 1984.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La justicia constitucional,* editorial Depalma, Buenos Aires, 1994. *Derecho Procesal Civil, Teoría General del Derecho Procesal,* tomo I volumen 1, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992. *La legitimación en el proceso civil,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1996.

Hoyos, Arturo, *El debido proceso*, editorial Temis, Bogotá, 1996.

Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1970.

Lorca Navarrete, Antonio, *Tratamiento que tanto el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional español otorga a la garantía procesal del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas,* Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1985-3 págs. 262 y ss.

Monroy Galvez, Juan, *Introducción al proceso civil*, tomo 1, editorial Temis, Bogotá, 1996,

Morello, Augusto Mario, *Estudios de Derecho Procesal,* tomo I, editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

Nalini, José Renato, *O Juiz e o acceso a`justiça,* editorial Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1994.

Peces Barba, Gregorio, *Derechos Fundamentales,* editorial Latina, Madrid, 1988.

Pico I Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil,* editorial Bosch, Barcelona, 1996.

Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo,* editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1998.

Riba Trepat, Cristina, *La eficacia temporal del proceso. El proceso sin dilaciones indebidas,* editorial Bosch, Barcelona, 1997.

Silva Vallejo, José Antonio, *El derecho procesal en la edad media,* editorial Cuzco S.A., Lima, 1998.

Superti, Héctor, *Derecho Procesal Penal. Temas conflictivos,* editorial Juris, Rosario, 1998.

Travieso, Juan Antonio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

CAPÍTULO VIII. El debido proceso sustancial

31. Contenidos mínimos

El debido proceso sustancial es una limitación al poder. La garantía se ocupa de impedir que cualquier decisión de la autoridad que amenace, afecte o lesione algún derecho fundamental de las personas, pueda considerarse legítimo si ha traspuesto las reglas del debido proceso.

La función judicial ofrece, a través del control de constitucionalidad y legalidad, la tutela necesaria para evitar la crisis en los derechos del hombre.

De esta manera, se afirma el debido proceso sustancial como un concepto preventivo; es un mensaje al gobierno (administración y legislación) para que no exceda la discrecionalidad y asegure en sus actos el principio de razonabilidad.

Implícitamente queda encuadrada la noción de seguridad jurídica, pues incorpora en la garantía del debido proceso sustancial la obligación de impedir resoluciones contradictorias o arbitrarias; de modo tal que, el control también comprende la actividad jurisdiccional.

> El derecho filial al proceso debido -según Bandrés-, aplicado en el derecho a la tutela jurisdiccional, incorpora la obligación de que ese derecho fundamental se satisfaga por el juez atendiendo al principio de seguridad jurídica que desenvuelve directamente el principio de respeto a las decisiones judiciales e impide las resoluciones judiciales contradictorias o arbitrarias.

El vínculo entre lo formal y sustancial del debido proceso responde en el constitucionalismo argentino al modelo dispuesto para dar eficacia al principio de la supremacía constitucional. Por ello, resulta necesario observar que la garantía procesal es única, porqué las dos caras que presenta (como garantía de los procedimientos; y como principio de razonabilidad) están necesariamente emparentadas.

La protección de los derechos, en consecuencia, utiliza esa doble faceta del principio:

1º) El Estado debe garantizar el acceso a la justicia; resguardar la seguridad jurídica; dar plena oportunidad de audiencia y prueba; y asegurar que las decisiones sean adoptadas con motivos y fundamentos razonables (*debido proceso sustancial).*

2º) El proceso en sí mismo, debe ser la máxima garantía para el hombre. A estos fines, ningún rigorismo formal puede obstaculizar sus derechos, afianzar en todas las instancias el equilibrio entre las partes, la igualdad de armas, y cada uno de los que, en el capítulo anterior, definimos como garantías específicas del *debido proceso formal.*

> Dice Bidart Campos que es aquí donde el debido proceso formal se enlaza con el debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, para suministrar la noción de que nadie puede ser privado judicial o administrativamente de su libertad y sus derechos sin que se cumplan ciertos procedimientos establecidos por la ley, pero no en una ley

> cualquiera, sino en una ley que otorgue la posibilidad de defensa, de prueba y de sentencia fundada. Es así como al recaudo de contenido razonable en la ley se agrega formalmente el del procedimiento también razonable en la aplicación de la ley.

32. La seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un principio implícito en la garantía constitucional del proceso debido. No se refiere estrictamente a la razonabilidad, cuanto sí a la certeza que debe asegurar la aplicación del derecho. No obstante, suma sus contenidos a dichos fundamentos sustanciales, de modo tal que resuelve un equilibrio entre el proceso formal y el proceso real *asegurando* la promoción de la justicia con certidumbre y eficacia.

> Jesús Leguina Villa sintetiza el pensamiento del Tribunal Constitucional español resumiendo el contenido de la seguridad jurídica en una triple dimensión: a) como conocimiento y certeza del derecho positivo; b) como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico general, en cuanto garantes de la paz social, y c) como previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones o de las conductas de terceros.

La interpretación juega en estos casos un rol muy importante, porqué señala la obligación judicial de resolver el caso concreto aplicando el derecho, contribuyendo al afianzamiento de la confianza pública, y con ello a la tutela eficaz del hombre y sus instituciones.

La plenitud del principio es un llamado a la "razonabilidad" y el desvío constituye expresiones de ilicitud constitucional o directa arbitrariedad.

Por ello se dice que la seguridad jurídica es un "plus" a las garantías procesales, pues el juez viene obligado a su cumplimiento y limitado en su propia discrecionalidad al impedirle el sacrificio del fin que el principio inspira.

> El principio constitucional de seguridad jurídica opera como un plus de afirmación de determinadas garantías incorporadas al proceso debido, como la exigencia de motivación de las sentencias, impidiendo cambios arbitrarios, o en la propia firmeza de las resoluciones judiciales y los efectos de la cosa juzgada, comprensivo de los sentidos tradicionales en la doctrina procesal, formal y material, evitando la apertura de procesos fenecidos o nuevos pronunciamientos judiciales sobre hechos juzgados; o en la ejecución de las decisiones judiciales, promocionando su efectividad (Bandrés-Sánchez Cruzat).

32.1 *Interpretación del principio*

La Corte Federal de Estados Unidos de América interpreta el principio de seguridad jurídica sobre la base de las Enmiendas V y XIV por las que el control de constitucionalidad sólo se ejerce cuando los intereses afectados conciernen a la vida, la propiedad o la libertad.

Tradicionalmente la fiscalización se realiza sobre el hecho ocurrido y no sobre la actividad parlamentaria, por eso se trata de revisar la licitud o ilicitud del acto, sin afectar la actuación legislativa previa.

Pero como el control, en definitiva, determina el nivel de agresión (o en su caso de protección) del interés o derecho afectado por la norma, la actividad legislativa también tiene que respetar un debido proceso en la sanción formal y sustancial (razonabilidad) de la ley.

Ahora bien, los tres derechos contemplados (vida, propiedad y libertad) pese a su amplitud, constituyen, al mismo tiempo, una limitación al preferir unos derechos sobre otros, lo cual ha llevado a tener que ampliar el criterio con la ayuda del test de constitucionalidad (interpretación)

> Explica Arturo Hoyos que la jurisprudencia norteamericana le dio al *due process of law* un doble alcance: material o sustancial y procesal. En cuanto al primer aspecto, el *substantive due process*, muy propio del sistema jurídico, puede señalarse que ha pasado por diversas etapas, desde una en que se juzgó, en el fondo contra una especie de derecho natural, la legislación de tipo económico-social y se declararon inconstitucionales leyes laborales e intervencionistas porque supuestamente implicaban limitaciones no razonables al derecho de propiedad protegido por el *due process*, lo cual finaliza en 1937 cuando (*West Coast Hotel contra Parrish*) la Corte Suprema deja de interferir con el *New Deal* del presidente Roosvelt y, en general, con la facultad del Congreso de expedir leyes que regulen la vida económica. Con posterioridad la doctrina del debido proceso sustancial ha sido utilizada por los tribunales para formar, sobre todo, el derecho a la intimidad de las personas (*privacy and personhood*).

Es decir, tal como ha ocurrido en nuestro país, la garantía de la seguridad jurídica, conectada en un primer plano al derecho de propiedad y al proceso debido (arts. 17 y 18, CN) debió ampliarse, necesariamente, ante la diversidad de situaciones que aparecían tuteladas implícitamente aun sin encuadrarse, estrictamente, en el tipo del derecho individual pensado por la Constitución originaria (tales como son los casos del contrato en masa; los derechos del consumidor; o las nuevas formas de dominio).

> Para llegar a esta punto de la evolución, el camino no ha sido en absoluto sencillo y los alcances concretos de esta facultad así como su ejercicio mediante la *judicial review* dependen, en última instancia, del criterio interpretativo de la Corte el cual ha variado en un amplio espectro desde el uso de argumentos de derecho natural hasta su negación total, pasando por el balance de intereses de acuerdo a la teoría de las libertades preferidas "*balancing of interests*" y "*prefered freedoms*", vigente en cierta medida en la actualidad, aproximaciones basadas en la racionalidad, el consenso, la tradición y las necesidades del mercado (De Bernardis)

32.2 *Derechos preferidos en el debido proceso sustancial*

Siempre en el campo de afirmar el principio de seguridad jurídica la noción de debido proceso sustancial fue ocupando aspectos extraños a la triada proveniente de los derechos a la libertad, propiedad y a la vida.

La *igualdad* es una de las primeras proyecciones pues se reclama de los jueces una sentencia motivada que precise las razones por las cuales se

aparta de precedentes jurisprudenciales conocidos, que significaban para las partes cierta seguridad jurídica en su aplicación.

La interdicción de la arbitrariedad mediante la *fundamentación* de los fallos obedece a que no es posible sustentar la validez constitucional de sentencias contradictorias.

Esta línea aplica otras derivaciones como son evitar la reconsideración de asuntos en los que exista sentencia definitiva que haya alcanzado los efectos de la *cosa juzgada*; como entender en cuestiones donde actúa otra autoridad jurisdiccional que desplaza la competencia funcional.

> El instituto de la prejudicialidad -según Bandrés- actúa en una doble dirección, al procurar que un orden jurisdiccional conozca, o deba de abstenerse de conocer de un asunto que no le esté atribuido privativamente. De este modo se intenta contribuir al principio de seguridad jurídica evitando debates contradictorios sobre un mismo caso en sedes jurisdiccionales diferentes, haciendo suspender un procedimiento hasta que se resuelva el que se considera principal -como sucede con la denominada prejudicialidad penal en el proceso civil-, o permitiendo su continuación con independencia.

Lo sustancial, en definitiva, se define sobre las cuestiones que son imprescindibles para la confianza del hombre en sus instituciones, y particularmente, en la justicia.

La seguridad, por ello, no es un modelo general y abstracto, todo lo contrario. Necesita amoldarse a los tiempos y sus particularidades con el fin de *garantir* adecuadamente la vigencia y efectividad de cada una de las libertades esenciales a los derechos humanos.

32.3 *El debido proceso sustancial en la doctrina*

Desde la obra pionera de Linares hasta las actuales, siempre se ha considerado la dualidad en el debido proceso, de un aspecto procesal y otro material.

Pero es Quiroga Lavié quien formula una interesante apertura (sistematizada por Hoyos), afirmando que el art. 28 de la Constitución argentina no tiene ni encuentra precedentes en su similar norteamericana, por ser anterior a esta:

> *1) El sustento constitucional del debido proceso sustantivo se encuentra, en relación con las leyes, en el art. 28 de la CN, y en relación con las decisiones judiciales, en el art. 18 de la CN:*
>
> *2) las leyes irrazonables...lo son porque afectan, más de lo debido (hasta llegar a ser injustas), los derechos individuales, de modo tal que dicho perjuicio no redunda en beneficio (o si redunda, no se justifica) de los intereses sociales: los intereses individuales serán protegidos por el derecho en tanto ellos son intereses sociales.*
>
> *3) las normas constitucionales son de una generalidad suma: establecen un marco dentro del cual el legislador debe elegir las opciones que, a su juicio, son convenientes para cumplir con el programa que le marca la Constitución. El legislador realiza, en*

consecuencia, una tarea de interpretación que no es mecánica sino libre: es un acto de voluntad estructurado en el sistema constitucional.

4) solo cuando el legislador rompe la estructura constitucional comete irrazonabilidad, y usa de su voluntad en exceso: establecer cuándo ello ocurre es una cuestión práctica por determinar en cada caso;

5) el criterio más objetivo para establecer la razonabilidad será determinar el punto de vista del entendimiento societario (justicia) sobre el caso: la justicia se da en términos de igualdad, pero ella no es creación de igualdades sino creación de igualaciones de libertad. Justicia no es tratar por igual a los desiguales, sino al contrario, es tratarlos desigualmente, para igualarlos;

6) cuando una ley afecta libertades individuales, pero beneficia a los intereses sociales, ella es un principio razonable, salvo que la afectación tenga el carácter que, en virtud de ello, los mismos intereses sociales se encuentren afectados (en tal caso la ley no es razonable).

7) si hay duda sobre si una ley beneficia o no los intereses sociales (es decir, sobre si la ley es o no razonable),se debe estar a favor de las libertades individuales (es decir, que la ley es irrazonable):

8) nadie está obligado a hacer lo que la ley irrazonable manda, ni lo que la ley razonable no manda expresamente;

9) la razonabilidad técnica de una ley es el soporte de la razonabilidad jurídica: si la ley es irrazonable desde el punto de vista técnico, lo será también desde el jurídico; por ejemplo: una ley que prohibe las reuniones públicas en lugares cerrados, debido a una epidemia de paludismo, es irrazonable técnicamente porque el paludismo no se contagia entre individuos sino que lo inocula un mosquito;

10) pero la ley puede ser razonable técnicamente pero irrazonable jurídicamente; por ejemplo: no aumentar el salario para evitar la inflación será razonable desde el punto de vista económico, pero violará la justicia;

11) quien alega la irrazonabilidad de una ley debe probar que ello es así (jurisprudencia uniforme y reiterada de la Corte Suprema) y,

12) la exigencia de razonabilidad de las leyes -llamada garantía del debido proceso sustantivo- no está denominada en la Constitución: ella surge de los arts. 16, 17, 28 y 33 de la C.N.

33. La oportunidad de audiencia y prueba

Estas garantías jurisdiccionales fueron atendidas en párrafos anteriores, lo cual no obsta para que afirmemos en este capítulo su integración al concepto

de debido proceso sustancial, precisamente por estar inmersos en ese cuadro de necesidades ineludibles para garantizar los derechos fundamentales.

La audiencia se interpreta como derecho al proceso: a tener un juez que escuche y provea y que permita desarrollar el conflicto en el marco de los principios de bilateralidad y contradicción, equilibrando en su tiempo y circunstancia, las desigualdades probables que sucedan (justicia de acompañamiento).

> El derecho al proceso se aprecia así en su función instrumental de la actividad jurisdiccional encomendada a jueces y magistrados, y en la necesidad de satisfacer el derecho de todas las personas a la tutela jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos, comprendiéndose de este modo, la íntima relación entre ambos derechos fundamentales (Bandrés-Sanchez Cruzat).

El principio asegura la ordenación del proceso, reconociendo implícitamente, la facultad o potestad judicial de adecuar el trámite a las características del conflicto con sus diversas formas de proceder. Por ello no toda regla técnica supone encolumnar el derecho a un proceso garantista, pues existen desvíos manifiestos en solemnidades aplicadas que no tienen fines constitucionales (por ejemplo, la aplicación del *certiorari* en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que llevan a inutilizar el derecho a la fundamentación de las sentencias).

La premisa que conduce este derecho a la audiencia se vincula, esencialmente, a la tutela efectiva que tienen los derechos constitucionales (individuales, sociales y colectivos) ventilados en un proceso, los que deben encontrar un medio adecuado (sencillo y eficaz) para debatir sin restriccionismos rituales.

Asimismo, la garantía refuerza el concepto de unidad eficaz del instrumento garantista, esto es, del proceso, evitando que el mismo sea utilizado como una herramienta solemne que transita por un camino de cornisas permanentes, serpenteante e inseguro.

> El Tribunal Constitucional español, interpretando el art. 24.1 ha dicho que esta norma debe aplicarse según la naturaleza y fines de cada procedimiento (Sentencia del 30 de marzo de 1981), agregando que, dicho precepto no debe conducir a la idea que haber constitucionalizado todas las reglas procesales, pues el tribunal no está para velar y, en su caso, corregir, todos los *errores in procedendo*, sino sólo aquellos que resultan esenciales en el derecho a la jurisdicción y al proceso debido, y que, por esa condición, el constituyente ha incorporado a los derechos fundamentales, dotándoles de la protección reforzada que significa el art. 53.2 de la Constitución (Sentencia 50/82 del 15 de Julio de 1982).

Por su parte el derecho a la prueba, como hemos visto, impide definir una situación *de jure* sin haber dado a las partes la oportunidad (debida) de probar la verdad de sus afirmaciones. Por eso, ejemplificativamente, nuestra Corte nacional descalificó el fallo que había rechazado un amparo sin tramitar la prueba ofrecida, pues el caso -que apunta Morello- tenía especiales connotaciones: el actor había impugnado una factura por servicios telefónicos por exorbitante y el usuario estaba en la imposibilidad de verificar su exactitud, por lo que la desestimación de la protección generaba la relación directa e

inmediata (art. 15, ley 48) entre lo resuelto y la violación de la garantía del debido proceso (C.S., Fallos 314:1038).

Este núcleo está jurisprudencialmente más desarrollado a través de las denominadas "causales de arbitrariedad", por las que se puede razonar que violan la garantía jurisdiccional las decisiones que traducen un apartamiento de las constancias del expediente; o las que exceden el límite de razonabilidad en la apreciación (prueba obtenida ilícitamente); también aquellos que se tienen por probados y no encuentran respaldo en la documentación de la causa, entre otros casos.

El resumen que muestra este capítulo de la garantía en estudio concluye afirmando la necesidad de repensar la finalidad del proceso. En nuestro concepto, si la idea acuñada por el constituyente de 1994 fue de afianzar la seguridad jurídica a través de un proceso para todos, sencillo y eficaz; este medio debe reconducirse como un derecho fundamental del hombre y, como tal, debe estudiarse entre los derechos del procesal constitucional.

Por tanto, el debido proceso sustancial encolumna un haz consecutivo de garantías mínimas como son: el acceso libre a la justicia, permitiendo que una causa sea oída por un juez independiente e imparcial, a través de un proceso equitativo. Este proceso se guía con la finalidad de lograr una respuesta seria y fundamentada, a cuyo efecto debe acudir un nuevo agrupamiento de derechos jurisdiccionales (derecho de audiencia, de prueba, de tratamiento igualitario, de contradicción y de colaboración en la búsqueda de un resultado útil "para todos"). Finalmente, la sentencia debe llegar en el tiempo necesario, ser fundamentada y capturar como proyección de ella dos derechos que se oponen, pero que al mismo tiempo se complementan: el derecho a la ejecución inmediata y el derecho al recurso.

34. La fundamentación de las sentencias

La motivación razonada de las sentencias es un principio novedoso en las garantías jurisdiccionales, aunque parezca increíble.

En el derecho romano no existía la obligación de fundamentar las decisiones, porqué el orden y el silencio compartían el misterio de la divina justicia, convertida en el oráculo del pueblo. Fue mucho tiempo después cuando aparece el deber de motivación.

> La tendencia "pro-motivacionista", al decir de Sagüés, cobra impulso a partir de la Revolución Francesa, sobre todo, después del artículo 94 de la Constitución de 1793: Los jueces "...motivan sus decisiones" (la Constitución de 1795 agregó que las sentencias debían enunciar los términos de la ley que aplicaren: art. 208)...En Argentina, el tramo colonial y el poscolonial muestra el predominio de la no motivación; pero una importante excepción fue el Tribunal de Recursos Extraordinarios de la provincia de Buenos Aires (1838-1852), cuyas decisiones fueron suficientemente fundadas. Con la sanción de la Constitución de 1853, en la esfera nacional (y en la provincial, con el texto bonaerense de 1854), la tendencia motivacionista logró paulatinamente imponerse.

Las razones que predica esta obligación de fundamentar reconoce varias explicaciones y argumentos desenvueltos. El primero tiene en cuenta la

necesidad de justificar el poder jurisdiccional a través de la razonabilidad de sus fallos; luego, porqué las bases sobre las que cada sentencia se apoya pueden controlarse a través de los recursos, abriendo una instancia de revisión. Asimismo, es un argumento contra la arbitrariedad o el despotismo judicial.

Desde otro punto de vista, aplicado en la función jurisdiccional, la sentencia debe persuadir a las partes sobre la justicia impartida; y si ellas son ejemplares por su valor y trascendencia, determinan una fuente de derecho judicial que conviene alentar.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que el deber de fundamentación, *es una condición para la validez de las sentencias* (Rey c/ Rocha, Fallos 274:260; 283:86: 295:95, entre otros); *para no ser arbitraria debe expresar el derecho aplicable en cada caso concreto* (Fallos 244:521; 259:55); y es inconstitucional aquella *que carece de toda motivación,* o si la tiene, *es aparente o insustancial.*

En nuestro país, la obligación de fundamentar tiene origen constitucional, aunque el mismo no resulta explícito ni directo. Sólo se menciona en el artículo 17 (derecho de propiedad) la expresión "*sentencia fundada en ley*" y después, en el art. 18 (debido proceso) alude al "*juicio previo fundado en ley*".

> Para Sagüés, la obligación constitucional de fundar en derecho las sentencias emerge de tres dispositivos, independientemente de la cláusula que declara "inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos"; ellos son: el derecho de propiedad o de prestación de servicios personales y el juicio previo fundado en ley. Concluyendo que, la obligación constitucional de fundar en derecho las sentencias, es una conquista del Estado de Derecho: sirve como garantía contra la desidia y la arbitrariedad; activa el rol ejemplificador de los fallos, al forzarlos a demostrar su basamento normativo; permite cuestionarlos y contribuye a crear una imagen mejor de la judicatura.

34.1 *El derecho a la fundamentación de todos los actos de decisión jurisdiccional*

La sentencia fundada en ley que tipifica el art. 17 de la Constitución Nacional, así como asegura el deber de fundamentar los fallos judiciales, también puede obrar como complemento del principio de seguridad jurídica.

En efecto, el principio de jerarquía normativa que tutela la supremacía constitucional no puede quedar desplazado por interpretaciones esquivas o ambivalentes, de forma tal que por un capricho legalista se postergue la aplicación estricta del deber de razonar cada acto jurisdiccional.

Un caso típico de anulación implícita del deber mencionado se encuentra en la providencia que rechaza sin sustanciar una demanda de amparo por considerar que no es la vía idónea.

> Es cierto que la facultad que tienen los jueces para analizar la admisibilidad de una pretensión debe interpretarse con criterio restrictivo en aras de preservar el derecho de defensa. También lo es, que la modificación que trae 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. Pero, en ambos casos,

> las potestades del juez no se ven alteradas. A lo sumo, dependerán de la inteligencia como se capten las posibilidades reales del derecho de amparo. Evidentemente, si se razona como vía directa resulta prácticamente imposible articular un rechazo liminar 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. Igual conclusión seguiría cuando se advierta la necesidad de un mayor debate o prueba.
>
> Sin embargo, nosotros creemos que en ningún caso procede declarar el rechazo *in limine* del amparo. No interesa la posición que se tenga respecto a la calidad alternativa o subsidiaria del amparo.
>
> 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 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.

La falta de contestación, o el formulismo aplicado como respuesta, no garantiza el debido proceso, tan sólo resuelve en el marco del legalismo técnico que, en algunos casos, no concilia con el mentado derecho a fundamentar las decisiones judiciales.

Ocurre que apenas logrado el acceso a la justicia, y obtenido el derecho a la audiencia y prueba, el individuo requiere la actividad jurisdiccional para ir en busca de una respuesta definitiva a sus necesidades, encontrándose desconcertado cuando las respuestas no llegan o son ambiguas.

> Una vez que se ha tenido acceso a la jurisdicción y al proceso -dice Chamorro Bernal-, la falta de tutela judicial efectiva puede derivarse de la inexistencia de contestación por parte de los órganos jurisdiccionales a la interpelación hecha a los mismos en forma legal. Así, la total falta de respuesta a la principal causa de pedir o una respuesta ambigua pueden constituir una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, situación que el Tribunal Constitucional (español) considera como de incongruencia por omisión, aunque sería preferible calificarla simplemente como falta de respuesta, dejando la incongruencia para los supuestos de exceso o defecto en la misma.

No se trata de establecer una suerte de proteccionismo extremo; tan sólo recurre al concepto de asegurar la certeza de las partes sabiendo las razones y motivos por los cuales se resuelve en cada situación del proceso. Por supuesto, quedan intangibles las facultades judiciales de rechazar cualquier pretensión manifiestamente improcedente o impertinente, así como denegar las medidas que interprete inhábiles para los fines del litigio.

> Agrega Chamorro Bernal que, la respuesta a que el ciudadano tiene derecho no es ni tiene que ser siempre, sin embargo, sobre el fondo del asunto, ya que no ése el contenido constitucional del derecho. No

> hay que confundir "...el derecho a obtener una resolución motivada con el derecho a obtener en todo caso un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada; es aquél y no éste, el que forma parte del art. 24.1 de la Constitución". De ahí que si la resolución de inadmisión o de no entrar al fondo del asunto está adecuadamente motivada y fundamentada, es perfectamente válida desde el punto de vista constitucional.

En síntesis, se propicia establecer en el marco del garantismo jurisdiccional la obligación judicial de fundamentar todos los actos que incidan en el derecho a la jurisdicción y al proceso que las partes tienen.

34.2 *El principio de legalidad instrumental*

Las reglas técnicas que capitaliza un proceso cualquiera, tienen su sentido. No son caprichosas ni persiguen obstaculizar la marcha continua del procedimiento.

El procedimiento para ser tal, no se configura simplemente por la secuencia ordenada de actos procesales. Requiere que éstos cumplan una forma preestablecida que los conduzca y permita interpretarlos congruentes con la etapa del litigio que atraviesan.

Esas formas condicionan la manifestación exterior del acto, comprometiendo su contenido; van dirigidas a las partes, terceros, auxiliares y al mismo órgano jurisdiccional.

Cuando las reglas adjetivas señalan el modo de ser de los actos que componen el proceso, se habla del principio de *legalidad de las formas;* en oposición a la *libertad* de emitir requerimientos, alegaciones y decisiones, sin cumplir recaudo alguno de orden ritual, o simplemente llamado, *informalismo*.

En realidad, es poco probable encontrar mecanismos absolutos de uno u otro sistema, porque la libertad de las formas procesales, en la práctica no ha sido nunca aplicado de un modo integral; como sucede con la *legalidad adjetiva* que, de todos modos, siempre establece pautas solemnes, pero arbitra algún margen optativo que acuerda a las partes la facultad de regular aspectos parciales del proceso.

> El informalismo, en los hechos, nunca es tal, porque la sola referencia a las formas ocupa, además del aspecto exterior del acto, el lugar donde se emite y el tiempo en que se lo incorpora. Por eso, suele decirse que un escrito presentado en una secretaría distinta a la que tramitaba la litis incurre en un error de hecho que determina la invalidez formal del acto; tanto como sucede, si la prueba es ofrecida anticipadamente, sin respetar las etapas preestablecidas del juicio ordinario.

En tal sentido, resulta impropio hablar de libertad de las formas, porque en los hechos ellas existen. Lo correcto será referir a un proceso sin reglas preordenadas, dejando a las partes y al Juez en libertad para realizar los actos pertinentes en el lugar, tiempo y modo que ellos consideren adecuados en su formulación externa.

La disciplina impuesta a la manifestación de los actos del procedimiento tiene sustento constitucional, en tanto tutela el derecho de defensa en juicio, admitiendo algunas excepciones específicas cuando se propone un acto fuera

del encuadre predispuesto (V.gr: excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda).

Pero es evidente que un ordenamiento procesal rígido en esta disciplina, cae en el *formalismo* donde se confunde lo formal con lo ritual, para elucubrar una especie de geometría exacta que acomode la presentación del acto a las previsiones legales que la rigen.

El límite de las formas lo impone el derecho establecido, que como toda norma jurídica, debe interpretarse no por su letra, sino por la inteligencia que surja de la lectura de las cláusulas.

Consecuencia de ello es el tercer sistema denominado de la *regulación o adecuación judicial de las formas* por el cual el juzgador ordena el material solemne a recabar, dirigiendo el proceso en su total desarrollo.

En la praxis, este mecanismo provoca alguna inseguridad jurídica, lo cual trastroca la finalidad prevista en el principio de regulación de las formas que, justamente, procura afianzar la seguridad y el orden del procedimiento.

Ese punto intermedio puede hallarse en el *principio de instrumentalidad o elasticidad de las formas*, que sostenidos en los principios regulados para las nulidades del proceso, actúa, esencialmente los valores intrínsecos de los actos, dando preeminencia al objeto que están llamados a cumplir en cada caso.

> El Tribunal Constitucional español ha dicho que, los trámites formales no deben ser exigencias cuyo incumplimiento presente siempre el mismo valor obstativo que operaría con independencia, en principio, de cuál sea el grado de observancia del requisito, su trascendencia práctica o las circunstancias concurrentes en el caso. Al contrario, han de analizarse teniendo presente la finalidad que pretende lograrse con ellos para, de existir defectos, procederse a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas con la entidad real del derecho mismo, medida en función de la quiebra de la finalidad última que el requisito formal pretendía servir. De esta suerte, cuando esa finalidad pueda ser lograda sin detrimento alguno de otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto, más que a eliminar los derechos o facultades que se vinculan a su cauce formal, lo que, con mayor razón, debe sostenerse cuando el efecto que pueda producir la inobservancia de un requisito formal sea precisamente el cierre del recurso. Esta interpretación finalista y su corolario, la proporcionalidad entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto, no es sino una consecuencia más de la necesaria interpretación de la legalidad ordinaria en el sentido más favorable a la efectividad de un derecho fundamental (TC, sentencia 19/83 del 14 de marzo de 1983).

34.3 *La subsanación de los defectos de los actos en el proceso constitucional.*

Este principio se instala en el campo de las facultades de los jueces, procurando expurgar aquellos vicios que inducen al entorpecimiento de la causa o que provocan dificultades para reconocer claramente el objeto en discusión.

La conducta reprochable también se califica y depura en terreno de este principio. Ocurre que la mala fe es una noción compleja y para ser advertida en el proceso es menester atender su componente subjetivo, consistente en la intención o conciencia de perjudicar o engañar, y su elemento objetivo, es decir, la imprescindible manifestación externa de esa voluntad dolosa.

Ambas relaciones coinciden con el concepto ético social que comprende la buena fe. El elemento ético sería la mala intención o conciencia de la propia sinrazón; y el valor social, la actuación de la parte corporizada en actos externos.

Por eso, en el derecho procesal constitucional, la intención no es causa bastante para sancionar.

> Aunque debe recordarse que "la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones" (art. 163 inciso 5º, Código Procesal de la Nación Argentina).

Cada vez que sea preciso, el Juez podrá verbalizar el *principio de saneamiento*, que en la especie descripta para la conducta procesal, consiste en descalificar al inescrupuloso aplicándole los correctivos propios del principio de buena fe (corrección disciplinaria).

La depuración del proceso se consigue en base a disposiciones que tienden a prevenirlo de nulidades.

> El art. 34 inciso 5º ap. b) del Código Federal impone a los jueces el deber de "*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 nulidades*".

En el campo de la celeridad procesal (proceso rápido y expedito), el principio pretende dos objetivos: a) depurar al proceso de vicios que inciden en la utilidad del litigioso, y b) asegurar que el objeto del proceso se encuentre precisamente determinado, liberándolo de manifestaciones dispendiosas o de pruebas inconducentes que sean, en definitiva, un estorbo insalvable para resolver.

Respecto del primer aspecto consideramos la actuación del Juez en el trámite generado hasta quedar los autos en estado de dictar sentencia. Podrá así, testar términos injuriosos, imponer la claridad en la redacción de los escritos, devolver presentaciones que violenten las reglas del derecho de defensa o sean ofensivos o agraviantes; expulsar de las audiencias a quienes las interrumpen, etc.

El rechazo *in limine* de aquellas pretensiones manifiestamente infundadas sostiene una posibilidad más de actuar el principio; toda vez que el interés acusado no sería signo de protección por su ausente o nula exposición de motivos, dando facultades al magistrado para realizar anticipadamente un análisis sobre el fondo, evitando hacerlo en la sentencia con el dispendio jurisdiccional sucesivo.

El cuadro someramente descripto se aplica tanto para los actos procesales comunes como para los desarrollados en un proceso constitucional.

Sin embargo, el *principio de subsanación*, en esta última instancia, encuentra facilidades necesarias para preservar su finalidad primordial: la defensa de la Constitución y la protección de los derechos del hombre.

En efecto, un proceso constitucional (amparo, por ejemplo) tiene que promover el conocimiento jurisdiccional solapando errores formales -no trascendentes- que, eventualmente, lo impidieran. Se persigue evitar la excusa del formalismo para lograr la falta de pronunciamiento, también llamado, *non liquet.*

> El proceso constitucional español -apunta el logrado estudio de Perez Gordo- ha recogido la tendencia general, tanto doctrinal como legal-, de depurar el procedimiento, con carácter preliminar, de los vicios y defectos que puedan suponer un "non liquet", lo que es loable....Pero en cualquier caso, esta posibilidad de subsanación en el proceso constitucional de los actos defectuosamente realizados, como en el proceso en general, no alcanza a cualquier vicio, sino sólo a aquéllos que son susceptibles de convalidación o revalidación, calidad ésta que no es la propia de la totalidad de los actos viciados.

Observando el mecanismo en funcionamiento podemos cotejar el sentido del principio. Un defecto procesal en el acto de postulación (demanda) puede impedir su admisión; pero sostenido por la esencia constitucional que propicia, el principio de subsanación le permitiría al juez resolver indicando el error incurrido (para su corrección) o, en su caso, encaminando el proceso hacia la vía más apta para la pretensión incoada (como se propone para el proceso de amparo en lugar de rechazar *in limine*).

> El Tribunal Constitucional español ha dicho que, son defectos subsanables aquéllos cuyo cumplimiento o rectificación puede hacerse dentro del plazo que al efecto se conceda con arreglo al art. 85.2 o, en su caso, en el trámite de inadmisión del art. 50; mientras que son insubsanables aquellos cuya rectificación ya no es posible, bien porque su misma naturaleza lo impide -falta de requisito esencial-, bien por haber transcurrido el plazo o se ha desentendido el trámite (TC, sentencia 114/80 del 1 de octubre de 1980).

En definitiva, se procura que los jueces del sistema de control constitucional difuso, activen una dinámica similar a la que actúan los tribunales constitucionales (sistema jurisdiccional concentrado), con iguales límites y condiciones, y con idénticas actitudes de protección y promoción a los derechos fundamentales.

Poner la Constitución delante del Código Procesal, nada más.

35. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Nueva York), se ocupa del mismo en el artículo 14, apuntando esencialmente a las demoras suscitadas en los procesos penales.

Esta convención se refiere al juzgamiento "sin dilaciones indebidas", frase que también adopta la Constitución española en el artículo 24.2 y que llevó a interpretarla como un "derecho a la jurisdicción" vinculado al tiempo en que debe prestarse el servicio judicial, comprendiendo por tal el "plazo razonable" en que las personas reclaman el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

> Por eso, dijo el Tribunal Constitucional español, "el ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales lo viene a consagrar el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución, al hablar de un proceso público sin dilaciones indebidas, y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso" (TC, sentencia del 14 de Julio de 1981).

Algunos precedentes jurisprudenciales orientan significativamente en la comprensión del precepto.

El caso König fallado por el Tribunal de Estrasburgo el 28 de junio de 1978 pone en claro que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe aplicarse en cada caso y de acuerdo con sus circunstancias a cuyo fin se toman como pautas la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y la manera en que el problema fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales.

El primer aspecto se mide en relación con la mayor o menor sencillez del tema conflictivo, de manera que la dificultad para el esclarecimiento depende del tipo de asunto a considerar.

Estas dificultades pueden asentar en la complejidad de la prueba; en la imposibilidad de practicar notificaciones personales imprescindibles; en cuestiones prejudiciales que dejan latente la continuidad de las actuaciones, etc. Sin embargo, como se comprenderá, estas son contingencias procesales que no alteran el conocimiento jurisdiccional, porque se tratan de dilaciones probables y no de demoras injustificadas.

Por eso, la precisión se busca a partir del complejo mundo de situaciones que el juez debe resolver.

La conducta procesal de las partes se confronta en su comportamiento activo y pasivo. Es decir, en las maniobras utilizadas para dilatar sin causa el procedimiento, obligando a demoras inusitadas; o a través de alegaciones inconducentes que evidencian la conciencia de obrar sin derecho.

Esta forma de prolongar sin razones puede castigarse en la misma sede jurisdiccional por las medidas sancionatorias a la conducta desleal y artera o temeraria y maliciosa. No obstante, la pasividad de los jueces que con su tolerancia propician el descontrol, admiten prever el supuesto de procesos demorados a causa del tribunal.

> El caso Zimmerman y Steiner (Corte Europea de Derechos Humanos, 13 de Julio de 1983) muestran como un tribunal permanece impasible ante la dilación procesal creada a través de sus instancias, demorando la instrucción, la prueba y al mismo pronunciamiento.
>
> El precedente Bucholz (10 de diciembre de 1982) se aplicó en esta causa, explicando que el plazo razonable se mide en proporción con el entorpecimiento pasajero de las tareas que el tribunal debe remediar con la presteza debida.

En procesos penales, la detención del procesado implica adoptar temperamentos sobre la celeridad del juicio, circunstancia que permite delinear siete criterios que son tenidos en cuenta en cada caso a decidir a efectos de

esclarecer si existe o no exceso del "plazo razonable" para juzgar a una persona que está detenida preventivamente.

Esos siete criterios se refieren a

- duración de la detención en sí misma;

> La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Bramajo, Hernán J." sostuvo, interpretando la validez del art. 1º de la ley 24.390, que ella está supeditada a que los plazos fijados no resulten de aplicación automática por su mero transcurso, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en los arts. 380 y 319 del Código de Procedimientos en materia penal y Código Procesal respectivamente, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable

- naturaleza del delito y la pena que tiene señalada;

> Conviene advertir en este aspecto las sustanciales diferencias que tienen las causas, sean estas contravencionales o delictuales, pues mientras se admite en unas la suspensión -por la bagatela o escasa gravedad del hecho- en otras, las punitivas, puede llevar al entorpecimiento y virtual bloqueo del desarrollo del enjuiciamiento, postergando una decisión que -está o no detenido el imputado- obliga a despejar la incertidumbre que el principio de inocencia no consigue doblegar.

- efectos personales sobre el detenido de orden material, moral u otros;

> Aquí la Corte ha dicho que "tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal...Puesto que la garantía del debido proceso legal ha sido arbitrada fundamentalmente a favor del acusado, no cabe admitir que la posible deficiencia de la prueba de cargo constituya causal de nulidad de lo regularmente actuado dentro del juicio, sobre todo si se tiene presente que el Estado cuenta a través de órganos específicamente instituidos al efecto, con todos los medios conducentes para aportar los elementos de juicio que estime útiles en abono de la procedencia de su pretensión punitiva. En suma, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que...ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal (Fallos de la C.S., 272:188, "caso Mattei").

- conducta del acusado;

> Dice Pico I Junoy que "la dilación del proceso, para ser indebida, no puede ser imputable a la parte cuyo derecho fundamental entiende que ha sido infringido", por lo cual, es el mismo interesado el que debe activar la continuidad del procedimiento (concepto que puede aplicarse a los procesos no penales)

- dificultades de la instrucción del proceso;

> En estos casos se trata de equilibrar la complejidad de la instrucción sumarial con el tiempo de la detención preventiva. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que "no es legítimo invocar la complejidad de un caso y las necesidades de investigación en el curso del proceso, de manera general y abstracta, para justificar la imposición de prisión preventiva, ya que debe existir un peligro efectivo de que tal investigación sea impedida por la liberación del acusado...Toda persona que se encuentra privada de libertad tiene derecho a que su caso sea analizado con prioridad, y que se imprima una diligencia especial en su tramitación. De esta forma, el poder del Estado para detener a una persona en cualquier momento del procedimiento constituye el fundamento principal de su obligación de sustanciar tales casos dentro de un plazo razonable" (CIDH, marzo 11/997, Informe 2/97).

- la manera en que éste ha sido llevado por las autoridades judiciales, y

> También la Comisión Interamericana en el informe anterior (12/96) había sostenido que "la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia, por ello debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda convertirse en un riesgo significativo. La privación de la libertad previa a la sentencia no debe basarse únicamente en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social. No se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea razonable "per se" solamente basándose en lo que prescribe la ley, sino que debe fundamentarse en la sana crítica del juez, quien llega a una decisión utilizando los criterios que establece la ley"(CIDH, marzo 1/996, caso 11.245 Argentina)

- la actuación de estas autoridades durante todo el procedimiento.

> Completando, se integra a este concepto la idea respecto a que "el principio de legalidad, que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período del tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad, cuando, conforme con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad (CIDH, marzo 1/996, informe 12/96, caso 11.245: Argentina).

De todo ello surge que el respeto hacia el tiempo procesal justo, en materia punitiva, comienza desde que una persona conoce de la acusación, lo cual puede ser anterior al mismo enjuiciamiento (supuestos de arresto, instrucción preliminar, averiguación previa, etc.) y se confronta con la duración del procedimiento.

Es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos que refiere a dos años sin condena.

En suma, es oportuno precisar el concepto de dilación, caso por caso, de forma tal que permita discernir algunas pautas sobre lo que debe entenderse por razonabilidad de los tiempos de duración de un proceso, y el significado y alcance de su exceso. Además, permite descubrir cuando esa dilación es indebida, por superar negativamente todos los criterios de

justificación y pertenecer al ámbito de diligencia exigible a los tribunales de justicia, con abstracción de la laboriosidad de su titular.

> Sin perjuicio de estos criterios de base, no escapan de la lectura las consecuencias hipotéticas que contrae la demora judicial, que en frases del mencionado caso "Zimmerman y Steiner" representan lo que arriesgan los demandantes, es decir, las consecuencias gravosas y dañinas que surgen por la lentitud procesal.
>
> Las viejas Leyes de Partidas veían imposible cargar culpas en quien no fuese el director del proceso, el verdadero responsable de la actividad y ejercicio judicial. Así como no toleraban la delegación jurisdiccional, tampoco consentían que los errores y vicios del procedimiento pudiesen acabar en una sanción al Actuario, salvo expresas circunstancias administrativas.

En efecto, la disposición puesta a nivel constitucional pretende conseguir la eficacia del servicio jurisdiccional de manera que las demoras inusuales injustificadas puedan generar responsabilidades civiles, esto es, pretensiones indemnizatorias que reparen el daño efectivamente adquirido por la tardanza del tribunal.

> En palabras de Gimeno, "conviene remarcar aquí que, si bien el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ofrece un marcado carácter instrumental con el derecho a la tutela, por cuanto el exceso de tiempo puede producir una satisfacción platónica a las partes litigantes, tampoco es menos cierto que el derecho fundamental del artículo 24.2 constituye un derecho autónomo y distinto al de la tutela, cuya infracción ha de ocasionar el nacimiento de la oportuna pretensión de resarcimiento".

Bibliografía Capítulo VIII

Bandrés Sanchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional,* editorial Aranzadi, Pamplona, 1992.

Bidart Campos, Germán J., *La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1984.

Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, editorial Bosch, Barcelona, 1994.

De Bernardis, Luis Marcelo, *La garantía procesal del debido proceso,* editorial Cuzco S.A., Lima, 1995.

Esparza Leibar, Iñaki, *El principio del debido proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1995.

Gimeno Sendra. José Vicente, *Constitución y Proceso,* editorial Tecnos, Madrid, 1988.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Teoría General del Derecho Procesal,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1995. *El Derecho de Amparo,* editorial Depalma (2ª ed.), Buenos Aires, 1998.

Hoyos, Arturo, *El debido proceso*, editorial Temis, Bogotá, 1996.

Leguina Villa, Jesús, *Principios generales del derecho y Constitución,* en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 114 (1988) págs. 34 y ss.

Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada de la Constitución Argentina*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1970.

Morello, Augusto Mario, *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías constitucionales*, editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Perez Gordo, Alfonso, *Los actos defectuosos y la subsanación en el proceso constitucional,* editorial Bosch, Barcelona, 1994.

Pico I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso,* editorial Bosch, Barcelona, 1997.

Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano,* editorial UNAM, México, 1991.

Sagüés, Néstor Pedro, *El recaudo de la motivación como condición de la sentencia constitucional.* Ponencia al XI Congreso Nacional (Argentino) de Derecho Procesal, La Plata, 1981, Libro de Ponencias, tomo I págs. 1099 y ss.

Segal Jeffrey - Spaeth Harold, *The supreme court and the attitudinal model*, Cambridge University press, New York, 1996

CAPÍTULO IX. El debido proceso penal

36. Objeto a considerar

El debido proceso penal no tiene diferencias sustanciales con las reglas y principios que se han enumerado; no obstante el derecho argentino ha basado la explicación del concepto sobre "debido proceso" en lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución Nacional, lo que supone encontrar particularidades que amplían los criterios ya expuestos.

> Dice Rodríguez Rescia que en el proceso penal es lógico que, para garantizar el resultado del mismo y su acervo probatorio, se permita establecer algunas restricciones a la libertad del procesado, pero dentro de ciertos límites previamente establecidos por la ley y teniendo siempre en mente el respeto al derecho a la libertad a partir del principio de la presunción de inocencia. Ello ha justificado que se hayan establecido, para el proceso penal, una serie de garantías más amplias que para otro tipo de procesos en los que, por su propia naturaleza, no le serían aplicables.

Esta base de trabajo es lógica en la perspectiva del constitucionalismo liberal que dominó la implementación de las garantías en el procedimiento penal; cada uno de los aspectos que trata la norma, como regla, siempre se aplicaron en la dinámica de los derechos en favor del hombre y por su libertad.

Es decir que, si la libertad era la esencia y fundamento de los derechos individuales, debía obviamente protegerse explícitamente esa garantía y ordenar, a través de una puntual enumeración, las reglas del proceso debido a quien se limitara en ese derecho del hombre.

Dice el artículo 18:

> *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.*

De suyo, la defensa efectiva de la persona echa raíces en la fisonomía del debido proceso penal, toda vez que se privilegia el estado de inocencia y la enumeración puntual de varios derechos que constituyen el procedimiento constitucional requerido.

> Sostiene Esparza Leibar que, en esta materia, la primera advertencia que debe hacerse recae por un lado sobre la gran complejidad de la institución, y por otro sobre la importancia fundamental de la misma dentro del sistema jurídico de los EEUU. La complejidad está garantizada por el hecho de tratarse de un elemento que se ha desarrollado en los ordenamientos anglosajones durante más de siete siglos, a través de la constante interpretación jurisprudencial y de la no menos trascendente elaboración doctrinal. Por lo que al carácter fundamental dentro de los ordenamientos anglosajones concierne, el mismo se deriva de la finalidad de la institución que tiene su ámbito en la modulación de las situaciones en la que los derechos fundamentales vida, libertad y propiedad son regulados por la autoridad, actuando el debido proceso en aquellas ocasiones como válvula reguladora.

En lo que sigue veremos cada uno de los puntos que estructura la garantía del proceso penal, teniendo presente que el sistema de enjuiciamiento que tenga cada legislación determina singularidades insoslayables, por su clara incidencia en los efectos que tiene sobre la libertad de las personas.

37. ¿Proceso o garantía?

Es importante tener en claro, antes de elaborar conclusiones, la posición teórica que se tenga respecto al significado del proceso penal en el conjunto de las garantías, y particularmente, en la esfera de los derechos que venimos desarrollando.

Actualmente se debaten dos ideologías en torno a este problema. Por un lado se enrola el llamado *solidarismo penal*, que pone sus prioridades en la pretensión punitiva del Estado, persiguiendo que el proceso actúe como instrumento y vía de la sanción. Sería, ni más ni menos, que la actuación de la voluntad de la ley. Por otra senda transita el *garantismo penal*, el cual se opone a esta consideración, procurando en su lugar que el procedimiento penal sea una garantía del individuo para su enjuiciamiento, de modo tal que el proceso mismo es una limitación a la pretensión punitiva estatal.

> Afirma Superti que cuando el procedimiento penal es usado "para combatir el delito" se genera una situación muy peligrosa porque se desnaturalizan las instituciones, más allá de las posibles buenas intenciones de quienes lo proponen, y se genera un estado de cosas donde el enjuiciamiento penal, paradójicamente, cede su bastión de las garantías para convertirse en un medio al servicio del poder público...; pero...si el proceso es una garantía, debe estar lejos de ser una herramienta estatal al servicio de indiscutibles y valiosos fines públicos, como puede ser combatir la impunidad, porque filosóficamente es imposible que un instituto simultáneamente controle y sirva al poder (o lo controla o lo sirve)

Desde nuestra perspectiva, el proceso penal no debe entenderse como instrumento para penalizar; no es ese el sentido que tiene el enjuiciamiento. En su caso, la pena será procedente si el Juez queda persuadido por las constancias probatorias y así lo resuelve en la sentencia.

La historia del proceso argentino no resuelve claramente la cuestión, pues queda de manifiesto en los sistemas procesales hasta hace poco tiempo aplicados, el rol fundamental que se asignaba al Juez, llevándolo a ocupar espacios que no le correspondían como era la instrucción preliminar.

Por ello, y teniendo como norte de nuestras apreciaciones el carácter bilateral que asume el proceso como garantía inclaudicable, observaremos en lo siguiente, de qué forma acontecen los reaseguros del derecho de acusar y defenderse.

38. Defensa en juicio y debido proceso

Fuera de los supuestos generales ya anticipados, en los que vimos las garantías jurisdiccionales que debe reportar todo tipo de procesos, esto es: la autoridad jurisdiccional y la imparcialidad del órgano; la rapidez en los trámites necesarios para alcanzar una sentencia útil y efectiva; el derecho a ofrecer y producir la prueba; la garantía de la doble instancia; y el derecho a que todas las decisiones sean razonables y motivadas; el proceso penal encuentra desde su iniciación un cúmulo de garantías que debe abastecer como principios de legalidad, con el riesgo de que su inobservancia provoque la nulidad absoluta de las actuaciones.

En secuencia ordenada ellos son:

a) El derecho a que el Juez ordinario que intervenga en la causa penal sea el denominado "Juez natural", es decir, designado con anterioridad a los hechos de la causa, y con jurisdicción suficiente para cumplir su competencia.

b) El individuo que sufre la restricción a sus libertades (físicas y ambulatorias) debe conocer las causas que se le imputan; debiendo recibir la comunicación del órgano judicial competente, en el lenguaje de su nacionalidad (si no conociera el idioma nacional) e informado de los derechos que le asisten.

c) El detenido tiene derecho a la asistencia letrada (ver parágrafos 26 y los subtítulos 26.1 y 26.2) o a la defensa material a través, esencialmente, de su propia declaración.

d) El proceso penal debe ser un procedimiento público, abierto, sin reservas ni secretos, salvo las etapas que por razones fundadas requieran de ocultamiento o privacidad.

e) El derecho a tener un proceso sin dilaciones indebidas (ver parágrafo 35).

f) En todo proceso punitivo no puede ser Juzgador quien oficie en la investigación, es decir: "el que instruye no debe juzgar".

g) Priva en todos los procedimientos, el estado jurídico de inocencia, de forma tal que, en caso de duda, se debe estar siempre en favor del reo, a quien no puede exigírsele declarar contra sí mismo ni tenerle como única causa de valoración su confesión judicial o extrajudicial.

h) Toda persona condenada en juicio o afectada por la sentencia penal tiene derecho al recurso judicial que habilite una doble instancia de juzgamiento.

A su vez, cada uno de estos principios tiene influencia en la determinación de la prueba. Por ello es necesario considerar:

a) La inaprovechabilidad de la prueba obtenida por medios ilegítimos para fundar los cargos contra el imputado.

b) La validez de pruebas incriminatorias de las que se tiene conocimiento por aprehensión ilegítima.

c) La validez de las declaraciones de testigos no identificados.

d) La conducta del imputado durante el proceso.

39. La garantía del Juez natural

El primer párrafo del artículo 18 concentra todas las exigencias de esta garantía: *Ningún habitante de la Nación puede ser penado* sin juicio previo *fundado en* ley anterior al hecho del proceso, *ni juzgado por* comisiones especiales, *o sacado de los jueces designados por la ley* antes del hecho de la causa.

> No hay condena válida, si el proceso que califica la conducta del imputado es llevado por jueces designados especialmente para el caso; o se basa en una tipificación jurídica posterior al hecho que se enjuicia.

Juez natural resulta aquél que tiene competencia asignada por vía legal o reglamentaria para entender en cada supuesto litigioso. En las causas penales la predeterminación es un presupuesto obligado, pues tiende a evitar la manipulación sobre el órgano jurisdiccional evitando cualquier sospecha sobre la imparcialidad del procedimiento a encausar.

> Las cuestiones que centran el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley, cuyo interés es proteger al justiciable contra el conocimiento de la causa a un juez distinto del que venga establecido por las leyes de organización judicial y de procedimiento, evitando cualquier clase de manipulaciones sobre el órgano judicial llamado naturalmente a conocer del caso, cerrando toda apertura a criterios de oportunidad en la designación del juez, son establecer la naturaleza del instrumento normativo idóneo para realizar la determinación del juez, señalar cuál es la libertad del legislador para declarar el juez competente y cuáles pueden ser residualmente, si se estima que la ley no basta para para cumplimentar todo el arco de operaciones de atribución de competencias, las facultades de los órganos extralegislativos para realizar tal función sin menoscabar el derecho fundamental.

La finalidad esencial que porta esta garantía para el justiciable es la de priorizar la independencia e imparcialidad del órgano, impidiéndole al legislador o a la administración crear una competencia especial o una jurisdicción arreglada a la medida del hecho que se debe resolver.

Sin embargo el principio no es absoluto mientras se garantice a las partes un proceso justo y equitativo. Puede ocurrir que la complejidad de la materia (v.gr.: lavado de dinero; narcoterrorismo; tráfico de armas, etc.), o la amplitud territorial que tienen algunas competencias federales; o la trascendencia misma que reviste para la sociedad resolver con urgencia alguna cuestión determinada, permitan crear *ex post facto*, jurisdicciones de colaboración, sin que por ello se afecte la noción del juez natural por la del juez legal.

Lo que no se puede hacer es sustituir arbitrariamente una jurisdicción por otra.

> En España, el Tribunal Constitucional al interpretar el art. 24 de la ley fundamental, sostiene que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley exige: a) que el órgano judicial haya sido creado previamente, respetando la reserva de ley en la materia; b) que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso judicial; c) que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de un juez *ad hoc* o excepcional, y d) que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros (TC, 64/1997 sentencia del 7 de abril de 1997, entre muchas otras).

Otra derivación del problema surge con los jueces sustitutos, subrogantes o *ad hoc*, en cuyo caso, el principio queda cubierto si las designaciones respectivas se realizan de acuerdo con los procedimientos legales y pertinentes.

En estos supuestos, y en aras de afianzar la imparcialidad e independencia de la magistratura, sólo la ley vigente antes del hecho de la causa puede resolver los nombramientos necesarios; no son constitucionales las designaciones que burlen la composición natural del órgano jurisdiccional.

> El derecho al juez natural implica un juez investido de forma "ordinaria", "natural" por la Constitución, al ser nombrado juez o magistrado para integrar el Poder Judicial y estar sujeto exclusivamente al imperio de la ley. El derecho al juez ordinario protege contra la implantación de cualquier tribunal especial, excepcional o de excepción, pero no de lo que se ha denominado en la doctrina procesalista, de las jurisdicciones especializadas, imbricadas en la jurisdicción ordinaria, aun despegados de las tradicionales órdenes civil y penal (TC, 75/1982, sentencia del 9 de julio de 1982).

En definitiva, la garantía tiene dos facetas: por un lado, exige que el procedimiento sea llevado por el Juez competente designado con anterioridad a los hechos que motivan la causa; y por otro, a nulificar el enjuiciamiento de quien no sea el Juez natural.

> Un buen resumen se encuentra en la obra de Almagro Nosete que, refiriéndose al juez natural como el "juez auténtico" sostiene que es aquél cuya imparcialidad está asegurada dentro de lo humanamente posible por garantías (independencia e inamovilidad, responsabilidad) establecidas con carácter general, abstracción hecha de circunstancias intermedias referidas al caso concreto, que hagan posible torcer la exclusiva sumisión del juez a la ley para el enjuiciamiento y decisión de una causa.

En ambas situaciones la garantía procesal resulta, en definitiva, que el acusado pueda servirse de todos los medios que le aseguren su derecho de defensa en el enjuiciamiento que afronta.

40. El derecho a ser informado de la acusación. Principio de congruencia.

Así como en los procesos no penales la demanda concreta las pretensiones que contra otro se tienen, en las causas punitivas el acusado debe saber, a la mayor brevedad, cuáles son los hechos que se le imputan y la relación delictual en que se fundan.

Esa vinculación entre los hechos y el derecho será el encuadre que permita su defensa, y no podrá ser condenado o sobreseído sino por los mismos aspectos que estuvieren en el marco referenciado.

El "principio de congruencia" actúa en primer lugar, determinando que los hechos contenidos en la acusación no podrán diferir respecto a los que sean, hipotéticamente, la base de la condena. Sin embargo, la calificación jurídica puede variar, en razón del principio "iura novit curia".

El proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, siguiendo la corriente alemana, modifica el cerrado acotamiento de la congruencia a los hechos, estableciendo que se pueden introducir modificaciones, siempre que el Tribunal anticipe al imputado esa posibilidad (art. 401).

Ello implica un avance muy importante porque la congruencia ya no se limitará exclusivamente a los hechos sino también tendría incidencia en el derecho, todo en aras de una más plena y respetuosa defensa en juicio.

> Alejandro Carrió, en una de las obras más importantes que desarrolla el tema, presenta el contenido de la garantía a través de la reseña del caso Zurita, sentenciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1991 (La Ley, 1991-D, 129). En esta causa, el procesado fue imputado del delito de robo con armas; en su defensa se alegó que la agravante (con armas) no era posible al no haberse secuestrado la misma. Sin embargo, la condena (ratificada en 2ª instancia) argumentó que igualmente debía mantenerse la calificación agravada, pues durante la comisión del delito había existido el apoderamiento de un arma -la sustraída a las víctimas- que era apta para disparar. La Corte, al entender en el recurso extraordinario deducido, señaló que la sentencia violaba la necesaria congruencia entre la acusación y la sentencia, toda vez que ni en la indagatoria, ni en la acusación, se le había atribuido al procesado que el arma agravante para el robo fuese la misma que resultara sustraída en el robo en cuestión.

El derecho a la información comienza desde el primer interrogatorio y se diferencia de la comunicación que debe hacerse al tiempo de la detención (por las que, quien queda preventivamente detenido, sabe los derechos que le asisten inmediatamente, como designar defensor y permanecer en silencio).

Si la declaración efectuada por el inculpado -no informado- pudiera ser aplicada en su contra, se violaría la garantía de defensa, ya que conscientemente no podría autocondenarse. Es decir, no podría actuar como testigo contra sí mismo.

> Corresponde aclarar que la declaración del imputado cuando se tiene como aspecto de la defensa material (autodefensa) nunca se puede recibir si, previamente, no se le intimó perfectamente el hecho que se le atribuye. Es decir, es imposible imaginar un descargo si antes no se realizaron los cargos.

El contenido esencial de la información que debe tener el imputado es de los hechos considerados punibles que le atribuyen. No interesa la calificación jurídica que tengan (tipo penal).

> Lo que interesa, dice Picó I Junoy, es la homogeneidad de los delitos objeto de acusación y objeto de la condena, por lo que no se infringe este derecho cuando el demandado ha tenido ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos fácticos que componen el tipo de delito señalado en la sentencia, siendo inocuo la modificación de

> calificación si existe dicha homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido en cuando haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la sentencia.

La puesta en conocimiento de los hechos imputados debe realizarla la autoridad judicial competente, en el idioma que el imputado comprenda, pormenorizando los hechos que se califican en su contra y ofreciéndole la posibilidad concreta de defenderse en un marco de contradicción justa e igualitaria.

La información se formula cuando la acusación fiscal se concreta, lo cual puede generar alguna incertidumbre o inseguridad jurídica para el detenido. Por ello, el principio debe aplicarse desde el comienzo mismo (a la mayor brevedad) que se limita la libertad ambulatoria de una persona.

> El Convenio Europeo de Derechos Humanos dice:" Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) A ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación contra él" (art. 6.3). Idéntica regla contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito, tendrá derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causa de la acusación formulada contra ella" (art. 14.3).
>
> Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos explaya en el artículo 8º una serie de garantías mínimas, que en el punto comentado debe relacionarse con el inciso 4º del artículo 7 que establece el derecho de toda persona detenida o retenida de ser informada de las razones de su detención y a ser notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

Lo fundamental de esta garantía es afirmar el derecho de defensa del individuo, permitiendo que éste, con la mayor prontitud, pueda formular peticiones pertinentes (v.gr: amparo o hábeas corpus); al mismo tiempo se persigue evitar detenciones prolongadas que afecten la seguridad jurídica y personal.

El principio debe aplicarse en cualquier modalidad procedimental, siendo propio en el proceso acusatorio, pues el derecho que todos tienen a ser informados de la acusación formulada contra ellos, es una garantía en favor del equilibrio entre acusador y acusado, que no es tan puro en los esquemas de tipo inquisitivo, que aun proliferan.

La interpretación armónica entre los criterios de información plena, proceso rápido y sin dilaciones, y sentencia debidamente fundada, implica que el breve plazo para el conocimiento suficiente de los hechos imputados comienza desde el primer momento en que la persona es detenida o demorada, de modo que se extiende ese derecho a todas las fases procesales, incluidas las preparatorias del juicio oral; inclusive, aquellas etapas que no distinguen acto preliminar propiamente de acusación, aunque ello no conduzca a estimar el derecho a ser informado de todos los actos procesales, sino sólo de aquéllos que objetivamente tiendan a realizar la acusación.

> Si el requerimiento fiscal es deficiente ello no puede afectar al imputado, desde que él se defiende tomando como base los hechos que le atribuyen. De igual modo, si la calificación jurídica es errónea e

> incide en la defensa efectuada, existe violación al debido proceso; pero si los hechos fueron suficientemente expuestos y la calificación jurídica es errática, la validez de la sentencia quedará supeditada en el marco del principio de contradicción, de forma tal que, si el demandado previó todas las consecuencias emergentes de los hechos imputados, esa eventualidad cubrirá el déficit fiscal; en caso contrario, la garantía de defensa estará vulnerada.

Finalmente, este derecho se integra con el de contar con la asistencia de un intérprete o traductor si el imputado no habla o razona en el idioma del tribunal competente.

41. La publicidad del proceso penal

El principio de publicidad tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes, y especialmente al imputado, de una justicia sustraída al control público; y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y pilar del Estado de Derecho.

> Apunta Esparza Leibar, que el Tribunal Constitucional sostiene que el principio no es absoluto, y así resulta de lo dispuesto al respecto por la Declaración Universal de Derechos Humanos y por los tratados internacionales sobre esta materia, conforme a los que deben interpretarse los derechos fundamentales reconocidos a tenor de lo dispuesto en cada Carta Constitucional (en el caso, España); de lo que se deduce que el derecho a un juicio público y, en concreto, el acceso del público y de la prensa a la Sala de audiencias, durante la celebración del juicio oral, puede ser limitado o excluido, entre otras, por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática, que estén previstas por las leyes.

La publicidad en el proceso denomina a la posibilidad de que las partes y terceros (público en general) puedan tener acceso al desarrollo de litigio, logrando con su presencia una suerte de control hacia la responsabilidad profesional de jueces y abogados.

> Calamandrei contrapone los principios de *publicidad* y *secreto* en dos sentidos; según refieran a los sujetos del proceso o al público interesado. "En lo que se refiere a los terceros -agrega- esto es, al "público" de las personas extrañas al proceso, pueden concebirse abstractamente dos sistemas: el del secreto, según el cual las actividades procesales deben llevarse a cabo en el secreto de la oficina sin que los terceros puedan tener conocimientos de ella; y el de la publicidad según el cual, por el contrario, tales actividades deben desarrollarse bajo el control del público".

La difusión de los mecanismos judiciales, del proceso en particular, y de las instituciones que lo forman, logran desde esta perspectiva cumplir una función docente, aleccionadora de los beneficios que parten de la jurisdicción.

> El conocimiento masivo del laberinto procesal desentraña los equívocos que, lamentablemente, la comunidad tiene sobre los operadores del proceso. Desde luego, la eficacia de la publicidad rebota cuando promedia el sensacionalismo periodístico que, en todo caso, sería el elemento a racionalizar; pero analizando el carácter del principio debe concretarse su espíritu: es el elemento más precioso de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores. En último término, el pueblo es el Juez de los jueces.

La tarea dogmática e informadora de la publicidad es importante por los siguientes motivos:

a) como garantía constitucional integrada a la noción de "debido proceso", por cuanto refleja los actos del Poder Judicial, transformando el silogismo que para el público tiene el proceso en una noción deductiva y comprensible para quienes nada conocen de leyes.

b) la *publicidad interna* del proceso, se desenvuelve en el principio regulando los actos que pueden trascender hacia afuera o que, por su contenido, quedan sólo en conocimiento de las partes.

En este aspecto, conviene advertir que la naturaleza pública del proceso, impide la existencia de procedimientos secretos para las partes. Estas deben igualarse en las reglas de la bilateralidad, porque si el contradictorio se anula, también se anula el proceso como institución regular.

La publicidad interna del proceso se destaca en las disposiciones que se ocupan de las audiencias (con asistencia o no del público, según lo disponga el juzgado); en el acceso al expediente (pueden solicitarlo partes e interesados, o sólo quienes acrediten intervención en él), en las formas de cumplir ciertas notificaciones (copias en sobre cerrado por la índole secreta del conflicto), entre otros.

c) El principio de publicidad interesa al proceso como manifestación *exterior* de sus actos. No ocupa, en este sentido, tanto el interés de las partes, como sí el acceso que tiene el público en general para conocer sus problemas internos.

Cabe distinguir aquí entre *publicidad activa*, cuando el público participa directamente "viviendo el proceso"; de la *publicidad pasiva*, cuando el público toma noticia del proceso sin haberlo presenciado.

Ahora bien, cada uno de estos fundamentos debe adaptarse al modelo de enjuiciamiento penal que tiene el Estado respectivo. Es diferente la investigación preparatoria en los Estados Unidos, por citar como ejemplo, respecto de España; o, *lato sensu*, la etapa sumarial difiere en los sistemas acusatorios respecto a los inquisitivos.

> Por eso, en España, afirma Picó I Junoy, el principio de publicidad sólo es aplicable en la fase plenaria del proceso penal; es decir, una vez superada la instrucción sumarial. Sólo el juicio oral es público, porqué allí se formulan los cargos y el descargo y se concreta la acusación y la defensa. Únicamente en esta fase procesal tiene sentido el principio de publicidad como verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad.

Los sistemas anglosajones son fieles al principio del *fair and publicy trial*, preocupándose en extremo por garantizar la disponibilidad informativa de los medios de comunicación como una muestra de afianzamiento de la libertad de prensa. Inclusive, aun con cierta duda de la Suprema Corte federal, se admite la publicidad en la fase preliminar (la inseguridad proviene de la posible afectación a la imparcialidad del jurado)

> La publicidad contribuye a garantizar la esencial limpieza del proceso penal mostrándolo al público y logrando su confianza en el sistema (Richmond Newspapers, Inc. vs. Virginia, 448 U.S. 569, 1980)

Las limitaciones a la publicidad se acuerdan caso por caso y considerando, preferentemente, mantener la presencia de periodistas y medios.

En suma, el esquema garantista que pondera el proceso público lleva el dogma de evitar el secreto compulsivo que lesione el derecho de defensa o desequilibre la igualdad de trato en el proceso.

La tarea docente que se pueda esperar de la publicidad activa o pasiva depende, en gran medida, de la eficacia de los procedimientos. Tenemos serias dudas sobre la colaboración que presta la prensa y los medios de comunicación a la confianza que la justicia merece.

> Es muy interesante el trabajo crítico de Héctor H. Hernández sobre las relaciones entre prensa y publicidad procesal, que resume en la cita de Chesterton ("La esfera y la cruz", colección Austral, 4ª ed. Espasa-Calpe):"*La gran debilidad del periodismo como pintura de nuestra existencia moderna proviene de ser una pintura formada enteramente de excepciones. Anunciamos por carteles luminosos que un hombre se ha caído de un andamio. No anunciamos por carteles luminosos que un hombre no se ha caído de un andamio. Con todo, este último hecho es en el fondo mucho más emocionante, en cuanto indica que un hombre, animada torre de misterio y terror, todavía se mantiene en pie...Que el hombre no se caiga del andamio es realmente más sensacional y es también mil veces más común. Pero no puede esperarse razonablemente que el periodismo insista sobre los milagros permanentes..."*

No obstante, se ha dicho que "el principio de publicidad de los juicios implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos, de espacios, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la disponibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social" (sentencia del magistrado Truyol y Sierra, Tribunal Constitucional español, 1º de junio de 1982).

> Afirma Bandrés Sánchez Cruzat que se admite, como límite natural al derecho de los ciudadanos al libre acceso a los tribunales para conocer la actividad jurisdiccional, y no como límite preciso al derecho de recibir o transmitir información, el que los procesos se puedan celebrar a puertas cerradas, sin la presencia del público ni de los medios de comunicación, cuando esta medida se encuentre justificada por consideraciones inherentes a la moralidad, orden público, seguridad nacional, vida privada o para salvaguardar los intereses de la justicia. Enumeración de todas formas cerrada, que impide que sean otros los motivos que puedan justificar la celebración de juicios en condiciones de relativa oscuridad, y que sufren asimismo otra reducción, por tratarse de medidas que deben ser idóneas o no combativas en una sociedad democrática.

Evidentemente es preciso encontrar un justo medio entre la publicidad externa del proceso penal y la publicidad interna que garantiza la tutela a la intimidad el honor de las personas involucradas. Para ello será importante

observar ciertos comportamientos tradicionales de la judicatura argentina que se desplaza entre los medios de comunicación entre el vedetismo y el escozor. sin encontrar un equilibrio que salvaguarde los derechos democráticos de la información y las garantías de reserva y secreto que conservan las partes procesales.

42. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

En el parágrafo 35 anticipamos los siete criterios que, en materia penal, concilian la complejidad del tema a resolver con el derecho a ser juzgado en forma rápida y oportuna (sin dilaciones indebidas).

La garantía se dirige como reaseguro del derecho de defensa, con el fin de que el proceso se desarrolle adecuando la relación entre tiempos procesales previstos y el interés del imputado para resolver su enojosa situación. Asimismo, se presenta como un deber para el órgano jurisdiccional propiciando la terminación de los litigios en un plazo razonable.

> Una de las dificultades que debe resolver este derecho al proceso breve y eficaz consiste en que, cuando las infracciones temporales provienen de la inactividad o el error en la instrucción sumarial, la violación no es del Juez ni del inculpado, siendo que la garantía le corresponde a ambos. Cierto es que la perjudicada por el supuesto delito, y no el demandante es quien ostenta dicho derecho; y cierto es también, que la perjudicada no ha actuado diligentemente en las actuaciones previas, pues no ha coadyuvado a la instrucción aportando pruebas o proponiendo diligencias. La falta de toda instrucción priva a la perjudicada de una garantía procesal constitucionalizada, pues su derecho (en el caso, el derecho a la protección penal frente a una supuesta violación de domicilio) no ha obtenido la tutela jurisdiccional, ya que ninguna instrucción se realizado para depurar la verdad -y trascendencia, en su caso- acerca de la entrada en su domicilio quebrantando lo que previenen los preceptos de la ley criminal. Si la garantía procesal penal comprende, en todo caso, el derecho a promover y el de participar en la causa, pero también el que el Juez de instrucción realice la investigación que el caso requiera, y esto cualquiera que sea el delito público objeto de la instrucción, la garantía adquiere una extremada relevancia cuando se trata de la protección de los derechos o libertades fundamentales, respecto de los cuales nada es trivial o sin importancia. Sólo realizada la instrucción y depurada la verdad, y trascendencia penal de los hechos, podrá decirse que el derecho que constitucionaliza el art. 24.1 español -como derecho reaccional- queda satisfecho (TC, 1/1985, sentencia del 9 de enero).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1997 (Caso *Suárez Rosero*) señaló que la finalidad del plazo breve exigido como garantía jurisdiccional en los procedimientos, es la de impedir que cualquier acusado permanezca largo tiempo en incertidumbre sobre su situación procesal; y si bien no se establecen tiempos mínimos y el máximo tiene sus excepciones, en el caso *Genie Lacayo* (sentencia del 29 de enero de 1997) requirió al Estado de Nicaragua por haber violado la garantía del artículo 8.1 de la Convención, cuando habían transcurrido más de dos años desde que se admitió el recurso de casación y no contaba con sentencia definitiva.

> Para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso, se deben estudiar las eventuales demoras y sus causas dentro de lo que se ha llamado "*análisis global del procedimiento*". Bajo ese criterio, informa Rodríguez Rescia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó en el caso "Genie Lacayo" que, aun cuando se excluyan la investigación policial y el plazo que empleó la Procuración General de la República de Nicaragua para formular acusación ante el Juez de primera instancia...realizando el cómputo a partir de la fecha en que el Juez dictó el auto de apertura del proceso, hasta el momento en que todavía no se había pronunciado sentencia firme, transcurrieron más de cinco años en este proceso, lapso que la Corte consideró que rebasaba los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención.

43. El garantismo procesal y la dualidad de posiciones en el proceso penal

Los principios "acusatorio" e "inquisitivo" debaten entre sí el modelo más adecuado para enjuiciar las conductas punibles. Mientras uno considera imprescindible para que exista "debido proceso" que el juicio se forme entre dos partes bien identificadas (fiscal e imputado) donde uno acuse y el otro se defienda de las imputaciones; el restante, estima que los delitos deben perseguirse como deber del Estado sin necesidad del impulso de partes, de modo tal que el proceso se investiga y enjuicia por autoridades jurisdiccionales.

> El principio acusatorio -dice Esparza Leibar- es uno de los que configuran la Ley de Enjuiciamiento criminal, que consagra un sistema acusatorio formal o mixto en el que confluyen caracteres propios de los sistemas originarios que cronológicamente se suceden el tiempo, así del sistema acusatorio -necesidad de acusación para que haya juicio, separación de las funciones de acusar y juzgar, resultado de la investigación preliminar base de la acusación no de la sentencia, publicidad y confrontación-contradicción en el juicio oral, libre valoración de la prueba por el juzgador, prohibición de la *reformatio in pejus*- y del inquisitivo -investigación y persecución de los delitos como función pública (principio de oficialidad), procedimiento preliminar netamente inquisitivo que no precisa del ejercicio de la acción penal para su inicio y que puede ser secreto.

Evidentemente, son posturas y filosofías enfrentadas. Mientras el proceso acusatorio garantiza un proceso con dualidad de partes que el tercero imparcial debe resolver; el sistema inquisitivo confía la investigación preliminar a un juez de instrucción que, como tal, cumplimenta una fase esencial para la libertad y derechos del imputado, derivando al Juez de sentencia la culminación del enjuiciamiento.

En otros términos, el sistema inquisitivo arma el proceso al servicio de la pretensión punitiva y lo convierte en un instrumento de la represión; mientras que en el sistema acusatorio el proceso tiene como finalidad establecer una auténtica garantía del imputado frente a la pretensión punitiva del Estado. Mientras uno sirve y aprovecha al Estado, el otro limita al Estado y satisface el derecho irrestricto de defensa en juicio.

> Las nuevas corrientes procesales -dice Rodríguez Rescia- tienden hacia un sistema acusatorio, en donde todas las partes puedan intervenir en el proceso, no sólo el imputado, sino también los afectados por el hecho ilícito que se investiga. Este aspecto no fue

> debidamente desarrollado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que las garantías procesales del debido proceso están diseñadas claramente en beneficio del imputado, situación que debe ser objeto de revisión con el fin de buscar un equilibrio con el derecho de las víctimas.

Las garantías, como consecuencia de estas apreciaciones, pendulan y son inciertas, lo cual no es admisible en un Estado de Derecho y bajo una Ley Fundamental que asegura los derechos del hombre y sus libertades.

En nuestro país, que atraviesa una suerte de pasaje del sistema inquisitivo al acusatorio, pueden verse con claridad dichas oscilaciones, que no son más que vacilaciones acerca de lo que debe entenderse como "debido proceso penal".

La Corte, tradicionalmente, sostiene que el procedimiento penal debe respetar, como mínimos ineludibles, los pasos siguientes: acusación, defensa, prueba y sentencia (Fallos, 96:23; 99:284; 183:68, etc.).

> Señala Carrió que estas reglas se conectan con otras indicaciones de la Corte cuando sostiene la necesidad de que la acusación dirigida contra un imputado describa con precisión la conducta reprochada, a fin de que el procesado pueda ejercer con plenitud su derecho a ser oído y de producir prueba (Fallos, 298:308; 312:540).

Sin embargo, el Alto Tribunal ha convalidado la irrecurribilidad de las decisiones tomadas en el curso del sumario por el Juez de instrucción, agregando en otros precedentes que "si no se observan mayores anomalías durante la etapa del plenario, o sea la etapa en que se ventila el juicio penal propiamente dicho,,,las alegadas deficiencias sumariales no guardan relación directa con el artículo 18 de la Constitución Nacional" (Fallos, 235:332, cit. Carrió).

La compleja interpretación sobre el significado de las garantías en el proceso penal, influyó también, en la situación del querellante y del actor civil, a quienes por mucho tiempo se le negaron sus derechos por entender que el artículo 18 constitucional sólo estaba previsto como derecho de defensa del acusado.

> Una vez más, aclara Carrió, varía la jurisprudencia en el caso "Otto Wald" (Fallos, 268:266) donde se dice que "todo aquél a quien la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal, consagrada en el art. 18 de la C.N., sea que actúe como acusador o acusado, demandante o demandado".

En los capítulos VII y VIII hemos reseñado nuestra opinión acerca de qué entendemos por proceso y cuáles son las garantías jurisdiccionales que deben aplicarse a todo tipo de procesos.

De allí que pensemos que sólo el principio acusatorio responde cabalmente a las reglas mínimas del debido proceso.

Nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio, son brocárdicos insoslayables que se aplican al proceso penal. La acusación debe sostenerla una parte legitimada para ello, que debe diferenciarse absolutamente del órgano jurisdiccional -de otro modo, no sería imparcial (sería dependiente) ni impartial (sería parte)-, pues sólo la igualdad entre las partes y la autoridad máxima del enjuiciamiento, el Juez, equilibran y dan justicia.

Cualquier desvío en esta regla básica para el debido proceso, vulnera la garantía del artículo 18 constitucional.

> Por eso viene dicho que, una de las manifestaciones más importantes del proceso debido en el específico ámbito del proceso penal la constituye el principio acusatorio, que según unánime doctrina, requiere la existencia de una acusación formal contra una persona determinada en el sentido antedicho, ya que ello, según estima tanto el Tribunal Constitucional Español como el Tribunal Superior de Justicia, forma parte del derecho a no sufrir indefensión (TC, 18/1989, sentencia del 30 de enero de 1989).

La imparcialidad del Juez, y la igualdad de las partes en el debate es el fin esencial de la garantía.

> En este sentido, sostiene Esparza Leibar que, el fin último de esta regla lo constituye la denominada "imparcialidad objetiva", esto es, asegurar que los Jueces y Magistrados intervinientes en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso. Se pretende evitar que influya en el juzgador la convicción previa que se haya podido formar sobre el fondo del asunto al realizar actos de investigación como instructor.

En pocas palabras, la garantía se asegura respetando el principio de quien instruye no debe juzgar.

> Si se quiere encontrar -dice Superti- una diferencia esencial entre el esquema inquisitivo y el acusatorio, debemos centrar la atención respecto al órgano jurisdiccional y cómo lo conciben cada uno de ellos, fundamentalmente en lo referido a sus facultades y límites, y a la forma en que, a partir de allí, se estructura el procedimiento. En este aspecto se verifica que muchos proponen que toda reforma profunda (transformación) debe tener como base los lineamientos que respondan al acusatorio puro. Ello implica un régimen donde:
>
> -Las partes están en un plano de igualdad y se diferencian entre ellas y del Juez, el que debe ser imparcial, impartial e independiente.
>
> -El debate que se organice debe estar limitado en el tiempo, regirse por pautas éticas y comprender las etapas de afirmación, reacción, confirmación y alegación.
>
> -El órgano jurisdiccional no puede impulsar la acción, solo proyectarla (no hay jurisdicción sin acción) y no puede suplir la inactividad de los contendientes, ni siquiera en el aspecto probatorio, ello sin perjuicio de sus facultades como director del debate.

La solidez del principio que sostiene la dualidad de partes frente a un tercero que resuelve con imparcialidad y justicia, se evidencia asimismo, en las actividades que fiscal y defensa realizan.

La *reformatio in pejus* es un ejemplo de lo dicho. Si dictada una sentencia condenatoria o absolutoria, el acusador no presenta o sostiene recursos contra la misma, el órgano jurisdiccional no puede intervenir. Si la impugnación fuese del imputado, únicamente, la sentencia de alzada no puede variar el sentido de la condena imponiendo condiciones más severas que las recurridas. Es decir: no se puede reformar en perjuicio del único recurrente.

> Esta figura no es otra cosa que una modalidad de incongruencia procesal. Admitir que el Tribunal decisor del recurso tiene facultad para modificar de oficio, en perjuicio y sin audiencia y contradicción

> del recurrente, es tanto como autorizar que el quejoso pueda ser penalizado por el hecho mismo de sostener su derecho de defensa; lo que, al decir de Pico I Junoy, significa introducir un elemento disuasorio del ejercicio del derecho a los recursos legalmente previstos, que no contempla el ordenamiento procesal.

44. El estado de inocencia

La acusación no comporta un anticipo de la pena; los hechos que se imputan a una persona necesitan probarse inevitablemente para socavar el principio de inocencia.

Por esto, la inocencia no es una presunción que beneficia al procesado en los casos de duda sobre la autoría o culpabilidad de un hecho delictual; es un derecho constitucional que tiene base en el derecho de defensa; y una garantía contra la arbitrariedad judicial que, sin prueba o con duda razonable, condena sin atender el principio.

De todas maneras suele utilizarse la expresión "presunción de inocencia" en los tratados internacionales y en algunos códigos, quizás más por tradición que por una exacta precisión lingüista.

Preferimos hablar de "estado de inocencia" porque parece difícil explicar que una persona se presume inocente cuando se la tiene anticipadamente culpable (por ejemplo cuando se le dicta el procesamiento -que es un juicio de probabilidad incriminante-) aplicándole una medida cautelar como la prisión preventiva. Pareciera una autocontradicción.

En ese caso, existe una presunción de culpabilidad motivo por el cual al imputado se lo somete a proceso.

La raíz de la interpretación es ideológica: las personas al nacer llegan al mundo inocentes, y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte cuando, en el sentimiento cristiano, se llega al purgatorio para redimir los pecados que lo han tornado culpable por sus pecados.

La aplicación al proceso penal de esta idea se transmite con igual intensidad: sólo la sentencia judicial puede variar el estado de inocencia. Y por ello, cuando "absuelve" sólo declara y confirma dicho estado de inocencia; mientras que la "condena" es constitutiva, pues a partir de ella nace un nuevo estado jurídico.

También suele considerarse a la presunción de inocencia como un factor determinante para la carga de la prueba en el proceso penal. La regla *in dubio pro reo*, supone para el juzgador la imposibilidad de condenar cuando no tiene plena convicción sobre los hechos y sus responsables; por otro lado, cuando la duda razonable (típica expresión del derecho anglosajón) se elimina con la obtención de pruebas suficientemente persuasivas para demostrar la culpabilidad, el principio deja de regir por haberse superado el estado de incertidumbre o inseguridad.

> En el caso "*Suárez Rosero*", la Corte Interamericana dijo que, en el principio de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad

> del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva.

Obviamente, la prueba está a cargo de quien acusa, como una proyección del principio común según el cual, quien afirma debe probar. No obstante, la defensa tiene el mismo derecho de contradicción, sea para demostrar los hechos en que sostiene su inocencia, como para contradecir la prueba de cargo que se hubiera presentado.

> Cuando el principio de inocencia se lo hace jugar en terreno probatorio, cobra singular relieve el sistema de apreciación probatoria. Es evidente que la libre apreciación tiene un marco de discrecionalidad mayor a la prueba legal o tasada; e inclusive, la sana crítica, como modalidad, contrae una especie de pesos y contrapesos, dando fuerza a unas pruebas sobre otras, teniendo presente que, en materia penal, no se puede condenar con la duda posible.

El estado de inocencia está constitucionalizado expresamente en el derecho fundamental español (art. 24.2), sosteniendo el Tribunal Constitucional que toda persona acusada de un delito o falta se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. La declaración requiere que, con las garantías del proceso debido, el juicio de culpabilidad sea producto de la convicción del juzgador, en una valoración de conciencia del resultado de las pruebas (TC, 2/1984, sentencia del 18 de enero de 1984).

> El derecho a la presunción de inocencia -conforme Picó I Junoy- despliega su virtualidad, fundamentalmente, en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de vista, el derecho a la presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas. Además, significa que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas.. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia.

Trazar el camino de la inocencia como un derecho fundamental antes que tenerla como una presunción desvirtuable *juris tantum*, significa atribuir cuestión constitucional a toda sentencia que desconozca el emplazamiento signado. Se trata de una garantía, y como tal, no puede sufrir reglamentaciones que lo limiten, por ser operativo directamente sobre todo proceso abierto.

Claro está que este principio no se aplica, únicamente, a los procesos penales, pues se extiende a toda calificación de conductas punibles (delitos, faltas, contravenciones, indisciplinas, etc.), de cuyo resultado pudiera surgir una sanción.

> Otros interpretan que el principio de inocencia tiene una triple identidad, a saber: como *derecho fundamental,* beneficia al ciudadano que no puede ser condenado sino a través de un proceso regular en que se demuestre su culpabilidad; como *garantía procesal* implica que la persona no sea tratada como culpable durante el desarrollo del proceso penal porque debe presumirse inocente, al excluir la inversa presunción de culpabilidad criminal; y como *presunción iuris tantum*, exige que el Juez sólo cuando destruya esa presunción en base a las

> pruebas procesales aportadas por la acusación que consideren al individuo responsable de una infracción penal.

44.1 La valoración de la prueba frente al principio de inocencia

El principio de inocencia es, como dijimos, un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación. El equilibrio lo pone la actividad probatoria reunida como materiales que bonifican los cargos; y el sistema de apreciación que tengan los jueces, agrega la razonabilidad en la decisión.

De este modo, no se puede condenar sin prueba fehaciente, ni obligar al Juez a extremar su certidumbre por aplicación del mentado principio.

El justo medio entre inocencia presunta y valoración probatoria en el proceso penal, se encuentra en este punto: *no existe principio o presupuesto constitucional o procesal, respectivamente, que obligue a practicar la prueba de formas determinadas, pues en definitiva, la apreciación se realiza sobre el conjunto del material reunido, con independencia de la aportación, y ello es lo que origina el resultado favorable o adverso para el imputado. La particularidad esencial está en que, si el acusador no tiene pruebas, y el encartado usa la falta de ellas como argumentos defensivos, la sentencia debe priorizar el principio de inocencia. Mientras que si la prueba acumulada es de ambas partes, el origen de aportación no tiene incidencia práctica en la determinación de las responsabilidades penales.*

Por tanto, la actividad probatoria tiene tanta importancia para la consagración efectiva del derecho de defensa. En este aspecto debemos considerar cómo se ha practicado u obtenido la prueba; si el imputado tuvo posibilidades reales y concretas de control sobre la producción y, en su caso, de contradecirlas; cuál es la prueba principal de la que se toma la imputabilidad; la legalidad de los medios probatorios y, en suma, el control sobre la razonabilidad decisoria.

> Las enseñanzas que aporta el Tribunal Constitucional de España, y reporta Bandrés Sánchez Cruzat, son importantes por los siguientes motivos: a) La necesidad de aproximarse de modo global, desde la noción del derecho a la tutela judicial y las garantías procesales debidas que formula nuestra Constitución (España), o con el apoyo de la noción de juicio equitativo que ofrece el Convenio Europeo, a las vulneraciones denunciadas en el proceso penal interno que afecten a la aportación y valoración de las pruebas y a la propia decisión del juzgador, exigiendo en todas estas fases la presencia de las garantías procesales uniformes, sin ligarse necesariamente para detectar alguna irregularidad al derecho a la presunción de inocencia, que no agota el derecho a la prueba, ni sentirse atado al principio de libre valoración de la prueba por el juez penal si se comprende de modo dogmático y santificado. b) La regularidad del proceso y su condición equitativa exige introducir necesariamente el principio de contradicción en la práctica de las pruebas, velando por el exquisito respeto de los derechos de defensa, de modo que sólo se rechacen las pruebas impertinentes o inútiles motivadamente. c) La decisión del juez de culpabilidad del procesado, debe motivarse de forma rigurosa, de modo que se perciba con claridad cuál ha sido el proceso lógico deductivo del juez en la fijación de los hechos, tras valorar las pruebas que permita excluir, con toda seguridad, que el Tribunal ha formado su convicción, no en base a criterios subjetivos o interesados, sino a criterios objetivos fundados en hechos ciertos que

> se declaran racionalmente probados. d) La administración de las pruebas que se practiquen en todo caso con respeto al principio de inmediación, en presencia de los acusados, debe realizarse en el juicio plenario, de modo que puede ejercerse por el público el control de las mismas, no quedando el proceso penal como asunto particular entre el acusado, el Ministerio Fiscal y el Juez, sin interés para la ciudadanía, en cuanto que esta condición es inherente e indispensable para encontrar y afianzar, por la convicción y el consenso que logren, la legitimidad y credibilidad de la Administración de justicia en una sociedad democrática.

44.2 La confesión y el principio de inocencia

Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, establece en uno de sus párrafos el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Por ello, la confesión prestada por el imputado no puede desvirtuar el principio de inocencia, sin importar si la voluntariedad del acto. Esta garantía preserva el derecho de defensa y afianza el temperamento por el cual la prueba de los delitos debe provenir de la acusación.

Sin embargo, la amplitud como se entiende en otras latitudes, el derecho a negarse a declarar, no está consagrado como garantía constitucional en el derecho interno, por cuanto resulta suficiente, a los fines previstos en la disposición fundamental, la simple oposición del imputado a prestar ese acto.

> La Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que, el juramento entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma, pues no hay dudas que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle a declarar en su contra...La declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, quien no debe verse siquiera enfrentado con un problema de conciencia, cual sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento o decir la verdad (Fallos, 281:177, cit. Carrió).

También se encuentra recogido en el art. 14.3 apartado g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, constituyendo una suerte de regla para la corrección procesal que anula el enjuiciamiento si la condena se sostiene en la confesión del inculpado.

Inclusive, pese a las diferencias en el tipo de procesamiento, aplica el principio la quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América, cuando proclama que ninguna persona podrá ser obligada, en una causa criminal, a testificar en su contra. Extendiendo el principio de inocencia no sólo a los testimonios que, eventualmente, produzcan una directa incriminación, sino también, a las pruebas logradas por declaraciones del imputado en las etapas previas a la acusación fiscal.

> En la famosa sentencia Miranda vs. Estado de Arizona (1966), quedó asentado que la policía no puede interrogar a un detenido sin informarle de sus derechos constitucionales, siendo imprescindible la comunicación respecto a que puede callar, pues lo que diga voluntariamente, podría tomarse en su contra.
>
> Vázquez Sotelo, interpreta que este principio tiene varias contradicciones constitucionales en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, sobre todo en las actividades del Juez cuando interroga exhortando a la verdad; o requiriendo plena precisión y exactitud en

> las declaraciones, entre otras; afirmando que este derecho no ampara la mentira ante los tribunales cuando el imputado resuelve prestar declaración. La Constitución no protege conductas ni bienes ilícitos, pero sí impide que se realice al imputado cualquier tipo de vejación, coacción física o psíquica, o presión para obligarle a declarar, deslegitimando cualquier confesión obtenida.

Las reglas de Miranda, tal como se conocen los derechos del imputado a permanecer callado y a tener un abogado que lo asista durante el interrogatorio, refieren a las ilegalidades mencionadas en la fase preliminar (investigación, propiamente dicha).

> La nulidad se extiende a la acusación formulada, en cualquiera de sus formas, si ella se funda en el testimonio autoincriminatorio, a pesar que -como veremos enseguida- una persona puede declararse culpable para negociar su condena.
>
> La acusación en los delitos graves puede deducirse de las maneras siguientes: *Indictment*, es una acusación formal y escrita presentada ante los Tribunales por un Gran Jurado (*Grand Jury*, es un órgano acusador cuya regulación varía de un Estado a otro, no debe confundirse con el jurado que determina la culpabilidad o inocencia, su función es la de recibir denuncias por la comisión de delitos, y en relación con la actividad de los agentes públicos. Su composición oscila entre 12 y 23 personas), imputando a una persona concreta y por hechos determinados sobre la evidencia facilitada por el Ministerio Fiscal. *Information*, también formal y escrita, es la acusación que se presenta ante los Tribunales por el Ministerio Fiscal por iniciativa propia. *Presentment*, es la acusación realizada por el Gran Jurado, sin que intervenga el Ministerio Fiscal, basándose en el conocimiento logrado sobre la comisión de ciertos delitos.

44.3 Las pruebas de la autoincriminación

La confesión del detenido preventivamente por la autoridad policial, ante el funcionario instructor no puede utilizarse como prueba del delito. Varias veces se ha destacado este principio, pero vale reiterarlo: *el principio de inocencia sólo puede desvirtuarlo un juicio de culpabilidad plenamente acreditado con pruebas obtenidas legítimamente.*

> Afirma Superti que cuando la Constitución refiere a "contra sí mismo" lo hace en forma amplia, abarcando no sólo aquellos casos de confesión (relato incriminante) sino también, cuando el aporte del imputado se limita a datos a partir de los cuales se obtienen pruebas de cargo. Y ello no responde únicamente a la interpretación literal de la norma constitucional, sino también a la doctrina conocida como del fruto del árbol venenoso. Por ello, cuando la declaración se pone al servicio del investigado, es decir que solamente sea un instrumento de defensa y no un medio de investigación, surge claro que podrá generar un elemento de cargo en la medida que se preste voluntariamente. Esa voluntad es la única vía para admitir el ingreso en la intimidad privilegiada de la persona investigada, en concordancia con el artículo 18 de la C.N., la cual tiene que ver con el contenido y con el destinatario.

Parece superado el tiempo en que la policía podía tomar declaración indagatoria, pero no los problemas que ocasionan los efectos de los denominados testimonios *espontáneos*, toda vez que, aun sin considerarlos

"confesión" se les atribuye valor indiciario. Así resulta de alguna jurisprudencia local.

> Alejandro Carrió realiza un excelente resumen de la variación judicial, comenzando con el fallo de la Corte Suprema que dijo:"...si bien puede admitirse, sobre todo en los territorios nacionales por la situación especial que crean las distancias y el aislamiento, que los funcionarios policiales puedan interrogar a los procesados a los fines de la investigación, las manifestaciones que hagan los procesados no tienen el valor de prueba de confesión, pues el Código sólo admite la confesión judicial y esta sólo puede ser prestada ante el Juez competente y con los requisitos que aquél indica. Estas manifestaciones sólo pueden tener el valor de un indicio en cuanto concuerden con otros elementos de prueba...".(Fallos, 185:75). en la causa "Colman" (Fallos, 181:182) en cambio, le niega valor indiciario a la declaración espontánea cuando la misma proviene de un imputado con mínimos conocimientos del idioma nacional y que había alegado prestarla mediando intimidación y violencia en su persona. Así llega a la causa "Montenegro" (Fallos, 303:1938), donde la Corte reconoce cuestión federal a la discusión sobre la validez de una confesión extrajudicial obtenida mediante apremios ilegales, y rechaza la condena dispuesta sobre la ilegalidad policial acreditada.

En la causa Francomano (Fallos, 310:2384) se demuestran las vacilaciones. Las dudas se manifiestan en dos votos de la Corte para quienes, una confesión policial sólo sería válida si los funcionarios policiales hubiesen observado ciertos requisitos tendientes a asegurar la espontaneidad de las declaraciones. Por ejemplo, que el interrogatorio se conduzca en presencia del defensor del acusado, o que el Ministerio Público acredite que existió una renuncia libre al derecho de contar con un letrado. Otro miembro de la Corte, reseña Carrió, en una postura aparentemente más extrema, señaló que no corresponde acordar ningún valor a una confesión policial rectificada luego ante el Juez de la causa. Los votos restantes, en cambio, prefirieron hablar de indebida fundamentación en la sentencia condenatoria, sin mencionar la conexión -evidente- entre lo que se discutía en autos y la garantía contra las declaraciones compulsivas en causa penal.

> En España, dice Picó I Junoy, las declaraciones que el imputado pueda efectuar ante el juez instructor pueden valorarse por el tribunal sentenciador a pesar de que sean, posteriormente, rectificadas durante la celebración del juicio oral. En este caso, el Tribunal Constitucional tiene sentada la doctrina según la cual el juzgador puede escoger de forma motivada, la declaración que estime más convincente o verosímil. Alguna resolución del Alto Tribunal permite que el contraste de declaraciones puede incluso tener lugar con las efectuadas en sede policial y presencia letrada.

El Código Procesal Penal de la nación (Ley 23.984) ha preferido evitar toda intervención policial, permitiendo únicamente (art. 184) que los funcionarios dirijan preguntas para constatar la identidad, *previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías.*

Ahora bien, ¿qué sucede si del testimonio voluntario celebrado ante la Policía, se obtienen *datos* (por ejemplo, nombre de eventuales testigos) que después se utilizan como pruebas en contra del imputado? ¿No es ello una forma indirecta de lograr la autoincriminación?

> La Corte ha dicho que...la mera comunicación de ese dato, en la medida que no sea el producto de coacción, no es un indicio que

> deba desecharse de la investigación criminal, pues lo contrario llevaría a sostener que la restricción procesal antes mencionada impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de esa comunicación (CS, sentencia del 14 de diciembre de 1992, Rev. La Ley, 1993-B. 257).

No puede soslayarse que la protección constitucional prevista repara en la persona detenida antes que en la demorada para averiguar antecedentes o para tenerla como testigo. De igual modo, tiene otra faceta, cuál resulta de observar la posibilidad de declarar como una facultad, y como tal, disponible y renunciable por el imputado.

Este último aspecto, entonces, permite deducir que la declaración prestada voluntariamente puede ser válida si no fue transgredida la libertad de la persona y tuvo oportunidad fehaciente de conocer las consecuencias del acto efectuado.

> Coincide Carrió, quien formula para ello una serie de condiciones: a) Que el imputado haya sido suficientemente alertado por la policía de que goza del derecho constitucional de no contestar ninguna pregunta, ni siquiera las destinadas a constatar su identidad; b) El imputado sepa que será llevado inmediatamente ante el Juez para que preste allí la declaración que desee, previo a lo cual podrá entrevistarse con un abogado; c) La policía no transforme su derecho a indagar acerca de la identidad del detenido en un verdadero interrogatorio sobre los hechos motivo de la detención; y d) Quede a cargo del Estado la demostración de que todos estos principios han sido observados, para poder "utilizar" en contra del imputado cualquier dicho que lo incrimine vertido durante su detención policial, sea que esa utilización esté dada por la confesión misma del imputado, o por los dichos que la policía escuchó.

La diferencia es cualitativa, porqué admitir la renunciabilidad del imputado no supone tolerar la autoincriminación, sino el ejercicio de un derecho que es absolutamente disponible, aunque ello no elimina la carga de probar por todos los medios posibles la autoría del encartado.

44.4 La violación de derechos individuales en la persecución de prueba condenatoria.

El punto pretende esclarecer la armonía existente entre principio de inocencia, derecho de defensa y acumulación de pruebas necesarias para la incriminación, las que requieren, inevitablemente, la colaboración del presunto responsable del delito.

Son varias las situaciones posibles: a) Las pruebas corporales; b) Violación del domicilio; c) Apertura y revelación de documentos privados; d) Afectaciones al derecho de intimidad.

a) *Las pruebas corporales*

Referimos a las pruebas obtenidas a través de test diversos (sangre, alcohol, voz, huellas dactilares, entre otras) en las que, la negativa del imputado a someterse a ellas, presume en su contra.

El consentimiento no es esencial, pero la obtención de la prueba no puede ser coactiva, lo cual puede llevar a cierta contradicción o peligro con el derecho de defensa.

No deben quedar dudas respecto a la plena libertad del individuo para someterse a las inspecciones de su cuerpo.

> La jurisprudencia ha intentado hacer una diferencia entre someter el cuerpo humano (del imputado) a revisiones clínicas y pruebas hematológicas o de orina, adoptando para ellas la figura de fuente de prueba; y la exigencia de probar a través de la actividad del imputado mediante sus propios actos (hablar frente al espectógrafo; formar un cuerpo de escritura, etc.), en cuyo caso, la ausencia de voluntad expresa, haría funcionar la garantía contra la auto-incriminación (CFed. Criminal y Correccional, J.A. 1992-III, 23 y ss.).

La opinión prevaleciente en doctrina es que se tratan de pruebas preconstituidas que se documentan en la etapa de investigación y que, en el plenario, adquieren el carácter de pruebas periciales o técnicas.

De todos modos, para que eliminen el principio de inocencia, cada una de las requisas logradas, como la actividad misma, deben de contar con el control de la parte y su defensa.

b) *Violación de domicilio*

Otro párrafo del mentado artículo 18, constitucional, expresa que:"...*el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.*

El principio no es absoluto pues la orden judicial competente autoriza superar esta valla. El problema aparece cuando se ingresa al domicilio sin este salvo conducto y para dar legalidad al hecho se argumenta la ausencia de reparos del requisado.

Un procedimiento con estas características es ilegítimo y viola la garantía en estudio. La ilegalidad se transmite a todos los efectos resultantes del acto; elementos secuestrados, declaraciones obtenidas de los moradores de la vivienda, pierden todo valor probatorio.

> La Corte Suprema, en el caso "Fato" (Fallos 311:836), donde se practicó un allanamiento sin orden judicial, al que pretendió dársele validez alegando el consentimiento del procesado, sostuvo que esa autorización relevaba a la policía de su obligación de requerir la pertinente orden judicial.

La medida que autoriza el allanamiento debe tener las condiciones siguientes:

a) emitida por Juez competente

b) fundamentada

> Si los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y estuviesen facultados a expedir las órdenes de allanamiento sin necesidad de expresar fundamento alguno, la intervención judicial carecería de sentido, pues no constituiría control

> ni garantía alguna para asegurar la inviolabilidad del domicilio (voto del Dr. Petracchi, en "Torres", J.A. 1992-IV, 105, con nota de Alberto Garay).

La orden se agota en el cumplimiento y no extiende su vigencia autorizando nuevas requisas si ellas fuesen necesarias.

De igual modo, el funcionario que la practica no tiene delegación jurisdiccional, por lo que carece de facultades para ampliar las órdenes recibidas. Sin embargo, si al ingresar en el domicilio se encuentran elementos probatorios vinculados a otras causas en investigación, se permite su secuestro.

> Explica Carrió que, principios y limitaciones equivalentes a las sugeridas en el texto han sido adoptadas en el derecho judicial estadounidense, a través de la llamada *plain view doctrine*, que se remonta a los casos *"Harris vs. United States*", 390 US 234 (1968) y "*Coolidge vs. New Hampshire*" 403 US 443 (1971). Mas recientemente en "*Horton vs. California*" 496 US 128 (1990) la Corte de los Estados Unidos señaló que la doctrina de la *plain review* requiere: 1) que el procedimiento de ingreso o inspección judicial sea legítimo, y basado en una orden de allanamiento o en una de las excepciones admitidas a la regla que exige orden judicial para un allanamiento o secuestro; 2) que los ítem no contemplados en la autorización o distintos de los tenidos en mira al ingresar, sean de aquéllos que la policía, a través de su vista, olfato, sonido o tacto, esté en condiciones de indicar como reveladores de una actividad criminal.

Otra variante de excepción a la regla se encuentra en los casos de "persecución" de un delincuente, en donde se puede ingresar al domicilio con la finalidad de aprehenderlo, siempre que el acto sea continuo. Es decir, que la necesidad del allanamiento surja a consecuencia del ocultamiento del individuo que persigue la autoridad policial.

c) *Apertura y revelación de documentos privados*

La inviolabilidad dispuesta constitucionalmente para el domicilio, se extiende a los papeles privados y la correspondencia epistolar.

Si del acto de allanamiento se encuentran cartas o documentos de propiedad del imputado, la garantía se aplica a ellos para reafirmar el derecho a la privacidad e intimidad sin que ninguno pueda alterarlos.

Solamente el Juez puede ordenar el secuestro de esos elementos y proceder a su lectura

45. La legalidad de la prueba

La obtención de la prueba que produzca la parte acusadora, para ser válida y respetuosa con el derecho de defensa del imputado, no debe lograrse por medios ilegítimos.

La legalidad apunta a observar cómo se consigue, antes que analizar si el medio, propiamente dicho, es procesalmente admisible. Por ejemplo: la confesión del imputado sometido a apremios ilegales es inadmisible por la compulsión puesta en la actividad. Otro caso: la grabación subrepticia de

conversaciones viola la intimidad de las personas, razón por la cual, el o los testimonios logrados no pueden servir como evidencia.

Sin embargo, la ilicitud de una prueba no impide, bajo ciertas circunstancias, que se lleve al proceso con el fin de acreditar los mismos hechos que pretendían justificarse con dicha prueba ilícita

> Picó I Junoy aporta como ejemplo del caso, el de la cinta magnetofónica en la que aparece recogida una determinada conversación interceptada por uno de los intervinientes, o un tercero bajo la autorización y supervisión judicial. En este último caso se exige la existencia de una motivada resolución judicial que ponderando los intereses en conflicto, esto es, bajo la estricta observancia del principio de proporcionalidad, entienda que puede limitarse la vigencia del derecho al secreto de las comunicaciones. En consecuencia, la ausencia de autorización judicial o de motivación razonable determinan, irremediablemente, la ilicitud de la prueba obtenida.

Obra en la especie la conocida doctrina del "fruto del árbol venenoso", por la cual la prueba obtenida violando garantías constitucionales, a pesar de la certidumbre que ofrezca, no puede ser válida ni tenida por legítima, por cuanto está viciada desde su origen.

> El origen de esta doctrina es anglosajona, y en Estados Unidos se aplica, por vez primera, en el caso "*Silverthorne Lumber Co. vs. United State*" (251 US 385 -1920) en que la Corte federal decidió que el Estado no podía intimar a una persona a que entregara cierta documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal.
>
> Luego, agrega Carrió, en la causa "*Nardone vs. United State*" (308 US 338 -1939) dicho tribunal utiliza la expresión "fruto del árbol venenoso", al resolver que no sólo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones.

La temática obliga a concretar dos especificidades concretas:

a) Es conveniente hablar de inutilidad o "inaprovechabilidad cargosa" (Superti) de la prueba obtenida ilegalmente para evitar que si ella favorece al imputado, por el origen ilegal no se aplique en la investigación. Ello supondría perjudicarlo doblemente: primero al violar la garantía que origina la ilegalidad de la prueba, y segundo, al no permitir usar el medio obtenido que lo beneficiaría.

b) Hay que resolver que ocurre con la prueba legalmente lograda a partir de una prueba ilegal (caso Montenegro). Pues en estos casos debiera diferenciarse el nexo entre prueba ilegal y prueba legal que se torna impropia (por ejemplo, cuando de la confesión obtenida mediante apremios ilegales se llegan a determinar hechos incriminatorios).

En estos supuestos, cuando la prueba, aunque se realice legalmente se origina desde un medio ilegal y no existen fuentes alternativas que la validen (ejemplo, testigos que declaran sobre los hechos confesados), también esta nueva prueba formalmente legítima debe considerarse inaprovechable como elemento de cargo.

45.1 Los testigos no identificados

La protección de testigos merece considerarse en el espacio de las garantías constitucionales. No desde la perspectiva de los derechos que tiene una persona que va a prestar testimonio en una causa penal y estima que puede tener consecuencias en su persona, bienes o familia, y para evitarlos, necesita la protección del Estado; sino, en el otro frente, es decir, el imputado que no conoce la identidad de quien le formula hechos e imputaciones, y por eso no puede efectuar un control sobre la prueba.

¿Se afecta el derecho de defensa? Creemos que sí.

Esto por varias razones. En primer término, la declaración testimonial es una prueba que incorpora al proceso datos conocidos por terceros sobre los cuales el imputado tiene la facultad de reconocerlos, sea para ratificar su exactitud o para desvirtuarlos con hechos en contra.

El anonimato del testigo, transforma al medio en un instrumento escrito, de manera que el control sobre la prueba se convierte en un problema de autenticidad documental.

> Sostiene Rudi que, entre los requisitos para la validez del testimonio como órgano de prueba, se encuentra la adquisición del mismo en legal forma. Por tanto, los testimonios dados por personas anónimas para las partes, son derechamente nulos y sancionados con su ineficacia procesal.

En segundo lugar, el derecho a la prueba (ver parágrafo 30.2) exige no sólo que se puedan obtener los medios necesarios para demostrar la inocencia o prevalecerse del principio que la garantiza, sino también, que la prueba en contrario sea controlada por la defensa. Con el secreto impuesto a los testigos, y la forma como se incorpora a la causa los testimonios, el imputado carece de esa posibilidad de control oportuno, así como de repreguntar otros hechos, quizás tan relevantes como los expresados.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos dice (art. 6.3 d) que *todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos...a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él...*(Coincidente con el art. 14.3 e- del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), consagrando que todos los elementos de prueba deben ser practicados en presencia del acusado y en un juicio público, con el fin de asegurar su debate contradictorio.

45.2 La conducta del imputado en el proceso

Finalmente, el principio de inocencia necesita confrontar la conducta del imputado con las garantías que cuenta para su defensa. Se trata de resolver si la pasividad absoluta del encartado puede tener consecuencias en el proceso penal cuando la prueba es insuficiente para abastecer fundadamente una condena, o si debe requerirse la colaboración del individuo en aras de obtener la verdad real que todo acto de justicia persigue.

Debe quedar en claro, liminarmente, que el principio de inocencia tiene motivos constitucionales que prefieren no condenar en caso de dudas razonables, antes que penalizar a un posible inocente.

Esto sólo sería suficiente para responder el interrogante; sin embargo, la falta de colaboración puede funcionar en un sentido distinto; en su caso, podría interpretarse que el imputado que no utiliza adecuadamente los principios y garantías que lo escudan, sea por su propia decisión o por falta de necesaria diligencia, no sufre cercenamiento en su derecho de defensa y el tribunal podría aplicarse las consecuencias de su propia conducta.

Un ejemplo sería denegar el derecho al recurso de quienes. voluntariamente, no se presentan a la causa, prefiriendo su condición de prófugos de la justicia.

También cuando la negativa a someter su cuerpo a requisas o estudios, sin causa justificada, puede tornar como una presunción en su contra.

46. La reparación por error judicial

Este derecho está consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica (*"Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial"* -art.10-) como una proyección de las garantías jurisdiccionales establecidas.

Difiere del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que regula igual principio pero con un criterio más amplio, pues el artículo 9.5 establece que: "*Toda persona que haya sido ilegítimamente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación".*

> Coincide con el artículo 42 de la Constitución de la provincia de Córdoba, que indica:"..en caso de sobreseimiento o absolución, el Estado puede indemnizar el tiempo de privación de libertad, con arreglo a la ley". Igual sentido aplica el artículo 271 del Código Procesal Penal de Costa Rica, que establece:"El Estado deberá indemnizar a la persona que haya sido sometida indebidamente, a una medida cautelar por un funcionario público que actuó arbitrariamente o con culpa grave, en los términos del artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública...También procederá la indemnización...cuando una persona haya sido sometida a prisión preventiva y luego es sobreseida o absuelta, con plena demostración de inocencia".

Debe distinguirse el derecho indemnizatorio proveniente de la responsabilidad civil del Estado por sus actos legítimos de aquella originada en la conducta reprochable de sus funcionarios que los hace personalmente responsables.

El vicio que se castiga con el deber de reparación es el error de juzgamiento (*in iudicando*), no así el error de procedimiento (*in procedendo*) pues en éste intervienen otras circunstancias no siempre posibles de atribuir al magistrado.

> Dice Tawil que la distinción entre responsabilidad del Estado por error judicial y por el anormal funcionamiento de la justicia, permite circunscribir dentro de la primera a aquella producto de la función jurisdiccional del Poder Judicial, limitada, en principio, a los supuestos de ejercicio de la postestad de juzgar o de resolver el modo de ejecutar lo juzgado. No implica ello que tal ejercicio no derive o pueda derivar en un anormal funcionamiento de la Justicia, ya que al contrario, interpretando ampliamente el concepto de error con el

> calificativo de judicial, naturalmente tanto lo es toda equivocación, yerro, agravio, cometido por el juzgador tanto en su actuación procesal como juzgadora.

El error mentado no requiere ni exige la prueba de la culpa o dolo del magistrado, basta con demostrar el perjuicio sufrido (privación de la libertad, afectación de la honra o estima personal, daños patrimoniales por el lucro cesante, etc.) mientras se encontró procesado o privado de libertad.

Al incorporar el artículo 75.22 de la Constitución Nacional ambos tratados antes comentados, no podemos distinguir para limitar el derecho, sino ampliarlo en los límites por ellos establecido. Es decir, la sentencia condenatoria basada en el error, haya estado o no privado de libertad, acuerda el derecho a la indemnización.

Bibliografía Capítulo IX

Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1984.

Bandrés Sanchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional,* editorial Aranzadi, Pamplona, 1992.

Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I, editorial Ejea, Buenos Aires, 1986.

Esparza Leibar, Iñaki, *El principio del debido proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1995.

Gimeno Sendra. José Vicente, *Constitución y Proceso,* editorial Tecnos, Madrid, 1988.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Teoría General del Derecho Procesal,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.

Hernández, Héctor H., *Nuevo proceso penal y sentido común (Aportes sobre el "juicio oral")*, Rev. ED, diario del 3/9/98.

Pico I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso,* editorial Bosch, Barcelona, 1997.

Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en el Liber Amicorum a Héctor Fix Zamudio, volumen 2, CIDH, San José de Costa Rica, 1998.

Rudi, Daniel Mario, *La protección de testigos en la ley de estupefacientes y el derecho procesal constitucional*, Rev. La Ley, diario del 1/12/97; *La garantía constitucional de defensa en juicio y el cambio de identidad de los testigos en el proceso penal*, Rev. ED, diario del 3/12/97.

Superti, Héctor, *Derecho Procesal Penal. Temas conflictivos,* editorial Juris, Rosario, 1998.

Tawil, Guido Santiago, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1989.

Vazquez Sotelo, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, editorial Bosch, Barcelona, 1984.

SEGUNDA PARTE
EL AMPARO

CAPÍTULO X. El amparo

47. El amparo como derecho a la tutela judicial

En general, el derecho comparado interpreta al amparo como un proceso constitucional. La garantía observa el modelo técnico aplicado, el cual a veces es amplio, como el mexicano, o limitado y subsidiario de otras vías judiciales, como parece ser la tendencia más difundida.

Comenzaremos el estudio analizando al amparo como derecho constitucional inserto en las cláusulas de las cartas fundamentales; después, proseguiremos con el instrumento o la garantía específica que el amparo transmite para tutelar los derechos del hombre.

> En nuestro libro "El Derecho de amparo" 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 la representación será ejercida por una autoridad jurisdiccional.
>
> 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 de mayor completitividad a 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 al 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. Y el amparo, no ya como instrumento técnico, sino como un derecho garantista de la persona.

La síntesis entre ambas proyecciones del amparo (como derecho y como garantía) lo afirma como el más importante proceso para la defensa y promoción de los derechos humanos, y fundamenta las razones por las que deben encontrarse mecanismos constitucionales y procesales que aseguren su eficacia antes que su restricción.

Con tales fines el punto de partida debe encontrarse en el sistema constitucional previsto para la defensa de las libertades.

> Hay ordenamientos que no poseen órganos especiales para la tutela constitucional que, en tal caso, quedan resguardados por las potestades del juez ordinario y por los recursos procesales asignados. En otros, las cuestiones vinculadas con el ejercicio de derechos fundamentales o garantías se resuelven en tribunales específicos, prefiriendo la determinación de éstos antes que las realizadas por el magistrado civil.

En efecto, 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 derechos y garantías procesales, que siendo similares en los valores protegidos, no consiguen la misma rápida atención.

El sistema procesal obra determinante para esclarecer el problema, porqué la protección constitucional difiere entre mecanismos difusos respecto de los jurisdiccionales concentrados.

Si bien, los dos mantienen la noción garantista, es evidente que unos estarán protegidos por el desenvolvimiento 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 (V.gr.: amparo, hábeas data, recurso de protección, hábeas corpus, etc.).

Pero la noción que pretendemos esbozar ahora 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 sucesos que se dan en escala: a) el derecho del hombre a peticionar ante la justicia; 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.

En suma, el mensaje que nos queda de aunar los conceptos de tutela y amparo supone que, en la nueva perspectiva que tienen los procesos jurisdiccionales no importa ahora tanto apoyar la idea de concretar la justicia según las normas vigentes; como sí 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 a fines de este siglo. No se trata ya de resolver los conflictos intersubjetivos aplicando leyes y disposiciones generales pensadas para el bien común, sino también, de complementar la actividad judicial con acciones eficaces que muestren tanto su preocupación por los problemas individuales, como el interés en obrar, 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.

48. El amparo como derecho constitucional

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 Carta Superior), o provienen de derechos implícitos o impuestos por instrumentos de tutela supraestatal.

La defensa se instrumenta a partir de los ordenamientos procesales, de modo tal que resulta necesario diferenciar, al 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 de su mensaje es la 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 la garantía del debido proceso, 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.

> 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.
>
> 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 la institución en el derecho comparado está consolidada) Angel Siri, propietario del diario "Mercedes" de esa localidad, fue detenido y clausurado su periódico. Si bien fue luego 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 mediante 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.

Merece considerarse el voto en disidencia de Carlos Herrera quien se mantuvo en la objeción de que la jurisdicción proviene de la ley y que los agentes del poder público deben ajustarse a ella.

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.

En 1958, un año después del caso Siri, la Corte (con otra integración) tuvo oportunidad de ampliar sus fundamentos sobre la factibilidad 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 1ª y 2ª Instancia en 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 CN no lo hace.
>
> 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.

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.

> Son varios los fundamentos que tiene esta lectura constitucional del fenómeno que manifiesta el amparo. Uno de ellos proviene de la interpretación transnacional. En efecto, 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.

El obrar como derecho modifica el emplazamiento del proceso tradicional, pues además de reconocer en la letra expresa del texto fundamental ese cambio trascendente, requiere que la garantía se consolide en un proceso "rápido y expedito".

49. El amparo como proceso o garantía específica

En nuestro país, que tiene control de constitucionalidad jurisdiccional difuso, 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 primero de los puntos lo veremos más adelante cuando se analice la legitimación para obrar; los siguientes, por su relación, vinculan las reglas del proceso constitucional de amparo y las garantías precisas que no pueden vulnerarse a través de reglamentaciones.

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.

Se trata, en definitiva, de ver cómo por medio del derecho al amparo <<como proceso debido>> se puede instruir una serie de principios transmisibles a cualquier ordenamiento adjetivo, a título de regulación universal.

> La función integrativa que estos dogmas inalterables vienen a cumplir, asientan sus bases en numerosas constituciones contemporáneas, donde lucen por su precisión y desarrollo las de Italia y España.
>
> Esta última, en la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, destaca que *"la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia que se hubiesen ratificado"*.
>
> Así, la formulación del derecho al proceso debido adquiere una dimensión supranacional propiciada tanto por la actitud del constituyente en llamar a las normas internacionales de protección de los derechos fundamentales, como por el comportamiento de los Estados de adherirse entusiastamente a los convenios internacionales, de manera que la remisión a sus preceptos se torna habitual.

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.

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 las reglas comunes que, habitualmente, confunde la finalidad perseguida y anulan ostensiblemente la defensa constitucional de los derechos.

50. La influencia de los Tratados y leyes incorporados al texto constitucional

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 la supremacía constitucional.

> Destaca Barra, que es importante distinguir entre tratados y leyes, ya que si bien los tratados deben ser aprobados por el Congreso por medio de una ley, recién en estas condiciones tendrían jerarquía legal (artículo 75 inciso 22), pues las leyes que aprueban tratados se diferencian del resto de las leyes por su contenido material. Agregando que "naturalmente el art. 43 no hace referencia a los tratados constitucionales, es decir aquellos que conforme al mismo art. 75.22 son complementarios de la Constitución, ya que, en tal carácter, forman parte del mismo cuerpo normativo constitucional"

En nuestro sistema constitucional, los tratados y leyes anexados que tienen jerarquía superior a las leyes son: *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.*

La fórmula que trae el artículo 75 inciso 22 aclara que estos Pactos y Convenciones no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución, 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.

Ello así pues, aunque no se encuentre en dchos 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.

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.

51. Tipos o modalidades en el proceso de amparo

El proceso de amparo reconoce dos formas tradicionales de actuación que dependen de las libertades que se otorguen a los jueces para actuar en ellos, y del sistema procesal establecido para su trámite.

Por un lado radica el modelo mexicano, de formulación amplia y contenido abarcador, por el cual se conjugan una variedad de formas procesales específicas y autónomas que determinan particularidades que no pueden comprenderse si no es por conducto de un análisis particular.

Anidan en el cuadrante de protección del sistema cinco funciones, a saber:

1. la tutela de la libertad personal;

2. la declaración de inconstitucionalidad de leyes;

3. como medio de impugnación contra las sentencias judiciales;

4. como reclamo administrativo, y

5. como protector de los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria.

Por otro camino transita un modelo más acotado, que lo reserva como herramienta suplementaria o subsidiaria de los procedimientos comunes -administrativos o jurisdiccionales-. Es el sistema que tenía en nuestro país la ley 16.986.

El punto que los diferencia es la posibilidad jurídica de actuar el derecho de amparo; mientras unos lo asumen como instrumento específico y principal; otros le asignan carácter extraordinario y de excepción.

> En este sentido, teniendo en cuenta que el modelo mexicano se encuentra consagrado en por lo menos dos de los instrumentos internacionales que la reforma constitucional ha reconocido con jerarquía fundamental y superior a las leyes, y frente al sistema aparentemente restringido que tiene el nuestro, surge cierta contradicción entre la declamación que afirma el derecho y la garantía que se instrumenta. Pareciera que la comprensión cabal del instituto requiere, entonces, de algunas adecuaciones.

Por su lado Argentina establece las siguientes coberturas para el proceso de amparo y son:

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", "protección del ambiente", "derechos de la competencia", "derechos del usuario y consumidor".

e) Amparo colectivo, para los derechos de incidencia general que se encuentren afectados (derechos de pertenencia difusa).

f) Hábeas Data

g) Hábeas Corpus.

El sistema incorporado guarda cierta semejanza con los amparos españoles, divididos en *a) ordinarios; b) constitucional, y c) internacional.*

Son *amparos ordinarios*, los comprendidos en la actividad jurisdiccional que tutelan los derechos fundamentales a través de procesos especialmente diseñados para ello.

Sin resultar un catálogo enumerativo pueden señalarse dentro del tipo:

a) El proceso de amparo civil ordinario, donde se cuentan el proceso de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y el proceso para hacer efectivo el derecho de rectificación.

b) El proceso de amparo penal ordinario, previsto para la conservación de las garantías en el procedimiento punitivo; y el hábeas corpus.

c) El proceso de amparo administrativo ordinario, regulado en la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de las Personas; y el amparo electoral.

d) El proceso de amparo laboral ordinario, donde se protege la libertad sindical.

El *amparo constitucional* queda reservado para el control de la constitucionalidad de las leyes que, como es sabido, en España lo realiza el Tribunal Constitucional.

52. Naturaleza jurídica del amparo

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 ha de desarrollar 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 ha sido reglamentario de un derecho judicial. Esto significó establecer reglas y principios procedimentalistas, que tuvieron como pauta elaborar técnicas restrictivas que dejaron al amparo como un proceso absolutamente residual y contingente.

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: "I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales, II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados, y III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal" (art. 103, Constitución Política).
>
> 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.

Otras legislaciones infraconstitucionales crean el amparo por leyes, lo cual no lo priva de ser un proceso constitucional.

> Por ejemplo, en Venezuela el artículo 49 constitucional legisla al amparo como "garantía", dándole un sentido constitucional que difiere de los aspectos procesales que pudieran signarse. Es decir, al resultar un derecho constitucional, abandona la sutileza técnica, deja de ser una acción o recurso, para ser un derecho fundamental.

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. La necesidad de agotar los trámites ordinarios constituye una valla insuperable.

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.

El recurso sencillo y rápido a que aluden las convenciones internacionales depende, en gran medida, de lo que el derecho procesal presente, y a su través, 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 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.

CAPÍTULO XI: Admisibilidad del amparo: El acto lesivo

53. Características principales del derecho de amparo

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.

En ambos casos, la garantía se materializa en cualquiera de estas posibilidades: 1) en una estructura orgánica (v.gr.: división de poderes); 2) en un "proceso" judicial o, 3) en reglas procesales.

Es por ello que "el proceso" ha sido definido como la verdadera garantía de los derechos humanos, por cuanto tiene en sí un sentido de universalidad: "para todos los derechos y para cualquier hombre".

El problema práctico radica en lograr que dicha universalidad se verifique realmente: que todos tengan acceso al proceso y que el mismo sirva para asegurar cada derecho.

En este punto es donde se ubica concretamente el "amparo" como un derecho diferenciado, por su finalidad y por su esencia.

.54. *¿Cómo funciona la garantía de los derechos que el amparo promete?*

El amparo es antes que un remedio procesal, una garantía concreta para los derechos del hombre. Su tipo es abstracto, es decir, no necesita concretar la demanda para resolver su protección. Por eso, el amparo es también, y al mismo tiempo, una figura preventiva.

La acción de amparo procede cuando, aun existiendo otros medios legales ordinarios, ellos no reporten la seguridad que para los derechos se

necesitan, de forma tal que una actuación condicionada a ese tránsito puede ocasionar un grave e irreparable daño.

Cuando no sea efectivo el "remedio" (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.

> Es suficiente la verosimilitud de que pueda causarse el daño, para la procedencia de la acción de amparo, y ello es tanto más probable en el caso de un magistrado judicial, dado las incompatibilidades que soporta y que llevan a descartar sin más, la existencia de otras fuentes de ingreso que permitan enjugar el déficit producido en la economía, por un descuento en las remuneraciones que percibe como juez (C4ª Civil, Com. Minas, Paz y Tributario Mendoza, abril 23-980, Staib, Alberto L.), SP LA LEY, 980-585
>
> Es suficiente la posibilidad de la causación de daño grave o irreparable para que proceda la vía excepcional del amparo (C4ª Civil, Com. Minas, Paz y Tributario Mendoza, abril 23-980, Staib, Alberto L.), SP LA LEY, 980-585

La urgencia no es el único argumento para la procedencia directa del amparo, porqué la reforma constitucional, como hemos dicho anteriormente, 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.

El proceso de amparo se convierte así en la auténtica garantía procesal.

> Si aparece como único fin perseguido por los funcionarios de la Municipalidad en apartar a la actora de su carácter de proveedora de la Comuna, dado que después del dictado de la medida cuestionada, las actuaciones no se seguirían en sede municipal sino ante el Estado nacional, cabe admitir la acción de amparo ejercida en autos, por lo que se dejará sin efecto el acto que suspendió preventivamente a la actora como proveedora porque el mismo es atentatorio, por arbitrariedad y so color de una medida precautoria de la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional (CNCiv., sala E, agosto 29- 980, Desplats de Desplats, Raquel c. Municipalidad de la Capital), LA LEY, 1980-D, 501

La proyección tuitiva actualmente evita acotamientos basados en la pertenencia exclusiva del derecho afectado, por eso, cuando los derechos a proteger son difusos, o responden al amplio espectro de los llamados “derechos de incidencia colectiva”, una vez más el amparo expande la cuestión de admisibilidad, permitiendo la entrada al proceso por ser la vía más idónea.

> De ninguna manera puede considerarse extraña a los derechos y garantías la acción de amparo ejercida en autos por el accionante, con motivo del talado de árboles, con el fin de resguardar un bien público que es altamente representativo del sentimiento nacional (en el caso Plaza Grand Bourg con la edificación allí existente, mástil y muros anexos). (Doctrina de 1ª instancia) (CNCiv., sala D, agosto 22-980, Quesada, Ricardo), LA LEY, 1980-D, 130.
>
> Es indudable que una tala total de los plátanos modificaría sustancialmente el contorno forestal actual de la Plaza Grand Bourg. Esta perdería así, indudablemente, su aspecto ambiental característico. Y, con ello, desaparecería una imagen ya tradicional,

> de profunda relevancia histórica, que el sentimiento ciudadano -en tanto expresión innegable del querer del titular del dominio público- exige respetar. Por cierto que nada de esto obsta a que se practiquen las podas sugeridas por la Municipalidad desde que tal método se compatibiliza con la finalidad de mantener en condiciones naturales las características propias de la especie forestal allí existente. Encontrándose suficientemente demostrado en la causa que el talado total por parte de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires de los ejemplares de plátanos existentes en la Plaza Grand Bourg, se encuentra en pugna con los principios consagrados por los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 11 y 12 de la ley 16.986, debe concederse el amparo impetrado en el escrito inicial y prohibirse la prosecución de dichas tareas. (Doctrina de 1ª instancia) (CNCiv., sala D, agosto 22980, Quesada, Ricardo), LA LEY, 1980-D, 130.

No obstante, conviene advertir que la admisión directa no está absolutamente tolerada, al punto que en la misma Corte se ha dicho que la existencia de una vía legal para la protección de los derechos que se dicen lesionados, excluye en principio la admisibilidad del amparo. (Del voto del doctor Bacqué) (CS, agosto 4-988*, Deledda, Francisco y otros c. Estado nacional*), LA LEY, 1989-A, 458 - DJ, 1989-1-775.

El amparo es básicamente un proceso constitucional, un mecanismo de asistencia y protección a los derechos fundamentales.

Su naturaleza garantista no afinca en derechos sustanciales sino en libertades esenciales para los derechos humanos que requieren de un trámite breve, sencillo, rápido y eficaz.

La respuesta jurisdiccional en el amparo debe ser específica, es decir, adecuada y naturalmente aplicable a la mejor y más rápida solución de cada litigio; así, la existencia de otra vía procesal debe adecuarse al principio de razonabilidad estructural, lo que no sucede si por su complejidad y lentitud resulta incompatible con la necesidad de una rápida y efectiva restitución del derecho perdido o restringido (Cfr., CNCiv., sala C, febrero 25-992, *Finochietto, María E. c. Municipalidad de Buenos Aires*, LA LEY, 1992-E, 247).

> La ley de amparo 7166, modificada por la 7261 de la provincia de Buenos Aires, no puede erigirse en recurso cuando no se encuentra dadas las condiciones que la propia ley establece para su procedencia y su improcedencia cuando existen otros remedios procesales legales adecuados a la defensa de los derechos que se entienden vulnerados y cuando no se han vulnerado los derechos constitucionales de libertad y propiedad (CApel. CC Dolores, mayo 24-990, *Dodero, Tomás J. c. Provincia de Buenos Aires*), LA LEY, 1990-B, 1647.

El mecanismo del amparo responde a la necesidad de salvaguardar los derechos consagrados en la Constitución Nacional, en aquellos casos en que no existe una vía apta para ese objeto, sin que ello importe alterar las instituciones vigentes ni extender la jurisdicción legal o constitucional de los jueces, y sin olvidar que la propia índole de la acción sólo hace que proceda en situaciones de imprescindible necesidad de ejercerla, máxime cuando se presenta la posibilidad de intervención del Poder Judicial en actos que competen a la Administración Pública, cuando se trate de accionar contra actos de esa autoridad.

Por eso es que por regla general, resulta improcedente su utilización cuando se pretende por esa vía obtener el cumplimiento de obligaciones emergentes de contratos administrativos (CNFed. Contencioso-administrativo, sala I, abril 18-991, *Caferra, Vicente c. Estado nacional -Ministerio de Defensa. Estado Mayor Gral. del Ejército*, LA LEY, 1991-D, 283 DJ, 1991-2-653).

Pero, en cambio, es factible el amparo, cuando no existen vías legales para obtener la tutela perseguida, si aquéllas no son idóneas para evitar daños graves que se convertirían en irreparables, de tener que aguardar la protección brindada por esas otras vías (CNCiv., sala C, julio 2-993*, Casa Cichero S. A. c. Municipalidad de Buenos Aires*, LA LEY, 1994-B, 469).

Cuando la ley niega la acción de amparo en los casos en que existan otros recursos (es decir, que admita la existencia de una vía judicial más idónea que la elegida), debe ejercer por sí misma, y sin necesidad de que la parte se lo plantee, una suerte de comparación entre procesos. Uno debe tener la misma eficacia, por lo menos, pues de lo contrario la inadmisión del amparo perturba la operatividad constitucional que clama el artículo 43.

Particularmente, si está en cuestión la defensa en juicio de la persona y de los derechos, o no se logra por medio de los recursos administrativos o judiciales la solución rápida y expedita, o la eventual demora en los trámites pudiera hacer ilusoria o gravosa la decisión que en definitiva se persigue, en todos estos casos, una decisión que prefiera una vía distinta a la del amparo deducido, debe indicarse al recurrente. Esto es una obligación jurisdiccional que hace a la eficacia de la función, pues si el Juez interpreta que el amparo no es la vía debe indicar, entonces, cuál es para demostrar que ella es la más idónea.

> No obstante que existan vías legales es viable el amparo si aquéllas no son idóneas para evitar daños graves que se convertirían en irreparables de tener que aguardar esas vías paralelas (Juz. Civil y Com. Nº 1, Azul, febrero 17-994, *Las Plumas S. A. c. Municipalidad de General Lamadrid*, La Ley Buenos Aires, 1994-168).
>
> Si bien para evaluar la procedencia de la acción de amparo el juez debe analizar si los procedimientos regulares administrativos o judiciales resultan aptos y eficaces para solucionar el problema planteado, no debe concederse a esa pauta orientadora una amplitud tal que permita recurrir a la vía del amparo -acción excepcional y residual- en sustitución de las vías ordinarias (CCrim. y Correc. Morón, sala II, julio 7-993, *Echeverría, Héctor y otros*, JA, 1994-II-411).
>
> Si bien el amparo debe ser rechazado cuando existe un remedio procesal apto para la tutela del derecho que se dice lesionado, no es la existencia de otra vía la que cierra indefectiblemente al amparo, sino la ineptitud de la misma la que lo abre. Por ello, si la vía administrativa no atiende idóneamente al problema y, en consecuencia, puede provocar un gravamen irreparable, el interesado puede iniciar el amparo directamente (ST Jujuy, agosto 3-994,- *Rentería Villegas, Susana I. c. Cooperativa de Trabajo de Educadores Ltda.*, DJ, 1994-2-648).

55. El acto lesivo. Presupuesto para la admisión formal.

El acto lesivo es el objeto del amparo. Allí dirige su foco para iluminar la amenaza en ciernes o el daño a reparar.

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 denominados actos de gobierno; d) los actos legislativos y e) los actos de las Comisiones de Investigación legislativa; o se limita al máximo su procedencia dejando al proceso amparista como una garantía residual y extraordinaria.

En Argentina la reforma constitucional conservó la redacción de la Ley 16.986 para caracterizar el acto lesivo que es objeto de amparo.

La acción resulta admisible *"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".*

Las variantes introducidas son mínimas, pero importantes a la hora de interpretarlas.

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 realización 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" (*Fallos, 167:221; 190:571; 194:371; 240:319; 304:1186, etc.).
>
> La aclaración deviene necesaria frente a la posible incógnita que plantee la naturaleza de las leyes que se encuentren tuteladas, en tanto una interpretación disvaliosa la puede constreñir al reducto de las normas positivas formales, como sostiene Sagüés, y otra comprenderlas dentro de las materiales, involucrando a los decretos, ordenanzas, resoluciones y demás emisiones de tipo legislativo, en la posición de Quiroga Lavié.

Al haberse omitido la referencia a los "*derechos explícita o implícitamente reconocidos...*" que indicaba la ley 16.986, la Constitución nacional pareciera sugerir la positivación necesaria del derecho reclamado; sin embargo tal lectura es contradictoria con el artículo 33, del que se toma que *"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".

A partir de estos enunciados y con las modificaciones introducidas por la reforma constitucional, es preciso ir definiendo las nociones de: a) acto; b) omisión; c) autoridad pública; d) actos de particulares; e) actualidad; f) inminencia; g) amenaza; h) lesión; i) restricción; j) alteración; k) arbitrariedad; l) ilegalidad; m) manifiesta; n) alcance de los derechos a proteger.

55.1 Acto

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".

> Informa Sagüés que el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional de 1964 declaraba procedente el amparo contra *toda conducta de autoridad* señalando el mensaje respectivo que el proyecto contemplaba con amplia extensión al amparo, comprendiendo tanto la acción como la omisión.

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 la "acción".

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 debe hacerse.

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

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.

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

La acción constituye una vía excepcional, que sólo procede contra todo acto u omisión de autoridad pública que amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos o garantías reconocidos por la CN, en ausencia de otro medio adecuado, o cuando la inminencia del daño haría ilusoria su reparación (CN Penal Económico, Sala A, Diciembre 9-993). La Ley 1994-C, 16.

El amparo trata de salvar en el presente y en el futuro los derechos vulnerados, procediendo cuando los actos o decisiones administrativas

constituyen una amenaza de lesión cierta e inminente, cuya entidad jurídica justifica el reclamo de tutela judicial. (CN Penal Económico, Sala A, Diciembre 9,993). La Ley 1994-C, 16.

Ante la existencia de dudas sobre la admisibilidad de la acción de amparo debe darse curso al trámite respectivo, porque lo definitorio radica en analizar si la vía del amparo es la específica para la adecuada, oportuna y eficaz defensa de los derechos invocados, según las circunstancias particulares de cada caso (CNCiv., sala C, febrero 25 - 992. - Finochietto, María E. c. Municipalidad de Buenos Aires), LA LEY, 1992-E, 247.

En materia de amparo, más que ninguna otra, debe destacarse la importancia del caso concreto; ello determina que las pautas primarias de procedencia de esta vía deben adaptarse a las particulares circunstancias de cada asunto, las que pueden ser determinantes de una variada solución. (TS Córdoba, Sala Civil y Comercial Marzo 5 – 991) LLC, 199-1-970.

El acto u omisión en el cual se hace fincar la acción de amparo debe estar directa y concretamente vinculado a la norma constitucional que se dice amenazada o violada, no es suficiente, pues la invocación genérica de una norma constitucional si la relación no es clara y manifiesta. (Cámara Federal – Bahía Blanca, Abril 24-992) ED 152-163.

La privación del derecho a trabajar o comerciar libremente no constituye de por sí sustento suficiente para admitir la acción de amparo, por cuanto su relatividad deriva del principio según el cual las garantías constitucionales están sujetas a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14 C.N.) (CNCiv. Sala A , Sep. 7-992) La Ley, 1993-D, 428.

La vía del amparo no constituye el medio eficaz para dejar sin efecto una decisión de autoridad competente adoptada en ejercicio de atribuciones legales. (C.Civ., Com.Trab. y Familia, Villa Dolores, Diciembre 29-994) LLC 1995-710.

Es procedente la acción de amparo intentada contra la decisión del defensor del pueblo que denegó a la actora la vista de las actuaciones. (CNFed. Cont. Adm. Sala IV, Noviembre 15-995) DJ. 1996-2-484.

Es procedente la acción de amparo interpuesta contra la suspensión del beneficio de jubilación por invalidez. Aun cuando no se cuenta con fecha cierta para computar el plazo a partir del cual debió deducirse el amparo. (CNFed. Seg. Social, Sala I, Marzo 13-996) DT, 1996-B, 1573.

La pertinencia de la acción de amparo puede encontrarse avalada no sólo por la interpretación que se otorgue al art. 43 de la CN sino por la jurisprudencia imperante en la materia con anterioridad a su entrada en vigencia, referida a la ponderación de una protección eficaz del derecho o garantía constitucional de que se trate. (CNCiv. Sala A, Marzo 15-996) La Ley 1996-D, 265.

Es procedente la acción de amparo iniciada contra la decisión del director de una escuela que denegó la solicitud de ampliación de las amonestaciones permitidas y, por ello, negó la reincorporación del alumno, pues recurrir a la vía ordinaria implicaría un proceso de mayor duración cuando

el menor ya se ve impedido de concurrir a la escuela (Juz. Letr. Civ. Y Com. N° 2 Trelew, Octubre 4-996).

Es procedente la acción de amparo iniciada contra la decisión del director de una escuela que denegó la solicitud de ampliación de las amonestaciones permitidas y, por ello, negó la reincorporación del alumno, pues dicha decisión atacó y violó en forma arbitraria el derecho de igualdad ante la ley del estudiante, dado que a otros partícipes del hecho que motivó la sanción se les concedió la referida ampliación, sólo por el análisis del distinto grado de participación de cada uno en el hecho (que no se advierte), dejando así de lado la pauta prevista en el reglamento aplicable para conceder la ampliación, consistente en los antecedentes del estudiante. (Juz. Let. Civ. Y Com. N°2, Trelew, Octubre 4-996).

Es procedente la acción de amparo iniciada contra una asociación mutual ante su omisión de brindar cobertura médica a la actora, pues la resolución del contrato –fundada en que la afiliada no denunció el padecimiento de tuberculosis en su juventud- no es razonable ni legal. En efecto, dado que no se ha probado que la omisión de denunciar las enfermedades preexistente haya sido dolosa o fraudulenta, de modo que la conducta no encuadra en las previsiones del Estatuto Social. Nada legitima a la mutual a interrumpir la cobertura medica. (C.Apel. Noreste, Chubut, Octubre 31-996, Perdomo, Delia c/ Mutual Gaiman).

El amparo no es la vía idónea para poner freno a declaraciones efectuadas por el Gobernador, referidas a una posible acción de Gobierno. Y ello porque la razón de la acción de amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, sino proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional (C.3 Civil, Com. Minas, Paz y Tributario, Mendoza, Junio 25-996).

La acción de amparo no puede convertirse en medio hábil para imponer la sumisión de los restantes poderes al Poder Judicial, creando una situación de absolutismo legalista que arrase con el ordenamiento jurídico, la división de poderes y las facultades administrativas y legislativas constitucionalmente reconocidas(C.3 Civ.,Com., Minas, Paz y Tributario, Mendoza, Junio 25-996). La Ley Rep. 1997, p.9.).

Es procedente la acción de amparo contra la resolución ministerial que, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, prorrogó los plazos de pago dispuestos por una resolución anterior que se estaba cumpliendo, si al no preverse el pago de intereses, la modificación no contempla la indemnización prevista por el art. 18 de la ley 19.549 (CNFed. Com Adm., Sala IV, Octubre 2-990) La Ley 1991-B, 386.

Si bien los actos de la administración gozan de la presunción de legitimidad no se hayan exentos de impugnabilidad y, en tal sentido, la ley 19.986 establece un procedimiento para hacer cesar sus efectos cuando estos se juzguen contrarios a derechos o garantías constitucionales (CNTrab., Sala IV, Marzo 19-991) DT, 1991-A, 821.

Procede el amparo pedido por un empleado administrativo, para que se resuelva conforme a derecho su reclamo de que se respeten los

procedimientos de selección, reglamentariamente previstos para cubrir vacantes en el servicio económico exterior de la Nación, si de los considerandos de un Decreto del Poder Ejecutivo que ratificó un nombramiento surge reconocida la transgresión de ellos. (CNFed. Cont. Adm., Sala III, Mayo 8-990) La Ley 1990-D, 74.

Debe admitirse la acción de amparo intentada en virtud de la revisación ginecológica dispuesta por el servicio penitenciario federal respecto de aquéllas personas que concurran a algunos de los servicios penitenciarios para visitar internos, en tanto existen medios técnicos que permitirían conciliar el interés social y el individual de las personas. (C.S. Noviembre 21-989). La Ley 1990-C,15.

Son adecuadas las vías ordinarias, y no el amparo, para dilucidar la existencia de perjuicios derivados del Decreto 377/89. (CNFed. Cont. Adm. Sala III, Noviembre 14-989). La Ley 1990-B, 226.

Debe prosperar la acción de amparo contra la resolución administrativa que impuso la adscripción de un empleado público, si la accionada no desvirtúa las razones por las que el juez consideró que la actora carecía de vías administrativas aptas para restablecer sus derechos, que no eran correctas la causa y la motivación del acto, que las tareas asignadas no se compadecían con el nivel escalafonario alcanzado, y que tampoco se cumplía con la finalidad de la norma que otorga la facultad al órgano. (CNFed. Cont. Adm. Sala I, Octubre 30-990). La Ley 1992-E, 611.

Lesiona manifiestamente los derechos constitucionales de estabilidad en el empleo y propiedad, y justifica el amparo judicial, la resolución que da de baja al empleado por expiración del plazo fijado por el art. 23 de la ley 22.140, si este no comenzó a correr por no haberse entregado la certificación de servicios prevista por el art. 22 del Decreto 1787-80. (CNFed. Cont. Adm., Sala I, Octubre 16-990). La Ley 1992-E, 611.

Si bien excepcionalmente se admitió el amparo como vía paralela, aún plantándose la vía administrativa, cuando la autoridad pública demora su decisión por causas no imputables a la víctima del acto lesivo, y siempre que tal dilación le ocasione un daño irreparable; tal situación no se da cuando la interposición del recurso administrativo es posterior a la iniciación del juicio de amparo. (Cfed. Resistencia, Abril 30, 991). La Ley 1992-D, 625.

La clausura de establecimientos prevista por el art. 12 de la ley 20.680 requiere la concurrencia de razones específicas para adoptar la medida preventiva citada, vinculadas a emergencias a los abastecimientos o necesidades de la investigación; no estando presentes tales razones, corresponder hacer lugar a la acción de amparo intentada contra la clausura dispuesta sin tales recaudos. (CNPenal Económico, Sala A, Abril 23,993). DJ. 1993-2-779.

La vía de amparo no es apta para conocer los vicios o nulidades de los actos de la administración. (CN Penal Económico, Sala A, Marzo 20-995) ED, 164-99.

La acción de amparo es la vía adecuada para salvaguardar los derechos del particular que han sido violados mediante una acto emanado de otros poderes del Estado en ejercicio de sus atribuciones privativas. La protección

así conferida no significa justificar la extensión de la jurisdicción de los órganos judiciales sino tan sólo salvaguardar de un modo eficaz los derechos y garantías de raigambre constitucional. (CS. Tucumán, Sala Laboral y Cont. Adm., Abril 12-996). La Ley, Rep. 1997, (9).2

> Concluye Sagüés que nunca habrá una expresión ("hecho", "acción", "acto", "conducta", "decisión", etc.), que conforme unáninemente a todos. Pero lo que sí interesa dilucidar, en este punto, es la extensión del vocablo "acto", empleado por la ley 16.986, interpretándolo con el sentido más amplio posible, involucrando todo hecho positivo o negativo.

55.2 Omisión

La omisión se refiere a la falta de acciones tendientes a cumplimentar una obligación constitucional de expedirse, o a la inejecución de conductas intrínsecamente agresivas hacia los derechos de una o varias personas.

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 obligada a hacer.

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 inacción de quien debe obrar en tal sentido (v.gr.: no resolver las denuncias sobre un tema planteado oportunamente donde se afectan derechos o intereses particulares).

Las posibilidades aumentan cuando se observa el problema desde el prisma de la intervención del Estado en los actos humanos que, por vía de principio, sólo están sujetos a una autoridad moral. En estos casos, la actuación puede invadir la esfera de privacidad de alguien procurando, eventualmente de buena fe, resolver la crisis del grupo (v.gr.: la permisión de cámaras ocultas para ordenar el tránsito).

En suma, 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 del hecho omitido

> Corresponde hacer lugar a la acción de amparo interpuesta y ordenar al Estado que cumpla con el compromiso, cuando éste, a través del Ministerio de Salud y Acción Social, asumió producir la vacuna tendiente a combatir la fiebre hemorrágica argentina y no cumplió,

incurriendo en omisiones lesivas al derecho a la salud de la población, potencialmente afectada por la mentada enfermedad (CNFed. Contenciosoadministrativa, Sala IV, 1998/06/02, in re *Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social*, Doctrina Judicial 1999-2, 1199).

b) 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”.

Explica Sagüés que en este caso el problema es más complejo que en el anterior, preguntándose ¿qué ocurre si el ente requerido no adopta la decisión del caso, en el plazo fijado por el tribunal? ¿Corresponde a la judicatura dictar ella misma el pronunciamiento que la autoridad pública intimada no ha emitido, o en su defecto, qué medidas habrá de adoptar?

c) 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 (v.gr.: 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.

55.3 Autoridad pública

La Constitución permite oponer el amparo contra los actos provenientes de las "autoridades públicas", a quienes se imputa el gravamen a los derechos fundamentales.

El problema radica en la ambigüedad del término, y la distinta extensión como puede interpretarse. Podrá ser cualquier funcionario de la administración pública, sólo aquéllos que tienen facultades decisorias, los jueces y funcionarios del Poder Judicial -en la medida que también son autoridades públicas-, o todo aquél que pertenece al aparato estatal.

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".

La amplitud puede llevar a extender el derecho a límites parecidos a los del amparo mexicano. Sin embargo, no es posible pensar en semejante holgura, porque la autoridad jurisdiccional es diferente, de manera que no podría confundirse la naturaleza de los actos públicos con los emitidos por la función judicial.

> Rivas sostiene que por su propia naturaleza, el acto jurisdiccional si bien es también un acto de autoridad -desde que contiene la voluntad o *imperium* del tribunal- comprende la facultad de resolver conflictos por aplicación del derecho con virtualidad de cosa juzgada, elemento que le es propio e insusceptible de formar parte de la conducta de los otros Poderes. De tal manera, debe distinguirse el decisorio judicial del acto de autoridad al que se refiere el art. 43 y contra el cual se establece la protección".

En cambio, se admite cuando los actos emitidos por los poderes legislativo y jurisdiccional resultan propios de sus acciones administrativas.

El proceso de transformación administrativa que sufre la organización del Estado a fines del siglo XX, tras la mentada globalización que reúne los capitales en torno a la gestión privada de empresas antes 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*".

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.

> Usamos la misma expresión que Sagüés, compartiendo con él que así se evitan conflictos doctrinarios y tribunalicios acerca de la naturaleza de algunas entidades o actos emanados de ciertos entes estatales. Además, aún desempeñándose en el ámbito del derecho privado, no por eso la dependencia estatal deja de ser *lato sensu* "autoridad pública" (no privada), y de operar a menudo en condiciones superiores a las de un particular común.

Por lo demás, conviene recordar que el artículo 43 de la Constitución, interesa en la vía a tutelar a los actos provenientes de autoridades públicas o de particulares, de forma tal que se evita el conflicto diferenciado que antes existía respecto a las formas procesales que se debían asignar a cada uno (amparo o proceso sumarísimo, respectivamente).

La jurisprudencia, en líneas generales, considera que la acción de amparo no es procedente para obtener una vía más rápida o expeditiva, pero cabe admitirla cuando el órgano administrativo ha dispuesto la reducción del haber previsional establecido por una sentencia judicial que ya había sido acatada en el ámbito administrativo (CNTrab, Sala 2, Marzo 29.-994). DT, 1°-94-A, 1037.

A diferencia de la equivalente ley nacional el art. 1° de la ley 7166 de la provincia de Buenos Aires, restringe el ámbito de la acción de amparo a los actos u omisiones de órganos o agentes de la administración pública. Organos y agentes que no deben ser confundidos con la naturaleza –administrativa o no- del acto que originó la acción de amparo (SC.Bs.As., julio 7,994). LLBA, 1994-520).

La acción de amparo es el remedio adecuado para controlar el accionar de la empresa telefónica (en el caso, Telefónica de Argentina S.A.), la que dadas sus características de corporación, con un poder económico inmenso que controla -en la zona adquirida- en forma monopólica el sistema de comunicaciones, coloca al usuario en situación de desproporción y desigualdad ante las conductas que pudiera asumir aquélla, lo que hace necesario, por ende, la intervención, en tiempo oportuno, de la justicia (C.Fed. Bahía Blanca, octubre 23 - 992. - *Bertoncello, Héctor J. c. Telefónica de Argentina S. A.*, LA LEY, 1993-A, 389).

El conflicto interno y privado entre un contribuyente y la comuna trasciende la esfera privada para introducirse en el ámbito público de la municipalidad, poniendo a la vista un enfrentamiento entre sus departamentos ejecutivo y deliberativo, dado que el primero se allana a la acción de amparo interpuesta por el particular el que se cruza con la presentación del presidente del Concejo Deliberante y pone al litigio fuera del alcance jurisdiccional del juez interviniente pues, tratándose de un conflicto de poderes es de competencia exclusiva de la Suprema Corte (art 187, Constitución de Buenos Aires), (Del voto de la mayoría) (C.Crim. y Correc. Morón, sala II, agosto 25-994. - Asociación para la Rehabilitación del Niño Lisiado, LLBA, 1995-446).

Procede el amparo, por violación de la libertad de comercio al actuar los agentes de la administración pública municipal sin facultades legales para restringir preventivamente los derechos personales del actor por posibles –o no-, daños a la salud no establecidos sobre mercaderías el actor tiene derecho a seguir comercializando fuera de las secuestradas por orden judicial por denuncia de mercadería en mal estado. (C.Civ. y Com. Junín, Marzo 10-994, LLBA 1994-314).

Este campo demostrativo sobre la extensión del concepto, se limita cuando se argumenta que el amparo no permite cuestionar la validez de los actos administrativos, la que debe ser establecida mediante el recurso contencioso administrativo. (ST, Santiago del Estero, Febrero 23,993) DJ, 1994-2-412.

La razón de ser de la acción de amparo no es la de someter a la vigilancia de los jueces el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos ni el control del acierto o error con que ellos desempeñan sus funciones, ni autorizar a los tribunales de justicia a irrumpir en asuntos ajenos a su jurisdicción. (CS, Junio 29-993). DJ 1995-1-486.

55.4 Actos de particulares

Cuando el acto lesivo no proviene de alguna "autoridad pública" en el sentido amplio antes comentado, la lesión constitucional trabaja por exclusión de los sujetos para dispensar una protección exclusiva al derecho afectado.

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.

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.

Sin embargo, existen personas privadas –jurídicas o físicas- que ejercen "autoridad" y pueden someter con sus propias decisiones a otros, afectándolos en similar medida que lo haría el Estado, y provocando alguna duda –hoy inexistente en virtud del art. 43- acerca de cuál es el mecanismo de protección a elegir.

Decimos que actualmente no existe esta incertidumbre, 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.

> A sostenido Salomoni que, a contrario de la concepción imperante en el proceso de transformación estatal producido, esto es, la idea de privatización de los servicios públicos debía traer aparejada una "privatización" de la relación jurídica a entablarse entre los distintos sujetos intervinientes, se produjo, en realidad, una publicización de tales relaciones jurídicas con las consecuencias que ello implica desde el punto de vista del órgano judicial competente para la resolución de los conflictos que se generen, del régimen jurídico aplicable, de los recursos protectores, de la legitimación del usuario, etcétera.

Este supuesto se daría si a los *entes reguladores* se les tratara como órgano para el reclamo administrativo, o la pretensión procesal del usuario o administrado fuera necesaria entablarla 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.

En este aspecto se ha dicho, recientemente, que la efectiva tutela judicial de los derechos de los consumidores –en el caso, un gran número de personas afectadas por los daños provocados por las fallas producidas en el suministro de energía eléctrica- requiere que se enfaticen los mecanismos colectivos que para ello existen, a fin de resolver los conflictos que los

involucran y sin resentir el funcionamiento de los tribunales de justicia (CNFed. Civil y Comercial, Sala I, marzo 16-2000; in re *Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Edesur*, en LA LEY del 8-6-2000).

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.

55.5 Actualidad

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 abstracta pudiendo, en su caso, ser solucionada por otras vías judiciales de menor urgencia y expeditividad.

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.

El parámetro sobre la actualidad se mide al momento de dictar sentencia, de forma tal que si el daño se ha producido y el amparo ya no puede evitarlo, no será ésta la vía más idónea para reclamar la restauración constitucional.

Va de suyo que la admisión de la vía del amparo no puede fundarse exclusivamente en la opinión desfavorable que al interesado pueda merecerle el procedimiento ordinario o su celeridad, sino que es necesario conciliarlo con una ponderación objetiva, equilibrada y prudencial acerca de la idoneidad de las vías comunes (CTrab., San Francisco, junio 26-979*, De León Jiménez de Arechaga, Gonzalo*, JA, 979-IV-547).

Asimismo, no procede la acción de amparo contra el Estado por cobro de depósitos a plazo fijo, cuya extinción mediante entrega de títulos de la deuda pública fue dispuesta por el acto atacado; ello así, pues el juicio de amparo no es apto para dilucidar controversias relativas al cumplimiento de cláusulas contractuales y el cobro de sumas de dinero (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, julio 31-990*, Del Rincón, Ricardo A. c. Estado nacional*, LA LEY, 1990-D, 529).

La circunstancia de haber sido parte en el amparo las entidades depositarias de las sumas reclamadas no obsta a su procedencia tendiente a subsumir a los actores en el Decreto 591/90, pues a través de esta vía sólo se procura levantar las vallas arbitrariamente violatorias del derecho constitucional invocado. (CNFed. Contencioso Administrativo, Sala IV, Julio 11-990, La Ley 1990-D, 541).

Con precisión se manifiesta la actualidad del perjuicio y, de este modo, la admisibilidad formal y procedencia del amparo resulta incuestionable, cuando el bien jurídico afectado -la salud del recurrente- y el grave peligro que importaría mayores demoras en las largas tramitaciones burocráticas, determina que la acción judicial entablada era el único recurso idóneo al alcance del enfermo para la protección jurisdiccional de la preservación de su salud, en concreto peligro ante la injustificada actitud de la obra social (Juzg.

Criminal N° 3, Mar del Plata, mayo 3-991, *Navas, Leandro J. c. Instituto de Obra Médico Asistencial*, LA LEY, 1991-D, 79, con nota de Susana Albanese, DJ, 1991-2-673).

Pero 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 y sumarísima del amparo (CFed. La Plata, sala I, febrero 28-990*, Mosto MAT S.A. c. Banco Central y otros*, LA LEY, 1991-E, 378, con nota de Rodolfo R. Spisso).

55.6 Inminencia

La inminencia supone proximidad, cercanía o inmediatez con la producción del acto lesivo, que se funda en algo más que una mera conjetura.

Es decir, el proceso de amparo no está para dar explicaciones de carácter dogmático o esclarecedor de situaciones ambiguas en la inteligencia de un derecho o garantía previsto en la Ley Suprema. Se requiere en quien ejerza la función jurisdiccional el estudio previo de las circunstancias y su actualidad.

Lo expuesto indica porqué a través del amparo no se persiguen beneficios restitutivos, sino en la medida de la subsistencia de las conductas arbitrarias o ilegítimas.

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.

> Interesa subrayar –dice Sagüés- que la alegación y demostración del peligro inminente de daño corre a cargo del promotor del amparo. 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 (CS, Fallos, 306:506).

La presunción no basta para fundamentar la operatividad del amparo, pues los hechos inciertos o eventuales no tienen la fehaciencia necesaria que acredite la producción del acto que se pretende evitar.

En tal sentido se ha dicho que el requisito de lesión o amenaza actual o inminente, excluye la admisibilidad del amparo ante la mera existencia de opiniones o dictámenes emitidos en el procedimiento preparatorio de la voluntad administrativa, ya que ante la falta de inminencia en el agravio, el planteo del amparo es meramente conjetural (C.Fed. Contencioso-administrativo, Sala III, set. 22-988, LA LEY, 1989-B, 240).

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.

55.7 Amenaza

La otra cara del acto lesivo es la amenaza; 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 juego en peligro efectivo e inminente.

Por ejemplo, el proceso deducido por la Asociación de Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria contra el Decreto 702/95, a la cual adhirió el Defensor del Pueblo en los términos del artículo 90 inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, carece de aptitud para suscitar el ejercicio de la jurisdicción, pues al no concretar qué efectos habría de tener la concesión de lo peticionado –el cese de la intervención- sobre los intereses de los usuarios del servicio telefónico, la sentencia habría de tener un sentido meramente teórico o conjetural. Tal deficiencia no se ve superada por la argumentación referente a la eventual amenaza de que tales derechos constitucionales se vean vulnerados, pues los recurrentes no han concretado la relación existente entre el acto atacado y el riesgo de que se ocasione una lesión no definida (CS, mayo 7-998, *Consumidores Libres Coop.Ltda. de provisión de servicios de acción comunitaria,* LA LEY, 1998-C, 602).

La amenaza se puede concretar en 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.

También, es posible plantear el amparo como amenaza basada en una fuerte probabilidad de concreción, aun sin mediar el acto lesivo concreto, 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.

En los derechos de incidencia colectiva el concepto de amenaza encuentra mayores posibilidades, porque se desplaza la noción de afectación directa por la de derechos colectivos amenazados que se deben resguardar en la acción tutelar prevista.

Así se ha reconocido cuando se ha dicho que la fundación actora se encuentra legitimada para promover el juicio de amparo en cuanto a partir del texto del artículo 43 de la Constitución Nacional recibe acogida el “amparo colectivo” apareciendo en la escena jurídica nuevos tutelados constitucionales como las asociaciones que propendan a los fines explicitados en el segundo párrafo del dispositivo legal señalado, con lo cual la protección de los intereses

difusos (colectivos), en el caso del derecho a gozar de un ambiente sano y la protección del mismo, cobra impulso propio, consecuentemente no es necesario que todos los habitantes de las viviendas en que se extrajeron las muestras de agua subterránea contaminada acudan ante el órgano jurisdiccional, como damnificados directos, pidiendo medidas tendientes a la preservación del medio ambiente y la calidad de vida porque la fundación actora lo ha hecho por sí misma y estaba legitimada para ello en cuanto concierne a la protección del medio ambiente (C.Civ. y Com., San Isidro, Sala I, junio 8-998, *Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata c/ Municipalidad de Tigre y otro*, LLBA, 1998-1118).

> Desde otra perspectiva –informa Sagüés-, se ha desestimado un amparo ante amenazas no probadas, cuando una madre solicitó se comunique a la Policía Federal que no se efectivice una orden de secuestro de un menor, proveniente de un juez extranjero, si no se acredita la existencia de tal orden, ni se allegan elementos de juicio para demostrar que las autoridades locales dejarían de observar las normas que rigen la ejecutoriedad de las sentencias extranjeras, reglas que rodean de suficientes garantías a la defensa de los derechos y al resguardo del orden público interno.

55.8 Lesión, alteración o restricción

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 o 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 *lesión* significa un término genérico que abarca las derivaciones siguientes que corresponden a la alteración o la restricción. Lesionar supone ocasionar un daño específico; mientras que la *alteración* se vincula con cambios o transformaciones generados en el derecho fundamental; y *restricción* quiere decir, reducir, disminuir, impedir o limitar el ejercicio de la garantía consagrada.

Estos comportamientos pueden ser directos y expresarse en actitudes positivas que las exponga manifiestamente; o provenir de la amenaza que tenga entidad suficiente como para resultar cierta y grave.

En ambos casos, se agrega otro recaudo que es la *actualidad* del perjuicio –al que nos referimos anteriormente-, pues el gravamen debe existir al tiempo de incoarse la acción de amparo, como cuando se pronuncie la sentencia.

La jurisprudencia coincide en que la calidad del acto lesivo es una cuestión que se debe estudiar caso por caso, toda vez que el amparo es una acción de reparación o restitución de derechos constitucionales, y por ello, es el único proceso constitucional que presenta el marco adecuado para el ejercicio del control constitucional por el juez. De lo contrario, muchos actos del poder público o de particulares que se amparen en una ley, decreto u ordenanza de carácter general, no serían susceptibles de control por vía del amparo. (Juz.

Civil y Com. Nº 16, Córdoba, setiembre 18-997*, Miranda, Liliana y otros c. Municipalidad de Córdoba,* LLC, 1997-786).

55.9 Arbitrariedad o ilegalidad

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.

Ilegalidad supone algo que es contrario a la ley, y por tanto, ilícito.

Para ser ilícito un acto o hecho jurídico requiere actividad y concreción; pero también puede surgir de la amenaza o ante la inminencia comprobada que manifiesta su posibilidad de agresión.

La ilegalidad tiene así un rostro posible, y otro solapado, 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 de Derecho, en tanto es ilegal, justamente, "lo contrario a derecho".

Pero la ilegalidad puede ser manifiesta, es decir, evidente, indudable, absolutamente claro, ausente de incertidumbre alguna; o bien ser producto de una interpretación equívoca, irracional, de ostensible error, de palmario vicio en la inteligencia asignada, casos en los cuales, dicha ilegalidad asume la forma de *arbitrariedad.*

> 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.

Lo cierto es que la ilegalidad manifiesta, sea o no arbitraria, con la actual redacción en el derecho de amparo encuentra un nuevo integrante en la familia de actos lesivos posibles de provocar el gravamen constitucional.

Se ha anulado el impedimento previsto en el artículo 2 inciso d) parte final de la Ley 16.986, según la cual no se podía debatir en el proceso la inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas.

Ahora, la facultad asignada al órgano jurisdiccional indica precisamente que *"podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*", potenciando criteriosamente el poder amparista y ubicándolo como un logrado proceso constitucional.

La jurisprudencia es profusa en tal sentido:

La acción de amparo constituye una vía excepcional, que sólo procede contra todo acto u omisión de autoridad pública que amenace con arbitrariedad

o ilegalidad manifiesta los derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional, en ausencia de otro medio adecuado, o cuando la inminencia del daño haría ilusoria su reparación (CNPenal Económico, sala A, diciembre 9-993*, Halrs S. R. L.*, LA LEY, 1994-C, 16. DJ, 1994-2-29).

El requisito de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas previsto para la procedencia de la acción de amparo, 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, que se indique con precisión los derechos lesionados, resulta verosímil su existencia y pueda evidenciarse con nitidez en el curso de un breve debate. (Juz. Let. Civ. Y Com. N° 2, Trelew, Octubre 4-996).

A los fines de la procedencia del amparo, no resulta difícil pergeñar las nociones de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, pues siguiendo un criterio común, un acto concreta tales características cuando resulta contrario a derecho, en principio derecho positivo. En el dominio de los recursos extraordinarios (el extraordinario y el de amparo), ese derecho es el establecido o reconocido no por las leyes formales o materiales, sino por la Constitución y que en general es definido por la ley. (C1ª Civil, Com. y Minería San Juan, junio 20 - 991, *Berenstein, Rolando A. y otros*, LA LEY, 1991-E, 222; DJ, 1992-1-137).

La procedencia de la acción excepcional y sumarísima del amparo está condicionada a la manifiesta ilegalidad del acto impugnado. No mediando ella, la acción debe rechazarse, sin que sea necesario determinar la concurrencia de los otros requisitos establecidos por la ley o la jurisprudencia. (C1ª Civil, Com. y Minería San Juan, junio 20-991, *Berenstein, Rolando A. y otros*, LA LEY, 1991-E, 222; DJ, 1992-1-137).

El amparo sólo puede acordarse contra actos que adolezcan de manifiesta ilegalidad, porque si esta exigencia no se cumple en razón de lo opinable del tema, o de la necesidad de un debate más amplio, corresponde que éstos sean analizados con sujeción a las formas establecidas al efecto. (C1ª Civil, Com. y Minería San Juan, junio 20-991, *Berenstein, Rolando A. y otros*, LA LEY, 1991-E, 222; DJ, 1992-1-137).

El concepto de arbitrariedad –en el caso, de un acto administrativo que hizo procedente la acción 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 (C.Fed. Córdoba, Sala B, setiembre 23-997, *Sanchez, María S. c/ Universidad Nacional de Río Cuarto*, LLC, 1998-91).

> 1. Al estar comprobado la falta (maltrato por parte del alumno de los bienes del colegio -su banco y la silla-, la reacción colérica en el aula, el grosero insulto a una docente delante de sus compañeros), correspondía aplicar una sanción y no se puede afirmar que la aplicada, sea la más rigurosa del reglamento, pues se han violado todos o casi todos los deberes que el alumno y sus padres conocían o debían conocer, como reglas mínimas de la convivencia no solo escolar sino social. Es deber de la comunidad educativa (profesores, padres, alumnos y directivos) asegurar el respeto. Por tanto no aplicar una sanción que no fuese proporcional a la falta cometida, hubiese

implicado tolerar una transgresión, a quien no dio signos de arrepentimiento y con ello se perjudica al Colegio y al propio alumno en su formación moral, vulnerando con esa omisión el principio de igualdad ante la ley, principio de raigambre constitucional, pues se estaría distinguiendo al transgresor, arbitrariamente, del resto de los alumnos que respetaron y cumplieron en plenitud las normas estatutarias. (Mayoría del Dr. García Allocco)

2- El alumno de sexto año, es adolescente, pero no un niño de jardín de infantes, está en la edad, que sin la mas mínima duda tiene que tener en claro que hay valores esenciales que deben respetarse -y en esto hay una primaria responsabilidad de los padres-; que hay normas destinadas a no permitir que sean violados y que quien incurre en ese camino tiene previstas las consecuencias, dolorosas en algunos casos pero necesarias para su formación y la de los demás jóvenes del colegio. La mujer, el docente, los bienes del colegio, los símbolos patrios, sus compañeros, en ninguna época del año puede permitirse que sean agredidos. No se trata de reprimir, sino de ayudar al adolescente a que acepte la conveniencia de la autodisciplina y responsabilidad; que no reciban el mensaje que no hay límites y que el respeto es una mera declamación. (Mayoría del Dr. García Allocco)

3- La arbitrariedad aparece manifiesta al haberse sancionado al alumno con la máxima sanción que prevé el decreto ley 846/E/63, sin tener en cuenta lo que objetivamente reflejaba la documental de autos. No tiene el alumno medidas disciplinarias anteriores (léase amonestaciones). De manera que si dicha normativa (art. 113) ordena a la autoridad de aplicación que las sanciones sean progresivas, al recurrir al máximo sin regular en el tiempo - porque de eso se trata lo progresivo equivalente a oportunidad, posibilidad de corrección que se obtiene con moderación de la discrecionalidad - su efecto en proporción a los antecedentes surge por aplicar mal la ley, por ser absurda su interpretación. Por otra parte, se advierten irregularidades en el acto administrativo, tales como: la diferente calificación de la conducta en el acta y en su notificación; que el acta diga que la sanción se aplica por unanimidad y apararece rubricada por tres personas, no alcanzando la mayoría absoluta fijada por ley, convirtiendo en irregular el acta y en arbitraria la interpretación que se hizo para su formalización. Lo allí actuado no solamente es ineficaz sino que sus efectos son nulos.(Minoría del Dr. Sosa (h)).

4- El respeto mutuo entre educando y educador hace a la esencia de la educación, la que no podría ser impartida si los insultos del educando para con el educador no fueran considerados falta grave. Consentirlos, implicaría socavar los cimientos primarios sobre los que se asienta la educación, en tanto degradan el trato que requieren educador y educando, fulminando el principio de autoridad, necesario para mantener la disciplina y el orden propios de un establecimiento educativo.(Mayoría del Dr. Namur)

5- La medida adoptada se encuentra dentro de las sanciones disciplinarias establecidas en el art. 113 del decreto 846/E/63. El término cantidad progresiva, debe entenderse que ante una falta puede imponerse como sanción mas de una amonestación y su número proporcional a la gravedad de la falta cometida. Si es aceptado que por una falta pueda imponerse mas de una amonestación, nada empece que por la gravedad, se imponga el máximo de las admitidas como para que el alumno no pueda seguir siendo regular. Ello lo corrobora el inc. b del mismo art. 113 que admite, ante una falta grave, la separación transitoria del alumno del establecimiento hasta los exámenes de Diciembre. Por lo tanto la

medida no resulta ilegal. (Mayoría del Dr. Namur)

6- Si bien el procedimiento para aplicar la sanción no ha sido del todo prolijo, los pasos de aquél se han cumplido en el marco de la informalidad y dinámica propias de un establecimiento educativo, que no es un tribunal letrado ni un departamento especializado del estado. Por ello, no puede exigirse a las autoridades de un centro educativo, que manejen necesariamente una materia particularmente compleja, una fundamentación y una motivación de magnitud y precisión tal como se exige para fundamentar los actos administrativos del Estado en su relación con los administrados. Como derivación de lo expuesto, el acta aparece suficiente, cuando reúne las condiciones mínimas necesarias, dejándose constancia de la asistencia del Cuerpo de Profesores, quienes registran su asistencia con la firma; constando la ausencia de uno solo de ellos cuyo nombre se aclara y el tenor de las deliberaciones y lo que se resuelve, que es adoptado por unanimidad de los presentes, cumplimentando así el requisito de la mayoría prevista en la reglamentación (mayoría absoluta); lo que es puesto oportunamente en conocimiento de los interesados, quienes pudieron hacer valer sus derechos. (Mayoría del Dr. Namur) (*CC Fam. y Trab. Marcos Juárez. 17/12/99."Volta, Néstor R. y otra c/ Escuela Normal Superior –Amparo- Apelación").*

La arbitrariedad concluye en el sentido de falta de justicia, es decir, en la exposición de que una conducta arbitraria es 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.

A su vez, la ilegalidad del acto radica en la oposición que expone frente a normas de rango superior y, especialmente, a la Constitución Nacional, no obstante diga o mencione su apoyo en otras leyes (son, en términos del recurso extraordinario, las cuestiones federales que motivan la admisión del mismo).

55.10 Ilegitimidad

Para Sagüés, la legitimidad es un concepto más amplio que la legalidad, porqué agrega un juicio de justificación de algo o de alguien, y ello ocurre cuando de manera plena se conjugan tres condiciones: que la conducta estudiada sea sustancialmente justa (justificación en función de los valores), lícita (justificación por la legalidad), y socialmente aceptada (justificación social).

De acuerdo con el autor, el amparo previsto en la Ley 16.986 permite considerar actos ilegítimos, merced a la idea de arbitrariedad, y por una interpretación extensiva de los derechos protegidos por el amparo (que son los derechos constitucionales, los que incluyen a la dignidad del hombre y excluyen la ilegitimidad o injusticia en el comportamiento estatal).

En cambio, Rivas considera que el concepto de ilegitimidad se encuentra comprendido en el de legalidad, pues el amparo protege derechos implícitos y explícitos, de allí que lo ilegítimo pueda provenir de las conductas que se controlan a través del amparo.

En tercería compartimos las ideas de uno y otro, pero es preciso formular algunas distancias.

Es verdad que la ilegitimidad supone calificar algo más que la simple ilegalidad: al hecho comprobado de la actitud contraria a derecho, se analiza la racionalidad de la decisiones, la valoración efectuada, las proyecciones que tiene, los efectos que produce y, en suma, la justicia que del acto surge.

Pero también es cierto, que muchas veces un acto lesivo surge de comportamientos ajustados a derecho que siendo legales (por su encuadre *de iure*) son ilegítimos por no estar respaldados por la razonabilidad y criterio de justicia que todo acto constitucional porta intrínsecamente.

Por ejemplo, el artículo 36 cuarto párrafo que sostiene el derecho de *"todo ciudadano a resistir contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo"*, determina una cuestión de legitimidad republicana, más que de legalidad sistemática.

El amparo por omisión de dictar las normas reglamentarias que la Constitución manda sería bastante para acordar derechos sustentados en la dimensión tuitiva del artículo 43, pero no por la ilegalidad, sino por ilegitimidad. Se califica la conducta y sus efectos perniciosos, más que el hecho negativo causante de la omisión.

> También es posible identificar ilegitimidad con arbitrariedad, como sinónimo de injusticia, tal como dice Bidart Campos, pues la distinción permite que el amparo proceda contra actos legales pero irrazonables, sea porque a pesar de tener sustento en la ley se aparta absurdamente de ella, o porque en la misma ley en que se apoya existe el vicio de arbitrariedad.

En la jurisprudencia se ha sostenido:

En materia de amparo, el vocablo “ilegitimidad” se utiliza para calificar a los actos susceptibles de ser atacados por esta vía, siendo esta voz de una significación más amplia que la de ilegalidad, en tanto no apunta a la conformidad del acto con la ley material sino que señala la justificación del acto, en definitiva la “justicia” del acto concepto que está cubierto en la letra del texto constitucional –tanto nacional como provincial- con la voz arbitrariedad.

La arbitrariedad, en definitiva, se hace presente en aquellos actos que aunque legales carecen de justicia, por ser “contrarios al derecho fundamental que está insito en los principios constitucionales sobre garantías individuales, en la declaración de los derechos humanos y en las reglas de la lógica jurídica aplicables a los derechos fundamentales” (Juzg. Letr. Civil y Comercial nº 2, Trelew, firme, setiembre 3-997, *Pira, Francisco c/ Municipalidad de Trelew*, LA LEY, 1998-B, 331).

El amparo sólo procede cuando el acto impugnado adolece de arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas y en la medida en que se demuestre la existencia de un daño concreto y grave, que sólo pueda ser reparado eventualmente acudiendo a esa acción. (Del voto del doctor Belluscio, CS, noviembre 21-989, *Arena, María y otro*, LA LEY, 1990-C, 15).

La declaración de inadmisibilidad del amparo no importa prejuzgar sobre la legitimidad de la pretensión de fondo, ni cercena el derecho a reclamar por otras vías la defensa de los derechos que se suponen vulnerados. (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, marzo 22-991, *Alcon Laboratorios*

Argentina S. A. c. Estado Nacional -Ministerio de Salud Pública, LA LEY, 1991-D, 374 DJ, 1991-2-734).

En materia de amparo, más que en ninguna otra, debe destacarse la importancia del "caso concreto" ; ello determina que las pautas primarias de procedencia de esta vía deben adaptarse a las particulares circunstancias de cada asunto, las que pueden ser determinantes de una variada solución. (TS Córdoba, sala civil y com., marzo 5-991*, Conet c. Cooperativa de Luz y Fuerza de Villa de Soto*, LLC, 1991-970).

El éxito de la acción de amparo requiere que el acto de la autoridad pública cuestionada esté viciado de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, individualizándose con precisión el o los derechos lesionados, resultando verosímil su existencia, no apareciendo otros que permitan obtener la protección. (C.Fed. San Martín, sala I, enero 5-990, *Gómez, Juan J.*, LA LEY, 1994-C, 566, J. Agrup., caso 9723).

55.11 Gravedad manifiesta

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, revestir de una gravedad evidente, sin lo cual no era posible admitir la acción en virtud de necesitar mayor debate y prueba.

En este sentido, se ha sostenido que 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 y sumarísima del amparo. (C.Fed. La Plata, sala I, febrero 28-990, *Mosto MAT S.A. c. Banco Central y otros*, LA LEY, 1991-E, 378, con nota de Rodolfo R. Spisso).

La actual redacción del artículo 43 impide confusiones: “todo acto u omisión” que importa una restricción, lesión, alteración o amenaza tiene en sí misma 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.

Un ejemplo jurisprudencial sirve para demostrar como funcionaría este recaudo. Se ha dicho que es procedente el amparo en el caso de incomunicación y amenaza de suprimir el servicio telefónico por parte de la demandada, pues resulta el remedio apropiado para asegurar el respeto del Reglamento General de Clientes. Ante la inminencia de la amenaza de dar de baja definitivamente el servicio telefónico y la existencia de lesión actual en el bloqueo de llamadas, el usuario encuentra protección en la norma Constitucional, artículo 43 (C.Fed. Civil y Comercial, Sala 2ª , diciembre 23/997, *Barrenechea c/ Telecom Argentina*).

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.

A falta de prueba directa del conocimiento por parte del amparista de la negativa a prestar el servicio de telefonía móvil en la fecha que manifiesta la demandada y en ausencia de indicios graves, precisos y concordantes, con fuerza independiente, que permitan aseverar la existencia de ese conocimiento en esa fecha, el rechazo de la acción por extemporánea carece de sustento y debe revocarse pues las presunciones deben ponderarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica y las mismas deben estar avaladas por indicios que permitan prudentemente pasar de un hecho conocido a uno desconocido, operación que en la causa no se puede efectuar ya que los indicios solo permiten un juicio de mera probabilidad y no de certeza (*C2ª. CC Córdoba, Trib. de origen: Juz. 12ª. CC Cba. "Montoya, Gustavo Hugo c/ C.T.I. Norte Cía. de Telef. del Interior s. Amparo") .*

56. Supuestos de improcedencia

Inmediatamente después de la reforma constitucional, la doctrina más autorizada manifestó su preocupación por la presunta “ordinarización” del juicio de amparo, al cual se le quitaba el carácter extraordinario y contingente, 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 de amparo.

El problema de la vigencia de la Ley 16.986 no es tan grave cuando se trata de analizar que causas pueden encontrar respuesta y solución a través de la garantía procesal. Ello, claro está, en la medida que se considere a esta como de operatividad inmediata, directa, para ser el proceso rápido y expedito que se consagró en el art. 43 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, hay actos que por su condición escapan o eluden la posibilidad de control, sin que la excepción menoscabe el principio antes mentado.

Por ejemplo:

La existencia de otras vías procesales administrativas y ordinarias no obsta a la admisibilidad del amparo, cuando la arbitrariedad o ilegitimidad del acto impugnado aparece manifiesta de las actuaciones, como asimismo el daño grave que causaría remitir el examen de la cuestión a dichos procedimientos (CFed. Resistencia, octubre 24-991*, Paggi de Vallebella, Ofelia c. Telecom Argentina*, LA LEY, 1992-C, 521 - DJ, 1992-2-488.

El recurso de amparo constituye un remedio de carácter excepcional, procedente cuando frente a un agravio constitucional no existen otros remedios idóneos de reparación eficaz (CFed. Mendoza, sala A, febrero 21-992, *Soler, Leopoldo*, LA LEY, 1992-C, 172 - DJ, 1992-2-129.

En materia de amparo, más que en ninguna otra, debe destacarse la importancia del "caso concreto" ; ello determina que las pautas primarias de procedencia de esta vía deben adaptarse a las particulares circunstancias de cada asunto, las que pueden ser determinantes de una variada solución (TS

Córdoba, sala civil y com., marzo 5-991*, Conet c. Cooperativa de Luz y Fuerza de Villa de Soto*, LLC, 1991-970.

Los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia a fin de no decidir por el sumarísimo procedimiento del amparo, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver con los procedimientos ordinarios. (C1ª Civil, Com. y Minería San Juan, junio 20-991*, Berenstein, Rolando A. y otros*, LA LEY, 1991-E, 222 DJ, 1992-1-137.

El amparo sólo puede acordarse contra actos que adolezcan de manifiesta ilegalidad, porque si esta exigencia no se cumple en razón de lo opinable del tema, o de la necesidad de un debate más amplio, corresponde que éstos sean analizados con sujeción a las formas establecidas al efecto. (C1ª Civil, Com. y Minería San Juan, junio 20-991*, Berenstein, Rolando A. y otros*, LA LEY, 1991-E, 222 DJ, 1992-1-137

La función jurisdiccional y así también la administrativa no cumplen sus objetivos cuando no están provistas de los procedimientos conducentes, o cuando el órgano competente no se pronuncia en tiempo oportuno. En consecuencia, cuando los procedimientos previos o las vías paralelas y concurrentes no son hábiles para reparar el agravio y el tránsito por los mismos puede traer aparejado un mal grave irreparable, la vía del amparo se abre con prescindencia de todo trámite previo. (Del voto en disidencia del doctor Billordo). (C1ª Civil, Com. y Minería San Juan, junio 20-99,*Berenstein, Rolando A. y otros*, LA LEY, 1991-E, 222 DJ, 1992-1-137.

Si bien la acción de amparo no procede cuando existe vía legal apta para la tutela del derecho que se dice violado, no es menos cierto que cuando los otros procesos no pueden resultar eficaces corresponde acceder a esta acción excepcional. (De la sentencia de primera instancia). (C.Fed. La Plata, sala I, febrero 28 - 990, *Mosto MAT S.A. c. Banco Central y otros)* LA LEY, 1991-E, 378, con nota de Rodolfo R. Spisso.

Los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia a fin de no decidir por el sumarísimo procedimiento del amparo, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver con los procedimientos ordinarios. (C1ª Civil, Com. y Minería San Juan, junio 20-991, *Berenstein, Rolando A. y otros*), LA LEY, 1991-E, 222 DJ, 1992-1-137.

La acción de amparo reglada en la ley 16.986, es un proceso excepcional, sólo utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, requiriendo para su apertura circunstancias de muy definida excepción, tipificadas por la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad e ilegalidad manifiestas que configuren, ante la ineficiencia de los procesos ordinarios, la existencia de un daño concreto y grave sólo eventualmente reparable por esa acción urgente y expedita. (CNFed. Contencioso administrativo, sala IV, mayo 31-991*, Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Obras Sanitarias de la Nación)*, LA LEY, 1992-A, 211.:

Como se observa del resumen anterior, 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.).

No obstante, existe una pauta común para observar las causas de cada exclusión, a saber:

56.1 Actos provenientes del Poder Judicial.

La actividad jurisdiccional del Estado, impartida a través de los jueces no puede controlarse a través del amparo.

Fue señalada con anterioridad la diferencia en el concepto de "autoridad pública" y los efectos siguientes al acto procesal más importante como es la sentencia, siendo bastantes para demostrar el rol diverso al sistema de control que contrae la defensa constitucional.

De todas maneras, la garantía procesal que se incorpora al texto fundamental cambia de alguna forma las cosas, pues la tradición jurisprudencial hasta ahora vigente había tomado en cuenta, para dicho desplazamiento del amparo en la órbita de los actos del Poder Judicial, la circunstancia de contar el recurrente otras actuaciones para impugnar el vicio (incidentes, recursos, etc.), y la necesidad de resguardar la institución de la cosa juzgada como basamento de la seguridad jurídica.

La novedad constitucional 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 actualmente, 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 se han dictado.

> Bien concluye Sagüés que, de acuerdo con la doctrina emergente del caso "Kot" "el amparo debe ejercerse en cualquier esfera, como último remedio, siempre que se den las particulares y excepcionales condiciones para su procedencia. En tal sentido, y con referencia a los amparos contra el Poder Judicial, es sensato aconsejar, como lo hicieron algunos proyectos, que se interponga ante el superior, y que prospere únicamente cuando no haya otros recursos o trámites eficaces para reparar el derecho vulnerado, etcétera. Tal reglamentación, por parte de la ley ordinaria, hubiera sido justificada y recomendable. No así, en cambio, la eliminación del amparo en un sector del quehacer jurídico, como es el judicial".

El artículo 43 asigna al amparo la condición de proceso "rápido, expedito e idóneo" para resguardar los derechos y garantías implícita o explícitamente reconocidos en la Constitución, las leyes y tratados.

Insistimos en recordarlo porqué el marco que propicia para el juicio, propiamente dicho, es diferente del que surgía de la Ley 16.986.

Una modificación interesante a tener en cuenta llega de las nuevas reglas del debido proceso constitucional, que vimos en los primeros capítulos. Allí no se pretende desvirtuar el alcance tradicional de la defensa en juicio ni el corset predispuesto en la jurisprudencia constante que sobre el tema se ha elaborado; simplemente se trata de considerar que si el acto de la jurisdicción es en sí misma arbitraria o manifiestamente ilegal (por ejemplo, actuando sin

jurisdicción ni competencia) el afectado tiene derecho a reclamar por la plena vigencia de sus derechos.

Nos referimos a actos de juzgamiento, no de procedimiento que pueden encararse por las nulidades procesales (así la Corte ha cuidado el principio de impedir que un magistrado disponga la libertad de un detenido que se encontraba a disposición de otro juzgado, aun mediando demora en el acto formal de traslado o delegación de la competencia; como ha resuelto también –sobre la base de la gravedad institucional- la suspensión de un procedimiento por el cual se había ordenado el reemplazo de un Juez de un tribunal superior de provincia –CS, setiembre 16-999 in re *Superior Tribunal de Justicia de Formosa*).

> Interpreta Sagüés que si hay lesión a los derechos esenciales de la persona, y no hay trámite que resuelva idóneamente el problema, debe operar el amparo, sin tener en cuenta "el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos, en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados" (Cfr. Fallos, 241:291)

En caso de dudas sobre la idoneidad de las vías concurrentes, y frente a tener que resolver sobre la admisión formal del amparo, creemos debe estarse en favor de la eficacia de la acción intentada (*in dubio pro actione*), pues ese es el deber de colaboración que la Constitución pide a los jueces, para realizar suficientemente la defensa y eficacia de la Carta Suprema.

No es otra cosa que otorgar la inteligencia más favorable al derecho constitucional, restringiendo las causas de rechazo a los límites de lo absolutamente insuperable.

En cambio no hay inconvenientes en aceptar el amparo contra actos del Poder Judicial en ejercicio de funciones administrativas.

56.2 ***Aplicación de la ley de Defensa Nacional.***

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.

Más allá del desuetudo de esta norma que permite sostener su inaplicabilidad, aflora el problema si fuera extendida aquella doctrina respecto a otros actos dictados en situación de emergencia nacional.

En tal sentido, la imposibilidad surge explícita del artículo 36, 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..."*.

> La ley 23.554, que sustituye a la ley 16.970 –dice Sagüés-, instrumentó un nuevo sistema de preparación, ejecución y control de la defensa nacional (art. 1º). La ley regula la finalidad y la estructura del sistema de defensa (arts. 8º y 9º) y organiza un servicio de defensa nacional, formado por "todas las personas de existencia visible y/o jurídica sujetas a las leyes argentinas", comprensivo del servicio militar y del servicio civil de defensa (art. 25º). En consecuencia, pueden constatarse –jurisprudencia mediante- las

> siguientes conclusiones: 1º) la excepción del art. 2º inciso b de la ley 16.986, opera únicamente cuando el acto impugnado, ha sido adoptado por expresa aplicación de la ley 16.970, invocándose tal circunstancia en el mismo acto, y 2º) no basta con alegar que un acto de la autoridad se funde en tal norma, para que automáticamente quede exento del amparo: es necesario, además, que dicha decisión sea dictada por la autoridad competente y de conformidad con lo estatuido por dicha ley 16.970.

56.3 ***Afectación de servicios públicos o actividades esenciales del Estado.***

Esta reserva tan cuestionada en su momento, vela su permanencia en la actual interpretación judicial, pues la literalidad del artículo 43, constitucional, no permite afirmar que este obstáculo haya sido eliminado.

Un servicio es público no por el agente que lo realiza sino por la característica de la prestación. Interesa al conjunto social y se regula administrativamente.

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 alterar la prosperidad del amparo.

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.

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.

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.

> 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.

Ahora bien, el cuadro descripto por la Ley federal de Amparo se debe espejar 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, que subsiste la vigencia de este recaudo de admisión.

Luego de la reforma constitucional, la jurisprudencia ha manifestado que resulta manifiestamente improcedente aplicar la exigencia de agotar la vía administrativa a los efectos de analizar la procedencia formal de la acción de amparo incoada contra el Estado Nacional y la empresa prestataria del servicio telefónico a fin de que se declare judicialmente la improcedencia de modificación por parte del Poder Ejecutivo Nacional de la estructura tarifaria aprobada mediante decreto 92/97 y la aplicación de un régimen jurídico distinto al allí previsto o de toda conducta de administración particular de la empresa co-demandada que pueda generar el cambio referido (Juzg. Federal nro.1, Córdoba, 13/2/97, *Tognarelli, Héctor Daniel c/ Edo. Nacional y Telecom SA*- Amparo, ED , del 27/5/97, pág.1 y ss.).

Allí mismo se agregó que no correspondía exigir el agotamiento de la vía administrativa, como requisito de procedencia de la acción de amparo, cuando es inminente el dictado de una acción administrativa que puede modificar el sentido de una regulación que se defiende como actividad propia e inherente al Poder Administrador Nacional, y a la Secretaría que la representa en la materia específica.

Si el paso por las vías previas se aplica, es evidente que no se dejan alternativas recursivas eficaces ante la misma administración central.

> En casos en que, como ha ocurrido con el decreto 92/97, se ha regulado una materia que estaba pendiente de reglamentación en virtud del contenido programático del antecedente legal que exigía la conducta administrativa del poder administrador central (art. 4º., ley 19.798), procede establecer si una eventual predeterminación al Ejecutivo Nacional por via de reclamos más o menos significativos, puede razonable y acertadamente generar un criterio de cambio, modificación, alteración o restricción al acto administrativo que se defiende; y si en esta conducta se compromete el correcto ejercicio de la potestad del Estado, a punto de resultar necesario y procedente el posible control jurisdiccional de legalidad y constitucionalidad de la variante que como contingencia se entiende previsible.

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 decreto en cuestión, se interpreta como suficientemente razonable el temor o la situación de incertidumbre que acarrea la ingente reacción de un sector de la comunidad, y que podría determinar en la medida administrativa ya asumida, los cambios que se pretenden evitar.

> En síntesis, el procedimiento de amparo utilizado a fin de que se declare judicialmente la improcedencia de modificación por parte del Poder Ejecutivo Nacional de la estructura tarifaria aprobada mediante decreto 92/97 y la aplicación de un régimen distinto al allí previsto, o de toda conducta de administración particular de la empresa prestataria del servicio telefónico que pueda generar un cambio, es el

> método previsto legal y constitucionalmente, porqué asigna un trámite judicial que resuelve eficazmente la pretensión jurídica en tiempo y forma, y permite una sentencia que no sea ilusoria e inoportuna, suspendiendo primero- medida cautelar- y eventualmente impidiendo después -sentencia- la continuidad de la situación lesiva consistente en generar incertidumbre y preocupación por la cuestionada viabilidad de la conducta administrativa.

En otra causa se analiza el supuesto previsto por una reglamentación interna que establece un recurso del afiliado contra medidas dispositivas de la entidad a la que pertenece. En este caso se plantea si esa vía administrativa impide la acción de amparo.

Allí se dijo que, si bien el estatuto de la asociación mutual demandada prevé un recurso que puede interponer el socio afectado en sus derechos por decisiones de la Comisión Directiva, la existencia de esa vía estatutaria no obsta a la admisibilidad de la acción de amparo interpuesta ante la omisión de la mutual de brindar cobertura médica a la actora, pues está lejos de satisfacer el requisito de prontitud y eficacia previsto en la norma constitucional. En consecuencia, dada la gravedad e inminencia del perjuicio a la vida y a la salud de la actora, la cuestión no podía sustanciarse por otro proceso que no fuera el amparo (CApel. Noreste, Chubut, Octubre 31/996, in re*: "Perdomo, Delia c/ Mutual Gaiman"*, Suplemento de Derecho Constitucional, Rev. La Ley del 20/6/97).

> En líneas más generales, el concepto de servicio público que se interpreta a través del amparo queda manifiesto en la jurisprudencia siguiente:
>
> Respecto a la improcedencia formal del amparo por encontrarse ante un servicio público, lo que vedaría la intervención judicial mediante este proceso sumarísimo (art. 2°, inc. c de la ley 16.986) carece de andamiento puesto que en efecto, al formular esta argumentación la propia demandada está reconociendo que no se trata estrictamente de un servicio público -lo califica de servicio público impropio o actividad esencial del Estado- y ello lleva a decir que lo impropio es aquello "falto de las cualidades convenientes" o "ajeno de una cosa o circunstancias, o extraño a ellas". Por lo tanto, aun admitiendo que fuera un "servicio público impropio" (*contradictio in terminis*), carece de las cualidades de lo que estrictamente debe entenderse por "servicio público" (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, junio 13-985, *Peso, Agustín C. c. Banco Central*), LA LEY, 1985-C, 374, DJ, 985-45-454, ED, 114-236.
>
> La interpretación del art. 2°, inc. c), de la ley de amparo, debe ser restrictiva, desde el momento en que represente una excepción a la procedencia de esta particularísima acción tendiente a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana receptados constitucionalmente. Lo que consagra a un Estado democrático no es la inscripción de la libertad en su texto fundamental sino su vigencia, y en este terreno es la acción procesal el elemento que, en muchos casos, puede afirmar el derecho, el medio de hacerlo valer y la vía para demandar su amparo (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, junio 13 - 985, *Peso, Agustín C. c. Banco Central*), LA LEY, 1985-C, 374, DJ, 985-45-454, ED, 114-236
>
> Si la Secretaría de Estado de Transportes y Obras Públicas ha decidido aprobar lo actuado en un expediente administrativo y otorgar permiso por el término de cinco años a dos empresas para prestar el servicio público de autotransporte de que se trata con las

modalidades que surgen de la resolución respectiva, el amparo incoado por otra empresa ha perdido virtualidad si estuvo dirigido a examinar si el procedimiento seguido por aquella Secretaría al negarse a indicar cuáles serían los parámetros o pautas bajo las cuales se efectuarían la adjudicación se ha ajustado o no a derecho, y no -obviamente- a atacar concretamente la decisión final -sobreviniente- adoptada por el organismo, resultado al que, por lo demás, llega, según surge claro de las actuaciones anexas, mediante la ponderación de un conjunto de indicadores (v.gr.: capacidad operativa, utilización del parque, capacidad financiera, índices de complementación, grado de responsabilidad), con el respectivo puntaje asignable a casa uno (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, marzo 12-982, *Compañía Colectiva Costera Criolla, S. A. c. Gobierno nacional -Ministerio de Economía-*), LA LEY, 1983-B, 757 (36.341-S),

Atendiendo a la situación planteada, susceptible de ocasionar un daño grave y permanente, la justicia no puede dejar de actuar por vía de amparo, aun cuando exista la posibilidad de acudir a procedimientos administrativos, ya que plenamente justificado resultaba que O. S. N. ejerciera -aun de oficio- sus facultades, dado que por la índole de la emergencia, la dilación a causa de aquellos trámites puede conducir a que se frustren los derechos invocados. En este aspecto debe observarse que la posición de O. S. N., al negarse a actuar pese a su conocimiento de los hechos, permite se descarte que el agotar un reclamo administrativo ante ello hubiera podido tener el efecto y la eficacia requeribles en el caso (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, setiembre 8-981, *Borensztejn y Gicovate, S. A. c. Obras Sanitarias de la Nación*), LA LEY, 1982-C, 17 - BCNFed., set. 981-104, núms. 209, 210 ; 105, núms. 211 - JA, 982-II-402 - E. D. 97-292.

Demandada en forma directa la actividad de Obras Sanitarias de la Nación tendiente a eliminar las filtraciones denunciadas, ningún agravio le causa que se le haya impuesto en el sub júdice, proceda sólo a ejercer su facultad de intimación, lo que constituye el paso previo para su posterior accionar en la emergencia, en los términos de la ley orgánica que la rige (Se admitió un recurso de amparo contra O. S. N., para que dicho organismo intimase a un consorcio a subsanar filtraciones que afectaban o otro edificio).(CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, setiembre 8-981, *Borensztejn y Gicovate, S. A. c. Obras Sanitarias de la Nación*), LA LEY, 1982-C, 17 - BCNFed., set. 981-104, núms. 209, 210 ; 105, núms. 211 - JA, 982-II-402 - ED, 97-292.

La protección de los derechos por medio del amparo no excluye sino el relativo a la libertad individual, protegida por una vía específica (hábeas corpus). Y en las circunstancias del caso no cabe sino admitir que el derecho de propiedad y aun la seguridad física de los ocupantes del inmueble y sus inmediaciones, se encuentren amenazados en forma a raíz de haber omitido O. S. N. una acción inmediata y adecuada a los hechos, habida cuenta de no resultar controvertido que de ellos se informó en su oportunidad (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, setiembre 8-981*, Borensztejn y Gicovate, S. A. c. Obras Sanitarias de la Nación),* LA LEY, 1982-C, 17 - BCNFed., set. 981-104, sums. 209-105, núm. 211 - JA, 982-II-402 - E. D., 97-292

La preterición de la actuación administrativa, que hubiese permitido al abonado de ENTel. recurrente hacer valer sus derechos ante la cuestión suscitada (decreto 2772/61), obsta indudablemente a la procedencia de la acción excepcional de amparo intentada ante la

falta de prestación del servicio (art. 2°, a ley 16.986) (CNFed., sala I civil y com, octubre 3-980, *Schvarzberg, Oscar S.*), LA LEY, 1981-B, 398

El planteo de un abonado de ENTel. por falta de prestación del servicio no es revisable, en el caso, en la instancia de excepción de la acción de amparo, al no mediar arbitrariedad o un palmario desconocimiento de garantías o principios constitucionales (CNFed., sala I civil y com., octubre 3-980, *Scharzberg, Oscar S.*), LA LEY, 1981-B, 398

Pese a estar reconocido la notoria insuficiencia con que se presta al actor el servicio telefónico de que es titular, no procede la acción de amparo si no se exhibe de modo indudable que en la corrección de las fallas técnicas que se invocan haya mediado una omisión o demora que pueda tildarse de manifiestamente arbitraria. Si bien se trata, en las condiciones apuntadas, de una restricción cierta en cuanto al uso de un medio de comunicación, ello no basta para que se acuda en la emergencia a la vía excepcional del amparo, al no haberse demostrado que el proceder de la demandada no se adecuase a las circunstancias y sería menester, para tachar de arbitraria tal conducta, una prueba cuya producción excede las posibilidades de la vía elegida (CNFed., sala III contenciosoadministrativo, agosto 27-980, *Maciel, Juan A. c. Empresa Nac. de Telecomunicaciones)*, LA LEY, 1981-A, 270 - BCNFed., agosto 980-84, núm. 219 - JL, 980-3-195

No debe acudirse a la vía de amparo cuando la intervención de los jueces puede llegar a constituir una perjudicial interferencia en la prestación de un servicio público, toda vez que la conducta que se pretende enjuiciar aparece vinculada con complejos problemas técnicos cuya prueba escapa al marco de la acción sumarísima (CNFed., sala III Contenciosoadministrativo, agosto 27-980*, Maciel, Juan A. c. Empresa Nac. de Telecomunicaciones*), LA LEY, 1981-A, 270 -BCNFed., agosto 980-84, núm. 219 -JL, 980-3-195.

Aun cuando se considerase los reclamos administrativos ante ENTel como encuadrados dentro del marco del decreto, el accionante ha omitido, en el caso, continuar el procedimiento establecido en dicho reglamento, lo que le hubiera permitido hacer valer sus derechos, circunstancia que también obsta a la procedencia de la acción de amparo intentada (CNFed., sala II civil y comercial, julio 24-980, *Cabanellas, Guillermo c. ENTel*), LA LEY, 1980-D, 38

Si ENTel. ha privado de un servicio telefónico recurriendo para ello, en forma arbitraria, a vías de hecho, el acto ejecutado en tal sentido debe reputarse que en forma actual lesiona y restringe, con arbitrariedad manifiesta, garantías reconocidas a los habitantes del país por la Constitución Nacional (CFed. Resistencia, marzo 1-979, *Aguilar, Ricardo N.*), JA, 979-IV-212

Atento la entidad que significa la defensa constitucional del derecho de propiedad -en el caso se trata del cobro excesivo por prestación del servicio telefónico-, resulta necesario dar traslado a la contraparte y abrir la causa a prueba a efectos de que ENTel tenga oportunidad de acreditar la exactitud de sus facturaciones. Ello así, no corresponde el rechazo "in limine" de la acción de amparo interpuesta con base en el art. 3° de la ley 16.986 CS, agosto 22-989*, Rimondi, Ernesto*), LA LEY, 1989-E, 523, con nota de Alí Joaquín Salgado.

Cabe reconocer al fuero contencioso administrativo federal competencia respecto al amparo interpuesto contra la empresa de servicios telefónicos, pues la amplitud de las cláusulas de los decretos 62/90 y 1185/90, -referidos a las bases y condiciones para

el llamado a la licitación internacional a efectos de la privatización del servicio telefónico-, no autoriza a distinguir en cuanto a la prestación de los servicios entre licenciatarios y usuarios (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, agosto 27-991*, Viola de Fischer, Ofelia A. c. Telefónica de Argentina S. A.*), LA LEY, 1992-B, 272 - DJ, 1992-1-990 - ED, 145-352.

Más allá de la titularidad y jerarquía de los derechos que se reputan lesionados, la realidad justiciable pone de manifiesto un verdadero conflicto entre ambos municipios en el que la disputa versa sobre el interés y potestad de mantener o modificar dentro de cada jurisdicción, contradictoriamente, el recorrido o itinerario de un servicio de transporte interurbano de pasajeros, o sea, en definitiva, un servicio público ; siendo así, el amparo no es el ámbito propio para el debate de la situación expuesta, habiéndose previsto en cambio, en forma específica, que controversias de esta índole son de competencia originaria y exclusiva del Tribunal Superior de Justicia "en pleno", según se desprende del texto categórico del art. 165, inc. 1-c), de la Carta Magna provincial (C.Acusación Córdoba, octubre 25-990, *Blanco, Emigdio J. por: Municipalidad de Malvinas Argentinas c. Municipalidad de Córdoba*), LLC, 1991-627.

Es procedente la acción de amparo interpuesta a fin de que la empresa prestadora del servicio telefónico mantenga la provisión del mismo (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, febrero 4-994, *Pulenta de Dantur, Marta R. c. ENTel.*), LA LEY 1995-B, 236, con nota de Juan de Dios Cincunegui. - DJ, 1995-1-873.

Hasta tanto se dicte la legislación a la que remite el art. 42 párr. 3º de la Constitución Nacional, la acción de amparo promovida en defensa de los consumidores y relacionada con los servicios públicos debe ser enjuiciada con arreglo a las soluciones del ordenamiento vigente (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, octubre 20-995, *Consumidores Libres Coop. Ltda. c. Estado nacional*), LA LEY, 1995-E, 470, con nota de Juan Carlos Cassagne.

Aun cuando la actora no haya agotado la vía administrativa, la interpretación armónica de los arts. 66 y 70 de la ley 24.076, permite concluir que el Fuero Federal Contencioso Administrativo es competente para entender en las acciones de amparo contra la empresa Metrogas S. A. (CNCiv., sala F, setiembre 15-995, *Calistan S. A. c. Metrogas S. A.*), LA LEY, 1996-A, 537.

Resulta competente la justicia local para entender en la acción de amparo incoada por la empresa concesionaria del servicio público de electricidad contra el acto de clausura realizado por la municipalidad, por no contar con la habilitación correspondiente y en ejercicio del poder de policía y según normas constitucionales y legales que rigen la actividad municipal (CFed. La Plata, sala II, setiembre 9-993, *Edesur S. A.*), ED, 158-428.

Toda la actividad del Estado es susceptible de ser calificada como servicio público en sentido amplio, por lo que de no adoptarse alguna calificación, el inc. c) del art. 2º de la ley 16.986 implicaría la derogación lisa y llana de la ley que lo contiene (CNTrab., Sala de feria, enero 24-997, *Confederación General del Trabajo de la República Argentina c. Estado nacional -Poder Ejecutivo nacional-*), DT, 1997-A-506.

La síntesis jurisprudencial permite observar un esquema de análisis en la admisión del amparo vinculado con esta restricción:

- No procede el amparo si se pone en riesgo la *regularidad* del servicio

- No procede el amparo si se afecta la *eficacia* del servicio público
- No procede el amparo si impide la *continuidad* del servicio público
- 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.

> La prestación de servicios públicos –entre ellos, los médicos, los domiciliarios, etc.- tienen una regulación bastante detallada en la Ley 24.240, sus modificaciones y reglamentación. En cada caso, el proceso de amparo es la vía por excelencia. Dice Nicolau que estos servicios satisfacen necesidades básicas de la sociedad moderna, por lo cual su correcta prestación deviene imprescindible. La acción rápida y expedita del amparo podrá ser interpuesta cuando el servicio se interrumpa o se preste en malas condiciones por causas no debidamente justificadas. El art. 30 de la ley 24.240 presume que la causa es imputable al prestador, y aunque le concede un plazo de 30 días para demostrar que la interrupción o alteración no le es imputable, ese plazo es a los efectos de resolver las cuestiones de facturación y pago. Respecto de la rehabilitación correcta del servicio, si la empresa no cumple, siendo ello posible, el usuario estaría habilitado para interponer el amparo.
>
> Asimismo, la acción del art. 43 resulta útil para hacer cesar la interrupción del servicio público domiciliario cuando la empresa prestataria alega algún incumplimiento del usuario que ella misma no puede acreditar. Cuando hay interrupción arbitraria del servicio y no puede obtenerse su rehabilitación por otros medios se puede recurrir a la vía excepcional del amparo.

Con las actividades esenciales del Estado el problema está en la indeterminación de su contenido. 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.

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.

56.4 *Necesidad de mayor debate y prueba*

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.

Actualmente este temperamento debe ser revisto. Especialmente, porque la inutilidad del amparo sólo se da cuando exista una vía judicial más idónea, y esta idoneidad debe congraciarse con los requisitos de urgencia y sencillez a que refieren el primer párrafo del artículo 43 y los principios contenidos en leyes y tratados supranacionales.

De este modo, si el amparo fuese restringido porque se requiere una etapa probatoria más completa, debiera comprobarse si efectivamente el amparo actual, en su nueva dimensión operativa, no permite tenerla.

Si a este argumento se suma la calidad del acto lesivo, se observará que la Constitución continúa la línea tradicional antes reglamentada, pero la diferencia aparece con la amplitud que recibe, de forma tal que la necesidad de mayor debate y prueba no podría obstaculizar el amparo por entender que la vía más idónea es el proceso ordinario, porqué éste, sencillamente, no es una herramienta rápida ni expedita.

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 al abrirse el abanico de materias protegidas como "*nuevos derechos y garantías*", presenta como hipótesis que la única vía útil y efectiva será la garantía procesal del artículo 43.

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 está reclamando el amparo.

> El tipo procedimental (sumarísimo) asignado a la acción de amparo, sin perjuicio de las diferencias que rigen entre la Ley 16.986 y el artículo 321 inciso 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, constriñe a las partes a un juego de abreviaciones:
>
> a) *en la pretensión*, pues se limita a 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.
>
> b) *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).
>
> c) *en el tiempo* que insume el trámite, y por la brevedad de plazos y términos.
>
> d) *en las limitaciones a recursos y demás impugnaciones*, soportando 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).

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.

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 probatoria.

En sentido similar, aunque variando el enfoque sobre la necesidad probatoria, la jurisprudencia ha resaltado:

La Sala III de la CNFed.Contenciosoadministrativa, en la causa "*Servotrón SA c/ Metrovías*", donde se hace lugar al amparo en razón de que la omisión de cumplimiento de la ley surgía de un modo palmario que no requería de mayor amplitud de debate ni aporte probatorio (ver nota al fallo de Eduardo Mertehikian, en La Ley, 1996-B, 472), convalida un criterio que no es posible sostener, cual es el de pensar que la apertura a prueba contradice la naturaleza de la tutela constitucional

> 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?

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 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 tenga ante sí todos los elementos conducentes para esclarecer la lesión o no 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".

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.

Por eso, cuando la existencia de una ilegalidad manifiesta se expone como requisito para la procedencia del amparo, implica la falta de conformidad del acto u omisión con la ley, entendiéndose por tal no sólo a la formal, sino toda norma de derecho positivo, incluida la contractual.

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.

Es verdad que se teme por una ordinarización, pero si así fuera, ¿cuál es la crisis de identidad? ¿Acaso no es el amparo la mejor herramienta para fiscalizar la supremacía de la Norma Fundamental?.

> En todo caso, la Corte Suprema -cuya orientación limitativa es por demás reconocida- ha dicho que "...los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia -lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio- a fin de no decidir por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho deben impedir o retardar el amparo constitucional. De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación".

En la jurisprudencia, la necesidad de mayor debate y prueba, se interpreta del modo siguiente:

> Ni la acción de amparo, ni el proceso extremadamente abreviado en que debe desarrollarse, constituyen, un marco idóneo para probar, examinar y resolver cuestiones conflictivas como la de los alcances de una rescisión contractual o la configuración de un incumplimiento culposo (CNFed. Civil y Com., sala III, agosto 13-993, *Yacimientos*

Petrolíferos Fiscales S. A. c. Bubi S. A.), LA LEY, 1994-C, 567, J. Agrup., caso 9730.

Para la procedencia de la acción de amparo se requieren circunstancias de definida excepción, tipificadas por la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad e ilegalidad manifiestas que configuren, ante la ineficacia de los procesos ordinarios, la existencia de un daño concreto y grave, sólo reparable por esta vía urgente y expeditiva (C.Fed. Contenciosoadministrativo, sala II, abril 12-994, *Monzón, Luis A. c. Jefe del Estado Mayor Gral. del Ejército* - (Idem, íd., *Pacheco, Walter R. c. Jefe del Estado Mayor Gral. del Ejército*), - (Idem, abril 14-994, *Acosta, Herminio O. c. Jefe del Estado Mayor Gral. del Ejército*), LA LEY, 1994-E, 716, J. Agrup., caso 10.117.

Para que proceda la acción de amparo, se requiere la presencia de circunstancias excepcionales, consistentes en arbitrariedad, irrazonabilidad e ilegalidad manifiesta, y un daño concreto y grave, sólo reparable mediante este tipo de proceso (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, agosto 28-992*, Gutman, Julio E. y otro c. Banco Central*), LA LEY, 1994-E, 716, J. Agrup., caso 10.118.

Si las actuaciones han sido remitidas a la Procuración del Tesoro de la Nación, no puede reprochársele a la demandada la demora en que incurra el otro organismo -aunque también integre la Administración Central del Estado-, dado que sobre él no tiene imperio. En virtud de ello corresponde determinar que el plazo otorgado por el "a quo" debe computarse a partir de la recepción de las actuaciones remitidas a la Procuración del Tesoro (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, diciembre 18-992*, Ojeda, Elio c. Estado nacional -Fuerza Aérea Argentina*-), LA LEY, 1994-C, 567, J. Agrup., caso 9731.

Si bien no resultan excluidas de la acción de amparo las cuestiones que requieran trámites probatorios, se descartan aquellas que requieran un apreciable aporte de elementos de juicio imposibles de producir en el marco sumarísimo de la acción, vinculadas con complejos problemas técnicos (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, mayo 27-993, *Gens, Lía c. Telefónica de Argentina S. A.*), LA LEY, 1994-C, 568, J. Agrup., caso 9737.

La característica expeditiva y sumaria de la acción de amparo no es la idónea para dirimir conflictos complejos, máxime si no se advierte en forma clara y evidente la vulneración de garantías amparadas por nuestra Constitución Nacional (CFed. Mendoza, marzo 3-995, *Juplast S. A.*), LA LEY, 1995-E, 574, J. Agrup., caso 10.671.

En síntesis, si resulta improcedente ingresar al conocimiento y resolución de pretensiones que exigen una complejidad de debate y prueba que excede el estrecho marco de dicha acción; ello sólo puede oponerse cuando la cuestión constitucional no es “manifiesta”.

En efecto, la pretensión ejercitada por la asociación accionante, requiere un pronunciamiento acerca del trascendente tema del comienzo de la vida humana, de la concepción, y a través de él, que se ordene la prohibición de la comercialización del medicamento cuestionado por transgredir normas de derecho interno e internacional. Es necesario precisar que para dilucidar esos interrogantes en torno a si la fecundación del espermatozoide y el óvulo constituyen *per se* el acto de la concepción o si se requiere para el inicio de la vida la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno, por su carácter eminentemente médico-científico, exige la ponderación de elementos de juicio abundantes, contundentes y precisos, que sirvan al Tribunal y colaboren a la formación de la convicción necesaria para fundar la

> sentencia definitiva. Por la propia, singular y compleja naturaleza de la pretensión articulada, y por los términos en que ha quedado trabada la *litiscontestatio,* merced a la controversia planteada con el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, se torna necesario contar con una etapa de conocimiento, debate y prueba que posea mayor amplitud que el marco cognoscitivo restringido del amparo. (Voto Dr. Mosquera) C.Fed. Sala B. Cba. 23/3/00*, "Portal de Belén, Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación -Amparo-*

Para la admisibilidad de la vía del amparo, se requiere la presencia de hipótesis particularizadas, en las que sólo pueda ser reparado un daño concreto, grave y preciso, mediante la acción rápida y expedita de ella.

Cuando la adecuada tutela de los derechos invocados por las partes puede encontrarse mediante otros procesos de mayor amplitud cognoscitiva y de prueba, debe acudirse a ellos a través de los medios procesales que brindan los códigos de procedimiento, lo que tiene de por sí, una consagrada inutilidad.

> Se verifica en la especie, que el procedimiento de amparo resulta insuficiente para una visión cabal y completa del asunto traído a resolución, por la diversidad y profundidad de la naturaleza del derecho que sustenta la demanda y por la plataforma fáctica y probatoria que requiere. Más aún, cuando por la naturaleza de la pretensión no puede dejar de advertirse, la envergadura que tendrá un pronunciamiento en una materia que excede el campo de lo jurídico, pues incide también en lo científico, médico, ético, bioético y normativo, entre otras áreas del pensamiento contemporáneo nacional e internacional a quienes también el tema les interesa e importa en grado sumo. Por ello, la acción de amparo intentada resulta un camino procesal inviable e improcedente para lograr la sentencia que requiere la pretensión del actor. (Voto Dr. Mosquera). C.Fed. Sala B. Cba. 23/3/00, *"Portal de Belén, Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación -Amparo-*

El artículo 43, dispone que toda persona puede interponer acción "*expedita y rápida" de amparo*, "*siempre que no exista un medio judicial más idóneo*". Conviene destacar que la Reforma Constitucional que incorpora literalmente en el artículo 43 "la acción de amparo", alude a un proceso específico frente a una pretensión específica, proceso simple, sencillo, sumario, que no permite, tal como se instrumenta constitucionalmente, una cognición profunda.

> La C.S.J.N. se ha pronunciado reiteradamente en el sentido que la pretensión de amparo es inadmisible cuando las cuestiones planteadas sean opinables o discutibles. Tal aserto concuerda con la norma contenida en el artículo 2 inciso d) de la ley 16.986 en tanto descarta la procedencia de dicha pretensión cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba", aunque ello no se opone, naturalmente, a la posibilidad de que, durante la sustanciación del proceso de amparo, se produzcan actos alegatorios y probatorios compatibles con la celeridad que debe presidirlo. Precisamente, como la cuestión traída a juzgamiento gira en torno a una interpretación opinable, de una innegable complejidad científica, y sujeta a un amplio marco probatorio que excede el de la acción de amparo, queda entorpecida la viabilidad de ésta, ya que lo contrario importaría perfilarlo como

instrumento hábil para eludir el procedimiento ordinario. (Voto Dr. Sanchez Freytes).

Por medio de la vía elegida no es posible obtener la certeza, que es el elemento con que debe contar un juez al pronunciarse, sin la ayuda eficaz del conjunto de ciencias, que hoy interesan al pensamiento para una definición como la que se pretende a los fines de resolver el interrogante en torno a si la "píldora del día después", es un elemento abortivo, o simplemente una actividad anticonceptiva. Por ello, es altamente aconsejable esperar un juicio contencioso con pruebas suficientes con raíces profundas, y no meras opiniones de médicos o especialistas, que integren un proceso debido, circunstancia que no es posible a través de esta vía del amparo. (Voto Dr. Sanchez Freytes) C.Fed. Sala B. Cba. 23/3/00, *"Portal de Belén, Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación -Amparo-".*

CAPÍTULO XII: Admisibilidad del amparo: Vía directa o subsidiaria

57. Vía principal, no subsidiaria *

La Constitución 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 este nuevo proceso de amparo continúa el camino de las leyes que antes la contemplaron, 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.

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.

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

* Tomado literalmente de nuestro libro "El Derecho de Amparo", 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1998, págs. 3/12.

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 novedoso que se incorpora al texto constitucional concreta un derecho de acceso directo a la jurisdición que impide controvertir sobre la existencia de la vía; pero este debate o excepción puede ser posible si se entiende que existen otras vías más idóneas que mejoren la calidad procesal de la acción directa.*

58. Condiciones vigentes, no reformadas por la Constitución Nacional

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.

58.1 Las vías previas

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".

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.

Por otra parte, el amparo contra la mora de la administración pública nacional (artículo 28 de la Ley 19.549 de procedimientos administrativos) queda vigente, y plena de eficacia para ocuparse de las demoras incurridas en el trámite no jurisdiccional.

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 cuando:

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.

58.2 Las vías paralelas o jurisdiccionales

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 confrontarse 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.

Es preciso distinguir que la afirmación no puede ser absoluta, pues harto conocida resulta la ingratitud de las vías ordinarias judiciales para responder a dicho requisito de celeridad, permitiendo sospechar de la "idoneidad" del

proceso común, y *mutatis mutandi*, tornando al amparo como la única vía confiable e insoslayable por su promesa de actuación rápida y directa.

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 pensamos que 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 reconocidos en la Constitución, leyes y tratados.

Jurisprudencialmente se sostiene:

> La acción de amparo constituye un remedio de excepción, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para resolverlas pueda afectar derechos constitucionales, máxime cuando su apertura requiere circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita del citado proceso constitucional" (C.S., octubre 4/994, in re: *Ballesteros, José s/ acción de amparo)*
>
> Es procedente la acción de amparo contra la resolución ministerial que, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, prorrogó los plazos de pago dispuestos por una resolución anterior que se estaba cumpliendo, si al no preverse el pago de intereses, la modificación no contempla la indemnización prevista por el art. 18 de la ley 19.549 (CNFed. Com Adm., Sala IV, Octubre 2-990) La Ley 1991-B, 386.
>
> Si bien los actos de la administración gozan de la presunción de legitimidad no se hayan exentos de impugnabilidad y, en tal sentido, la ley 19.986 establece un procedimiento para hacer cesar sus efectos cuando estos se juzguen contrarios a derechos o garantías constitucionales (CNTrab., Sala IV, Marzo 19-991) DT, 1991-A, 821.
>
> Procede el amparo pedido por un empleado administrativo, para que se resuelva conforme a derecho su reclamo de que se respeten los procedimientos de selección, reglamentariamente previstos para cubrir vacantes en el servicio económico exterior de la Nación, si de los considerandos de un Decreto del Poder Ejecutivo que ratificó un nombramiento surge reconocida la transgresión de ellos. (CNFed. Cont. Adm., Sala III, Mayo 8-990) La Ley 1990-D, 74.
>
> Debe admitirse la acción de amparo intentada en virtud de la revisación ginecológica dispuesta por el servicio penitenciario federal

respecto de aquéllas personas que concurran a algunos de los servicios penitenciarios para visitar internos, en tanto existen medios técnicos que permitirían conciliar el interés social y el individual de las personas. (C.S. Noviembre 21-989). La Ley 1990-C,15.

No procede la acción de amparo contra el Estado por cobro de depósitos a plazo fijo, cuya extinción mediante entrega de títulos de la deuda pública fue dispuesta por el acto atacado; ello así, pues el juicio de amparo no es apto para dilucidar controversias relativas al cumplimiento de cláusulas contractuales y el cobro de sumas de dinero. (CNFed. Cont. Adm. Sala IV, Julio 31-990). La Ley 1990-D, 529.

Son adecuadas las vías ordinarias, y no el amparo, para dilucidar la existencia de perjuicios derivados del Decreto 377/89. (CNFed. Cont. Adm. Sala III, Noviembre 14-989). La Ley 1990-B, 226.

Debe prosperar la acción de amparo contra la resolución administrativa que impuso la adscripción de un empleado público, si la accionada no desvirtúa las razones por las que el juez consideró que la actora carecía de vías administrativas aptas para restablecer sus derechos, que no era correcta la causa y la motivación del acto, que las tareas asignadas no se compadecían con el nivel escalafonario alcanzado, y que tampoco se cumplía con la finalidad de la norma que otorga la facultad al órgano. (CNFed. Cont. Adm. Sala I, Octubre 30-990). La Ley 1992-E, 611.

Lesiona manifiestamente los derechos constitucionales de estabilidad en el empleo y propiedad, y justifica el amparo judicial, la resolución que da de baja al empleado por expiración del plazo fijado por el art. 23 de la ley 22.140, si este no comenzó a correr por no haberse entregado la certificación de servicios prevista por el art. 22 del Decreto 1787-80. (CNFed. Cont. Adm., Sala I, Octubre 16-990). La Ley 1992-E, 611.

Si bien excepcionalmente se admitió el amparo como vía paralela, aún plantándose la vía administrativa, cuando la autoridad pública demora su decisión por causas no imputables a la víctima del acto lesivo, y siempre que tal dilación le ocasione un daño irreparable; tal situación no se da cuando la interposición del recurso administrativo es posterior a la iniciación del juicio de amparo. (C.Fed. Resistencia, Abril 30, 991). La Ley 1992-D, 625.

La clausura de establecimientos prevista por el art. 12 de la ley 20.680 requiere la concurrencia de razones específicas para adoptar la medida preventiva citada, vinculadas a emergencias a los abastecimientos o necesidades de la investigación; no estando presentes tales razones, corresponder hacer lugar a la acción de amparo intentada contra la clausura dispuesta sin tales recaudos. (CNPenal Económico, Sala A, Abril 23,993). DJ. 1993-2-779.

La acción constituye una vía excepcional, que sólo procede contra todo acto u omisión de autoridad pública que amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos o garantías reconocidos por la CN, en ausencia de otro medio adecuado, o cuando la inminencia del daño haría ilusoria su reparación (CN Penal Económico, Sala A, Diciembre 9-993). La Ley 1994-C, 16.

El amparo trata de salvar en el presente y en el futuro los derechos vulnerados, procediendo cuando los actos o decisiones administrativas constituyen una amenaza de lesión cierta e inminente, cuya entidad jurídica justifica el reclamo de tutela judicial. (CN Penal Económico, Sala A, Diciembre 9,993). La Ley 1994-C, 16.

En principio la acción de amparo no es procedente para obtener una vía más rápida o expeditiva, pero cabe admitirla cuando el órgano administrativo ha dispuesto la reducción del haber previsional establecido por una sentencia judicial que ya había sido acatada en el ámbito administrativo. (CNTrab, Sala 2, Marzo 29.-994). DT, 1°-94-A, 1037.

A diferencia de la equivalente ley nacional el art. 1° de la ley 7166 restringe el ámbito de la acción de amparo a los actos u omisiones de órganos o agentes de la administración pública. Organos y agentes que no deben ser confundidos con la naturaleza –administrativa o no- del acto que originó la acción de amparo. (SC. Buenos Aires, julio 7,994). LLBA, 1994-520.

Procede el amparo, por violación de la libertad de comercio al actuar los agentes de la administración pública municipal sin facultades legales para restringir preventivamente los derechos personales del actor por posibles –o no-, daños a la salud no establecidos sobre mercaderías el actor tiene derecho a seguir comercializando fuera de las secuestras por orden judicial por denuncia de mercadería en mal estado. (Cciv. Y Com. Junín, Marzo 10.-994) LLBA 1994-314.

El amparo no permite cuestionar la validez de los actos administrativos, la que debe ser establecida mediante el recurso contencioso administrativo. (ST, Santiago del Estero, Febrero 23,993) DJ, 1994-2-412.

La razón de ser de la acción de amparo no es la de someter a la vigilancia de los jueces el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos ni el control del acierto o error con que ellos desempeñan sus funciones, ni autorizar a los tribunales de justicia a irrumpir en asuntos ajenos a su jurisdicción. (CS, Junio 29-993). DJ 1995-1-486.

Es procedente la acción de amparo pues la omisión en el cumplimiento de las normas que regulan el compre nacional produce una palmaria y manifiesta ilegitimidad que vicia totalmente el procedimiento seguido para la contratación cuya legitimidad se cuestiona. (CNFed. Com. Adm. Sala III, Julio 13-995) DJ 1996-1-1113.

La vía de amparo no es apta para conocer los vicios o nulidades de los actos de la administración. (CN Penal Económico, Sala A, Marzo 20-995) ED, 164-99.

La acción de amparo es la vía adecuada para salvaguardar los derechos del particular que han sido violados mediante una acto emanado de otros poderes del Estado en ejercicio de sus atribuciones privativas. La protección así conferida no significa justificar la extensión de la jurisdicción de los órganos judiciales sino tan sólo salvaguardar de un modo eficaz los derechos y garantías de raigambre constitucional. (CS. Tucumán, Sala Laboral y Cont. Adm., Abril 12-996). La Ley, Rep. 1997, (9).2.-

El amparo es una vía excepcionalísima, sólo procedente en situaciones extremas, en que la inexistencia de otras vías aptas, o si existieren, resultarían inidóneas para evitar el daño. (CFed. Bahía Blanca, octubre 13 - 989. - Serrano, Julio A. y otros), LA LEY, 1991-B, 492.

La apertura de la acción de amparo exige circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, provoca un daño concreto y grave, sólo eventualmente

reparable por esta vía urgente y expeditiva. (CFed. Bahía Blanca, octubre 13 - 989, *Serrano, Julio A. y otros*), LA LEY, 1991-B, 492.

No resulta admisible la vía del amparo, cuando los perjuicios que puede ocasionar su rechazo, no son otra cosa que la situación común de toda persona que peticiona el reconocimiento judicial de sus derechos por los procedimientos ordinarios.(CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, marzo 22-991, *Alcon Laboratorios Argentina S. A. c. Estado nacional -Ministerio de Salud Pública*-), LA LEY, 1991-D, 374 DJ, 1991-2-734.

Para rechazar sin sustanciación la acción de amparo, la misma debe ser manifiestamente inadmisible ; es decir, no debe haber ningún tipo de duda acerca de la inexistencia del hecho cuestionado o la norma aplicable. (CNCiv., Sala C, febrero 25 - 992, *Finochietto, María E. c. Municipalidad de Buenos Aires*), LA LEY, 1992-E, 247.

El solo hecho de haberse planteado en sede administrativa un recurso hace que, en principio, proceda el amparo deducido con análogo objeto, pues una demanda de esa naturaleza no puede utilizarse para sustraer el caso de su conocimiento por la autoridad que está interviniendo en él por recurso del propio interesado, cuando no surge de lo invocado por el recurrente, ni del informe producido que existan circunstancias concretas y objetivas de las que se pueda inferir que aquellos recursos carezcan de aptitud para el fin propuesto, ni que en su trámite hubieran mediado demoras que lo desnaturalicen en su eficacia para el control del acto recurrido. (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, setiembre 15-992*, Hisisa S. A. c. X*.), LA LEY, 1994-C, 566, J. Agrup., caso 9721.

Están excluidas del ámbito del amparo cuestiones opinables y las que requieren debate y prueba, así como los supuestos en los que existen otras vías aptas para la protección del administrado. (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, mayo 31-991, *Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Obras Sanitarias de la Nación*), LA LEY, 1992-A, 211.

La existencia de otras vías procesales administrativas y ordinarias no obsta a la admisibilidad del amparo, cuando la arbitrariedad o ilegitimidad del acto impugnado aparece manifiesta de las actuaciones, como asimismo el daño grave que causaría remitir el examen de la cuestión a dichos procedimientos. (CFed. Resistencia, octubre 24-991, *Paggi de Vallebella, Ofelia c. Telecom Argentina*), LA LEY, 1992-C, 521 - DJ, 1992-2-488.

El recurso de amparo constituye un remedio de carácter excepcional, procedente cuando frente a un agravio constitucional no existen otros remedios idóneos de reparación eficaz. (CFed. Mendoza, sala A, febrero 21 - 992, *Soler, Leopoldo*), LA LEY, 1992-C, 172 - DJ, 1992-2-129.

Luego de la reforma constitucional, la existencia de recursos administrativos y otros procesos judiciales que permitan obtener la protección del derecho, ya no obstan, por si solos, a la admisibilidad de la acción de amparo, por cuanto para esto debe acreditarse que aquellos, al contrario de esta última acción, resultan ser mas idóneos a efectos de brindar una rápida y eficaz tutela al derecho conculcado. De ello se sigue que, tanto la ley 16.986, como el art. 321 del Cód.Procesal, mantienen su vigencia, pero sólo en tanto no contradigan y puedan considerarse una reglamentación razonable del art. 43 de la Carta Magna (CNContenciosoadministrativo federal, Junio 29/95 in re: *Davidovsky, Cesar c/ MCBA s/ Amparo).*

59. Opinión de la doctrina

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 nuevo derecho de amparo.

En tal sentido, algunos parten de la premisa de que el reconocimiento constitucional jamás quiso derogar el espíritu reglamentario de la ley amparista 16.986 que recordamos restrictiva y lamentablemente egoísta para la celeridad y eficacia que actualmente se requiere en la garantía.

> Para Sagüés esta actitud de remisión a la "voluntad del legislador" puede resultar prudente y aconsejable, en la medida que aun sin resultar un dogma, merece respeto y seguimiento, "máxime si el texto normativo da pie a interrogantes".

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..."

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".

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 amparo, solicitará su utilización por el juez interviniente, y éste lo aceptará o no. Y podrá hacerlo de oficio, obviamente".

Corroborando lo antes dicho, nosotros creemos que el amparo constitucional es un derecho directamente operativo 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 postergarse por cuestiones formales, bastando, en consecuencia la elección del amparo para que el Juez disponga sobre la eficacia del medio para resolver ante la desposesión o reclamación 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.

CAPÍTULO XIII: La legitimación procesal en el amparo

60. Ideas generales

La defensa de los derechos del hombre, en la visión del individualismo predominante a fines del siglo XIX y hegemónico hasta la mitad del siglo XX, pierde consistencia cuando se analizan los resultados logrados en la protección efectiva.

Es verdad que en su tiempo la protección de las personas sobre la base del derecho de propiedad y, esencialmente, sobre las cuestiones patrimoniales,

dieron sus frutos y proyectaron su influencia en la codificación civil y comercial; lo mismo ocurrió con las leyes constitucionales.

En efecto, en su tiempo el artículo 5º de la ley 16.986 exigió que la demanda amparista fuera 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.

La misma calidad ("afectado") solicita el artículo 43, constitucional, aunque amplía el cuadro de representantes al Defensor del Pueblo, las asociaciones de defensa de los intereses colectivos y difusos, y en la medida que veremos inmediatamente, a *toda persona* que acredite un interés legítimo.

> El recaudo del derecho subjetivo como habilitante del derecho de acción (no de la acción, como garantía constitucional) se funda en la utilidad que puede reportar al interesado el resultado del proceso, evitando de este modo, declaraciones dogmáticas o genéricas que no tienen un beneficiario directo. Pero tal deducción ofrece serias dificultades, pues los derechos no se miden por el interés que prestan, sino por la protección que merecen; lo cual, llevado al campo de la *praxis* demostrará que cuando la protección pretende generalizarse el único terreno de admisión será a través del *litisconsorcio*, el que muchas veces, se transforma en una hipótesis irrealizable, una simple y mera utopía.

Cuando el artículo 43 otorga legitimación a *toda persona*, lleva a pensar que se habilita una vía difusa de acceso donde el interés para obrar no resulta condicionante de los pasos posteriores. En tal caso, es preciso diferenciar este ingreso con la acción popular.

Prestigiosos autores sostienen que si no existe la relación directa con el derecho subjetivo no existe posibilidad alguna de proceso.

> Marienhoff dice que "quienes ejercieren tal acción (popular) invocando para ello la mera calidad de habitantes o ciudadanos integrantes del respectivo pueblo o comunidad, actuarían indebidamente, sin base válida alguna: 1. porque dicha acción no existe en nuestro derecho: está excluida del mismo por un principio constitucional (art. 1 de la Constitución Argentina) y por una disposición de la Ley Suprema (art.22); 2. porque careciendo quien la ejercitare de un interés o de un derecho propio, personal y directo, es decir, careciendo de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, no tendría legitimación (*legitimatio ad causam* activa) para actuar ante la justicia judicial, ya que sólo sería titular o portador de un "interés simple" insuficiente de suyo para actuar en ese ámbito jurídico, donde la prerrogativa tutelada debe ser personal y directa del accionante".

Ingresamos aquí en un capítulo diferente al de la acción individual, pues se trata de encolumnar en el acceso a la jurisdicción el derecho a tramitar en una instancia útil, donde los repliegues de la legitimación no produzcan denegación de justicia o impedimentos irrazonables frente a la crisis manifiesta que se presenta, urgida de protección o respuesta.

La legitimidad constitucional de una institución destinada a garantizar la independencia y la dignidad de quienes ejercen la función jurisdiccional no puede ser negada en la medida en que su estructura sea la adecuada a este objetivo, sin que en ningún caso pueda ser desvirtuada para convertirla en origen de privilegio público.

Ahora bien, la guía de análisis arranca de las actitudes individuales que portan intereses colectivos o generales. 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. Al efecto, es recomendable la lectura del estudio de Alejandro Verdaguer donde muestra la diferencia existente con la Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires, por la cual se recepta la acción popular en la protección de los derechos de incidencia colectiva pues se le reconoce legitimación a *cualquier habitante*.

Otra condición es la pertenencia a un determinado ámbito social de mayor o menor amplitud. Ambito social que, si todavía 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.

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.

61. La legitimación procesal en el amparo federal

"*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo...***."** dice el artículo 43 al comenzar; luego, el párrafo inmediato agrega que "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...*".

El hábeas data (párrafo tercero del art. 43) también se otorga a *"toda persona"*, mientras que el hábeas corpus concede legitimación al *afectado o a cualquiera que obre en su favor* (párrafo cuarto del art. 43).

La correspondencia entre cada uno permite inferir que entre ellos existe autonomía. Es decir, que la legitimación para obrar difiere respecto a las personas que pueden promover el amparo, aunque existe un hilo conductor basado en el carácter de "afectado".

El primer párrafo, pertinente con la "acción de amparo ordinaria", otorga posición en el proceso a quienes reclamen por la violación de un derecho o garantía, siempre que sean personas físicas o jurídicas que, actuando por sí o representadas, aleguen un gravamen directo. En el supuesto de asociaciones que no revisten el carácter de personas morales, pueden accionar si acreditan a través de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público (art. 5º, Ley 16.986).

> En un sistema de control de constitucionalidad concentrado, como tiene España, la legitimación establecida en la Ley Fundamental sostiene que "*están legitimados para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal".* En consecuencia, afirman Cascajo Castro y Gimeno Sendra, por persona afectada, a los fines de la legitimación, no cabe entender exclusivamente al titular del derecho fundamental vulnerado, o a la víctima de la violación del derecho fundamental, sino a *toda persona que tenga un interés legítimo en su restablecimiento*, como pueden ser los portadores de intereses generales, sociales, colectivos y difusos.

El párrafo segundo del art. 43, en cambio, amplía el campo de la intervención posible. Además del *afectado*, se encuentran en condiciones de solicitar la tutela jurisdiccional, *el Defensor del Pueblo y las asociaciones* registradas conforme a la ley que aun no se ha dictado.

> El auténtico sentido del constituyente –afirma Sagüés- fue limitar la legitimación en los amparos comunes a los afectados, sin permitir la acción popular, y abrir la legitimación en favor tanto del afectado, como del Defensor del Pueblo y determinadas asociaciones, para las hipótesis de discriminación, tutela de los usuarios, de los consumidores, de la competencia, del ambiente y de los derechos de incidencia colectiva.

En el hábeas data, a pesar de la amplitud del término *"toda persona"* como empieza el párrafo tercero, entendemos que la acción sólo es posible para quien acredite un interés directo y un daño potencial o cierto que lo habilite al reclamo.

Con el hábeas corpus no se producen modificaciones importantes.

Finalmente, los artículos 86 (*El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal, dice sin más aclaraciones*) y 120 (*El Ministerio Público tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad*), agregan legitimados para actuar en forma disyuntiva o concurrente.

62. El carácter de "afectado"

La posición que una persona tiene respecto al derecho que invoca encuentra situaciones jurídicas que nominan cada una de ellas.

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.

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 difumina al conjunto por tener cada uno una parte del daño cierto o potencial. Se los llama, también, derechos de pertenencia difusa, intereses difusos, o derechos difusos, y se caracterizan por sostener la pretensión amparista a través de un litisconsorcio activo atípico, que permite mostrar el ejemplo a través del llamado "amparo colectivo".

La primera categoría domina el espacio tutelado por la acción de amparo, las restantes encuentran cabida excepcional como explicamos más adelante.

El carácter de "afectado" está dicho también en la Ley de Amparo, y se consolida a través de la actual redacción constitucional.

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 él 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 fundamental vulnerado, a toda persona que tenga un interés legítimo en restablecer la legalidad, aun cuando no sea víctima.
>
> La doctrina ha señalado que "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".

Entre nosotros "el afectado" se diferencia de los 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".

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 alcanza el fin propuesto en el amparo.

El ser "afectado" no tiene que ver con la capacidad ni con la representación, son estos presupuestos procesales que anidan bajo las previsiones de la *legitimación ad processum*, diferentes a la *legitimatio ad causam* que referimos.

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*..." (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.
>
> Solamente en este sentido debe aceptarse el rótulo, porqué de otra manera quedaría desvirtuado el sentido del amparo como "acción", adoptándolo en su defecto como "recurso".

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.

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 de “afectado” 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 y de pertenencia difusa.

63. Los intereses legítimos en el amparo

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 titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende.

En los procesos constitucionales aplicar este criterio puede ser demasiado estricto y hasta injusto.

Cuando los intereses del pleito trascienden la órbita del desenvolvimiento personal, de manera que la calidad individual se obnubila 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 con rasgos muy propios.

Igual planteo suscitan los procedimientos penales, porque la legitimación no cubre derechos exclusivos, sino intereses masificados.

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.

Saliendo de la temática, para centrarnos en el juicio de amparo, se observa que el interés legítimo no ha sido abandonado totalmente.

Hay diferencias, por supuesto, en la medida que la relación que une a la persona con el interés difiere de la misma vinculación entre el individuo y el derecho. Mientras uno se nutre de una alta carga de expectativa sin otro respaldo que la valoración posible que haga el órgano jurisdicente; el nexo restante está sostenido en la norma (derecho subjetivo).

Por eso el interés legítimo reposa más en las circunstancias denunciadas que en la situación jurídica subjetiva que tenga el amparista. Ha de verse la cualidad del acto lesivo para deducir del mismo la justicia concreta a aplicar, sin resolver la capacidad de postulación, o al menos, postergándola ante la evidencia del mejor derecho.

Decimos que no existió abandono, pues la jurisprudencia reconoce muchísimos antecedentes de intereses legítimos tutelados a través de la acción de amparo.

> Desde el precedente del 9 de diciembre de 1969 que cita Bidart Campos (ocupación de un colegio por parte de estudiantes que impedía a los demás ejercer sus derechos de enseñar y aprender); hasta las más recientes elaboraciones del caso "Ekmekdjian c/ Sofovich" (Rev La Ley, 1992-C, ps. 543 y ss; Rev. El Derecho, 148-354) e inclusive, de los autos "Polino" (C.S., P. 304, sentencia del 7 de abril de 1994), ratifican a los intereses legítimos por sobre las pertenencias exclusivas.

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.

¿Porqué esta decisión tan trascendental para el acceso a la justicia?

Por las mismas razones que hemos visto a lo largo de este estudio: se preferencia el derecho de amparo, como una garantía constitucional a la tutela judicial efectiva que, sin disposiciones obstruccionistas, abre las puertas del proceso dando cabida al derecho a la jurisdicción.

Este 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 parte procesal y ejercitar el derecho al contradictorio.

La jurisprudencia, en cambio, se muestra divagante con el criterio aperturista que la Constitución Nacional ha creado, veamos porqué:

63.1 Jurisprudencia general

A veces se ha dicho, con extrema aplitud que en el art. 43 del nuevo texto constitucional se dispone 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*" (CN Cont. Adm. Fed., Sala IV, setiembre 26-1994*, "Prato, Osvaldo Atilio c/ B.N.A. s/ Amparo*", Boletín Interno de la Cámara, sumario Nº K0007497)

En otras, la restricción fue elocuente. Los actores a título personal carecen manifiestamente de legitimación procesal para obrar en tutela de los derechos que, en el mejor de los casos, incumbirían o estarían habilitados a gestionar o defender judicialmente las asociaciones sindicales que se denuncian en la demanda como agrupadoras de las categorías de habilitación profesional. (CN Trabajo, Sala V, octubre 10–1992*, "Placenti, Carlos c/ Poder Ejecutivo nacional s/ Amparo*", Boletín Interno de la Cámara, sumario Nº E0007829)

El art. 43 de la constitución Nacional, conforme la reforma de 1994, introdujo una modificación trascendente en lo que hace a la acción de amparo, destinada a darle un dinamismo propio y despojarla de aristas formales que fueran obstáculo al acceso inmediato a la jurisdicción cuando están en tela de juicio garantías constitucionales (cfr. Lino Palacio*, "La pretensión de amparo en la Reforma Constitucional de 1994*", L.L., 07/09/95). En consecuencia, no es extraño que el titular haya recurrido a tal vía procesal si:

a) Se le suspendió el pago de un retroactivo previsional;

b) Se lo hizo en contra del acto administrativo previo que había reconocido el derecho a su cobro;

c) Todo ello se hizo "manu militari" es decir, sin emitir un acto administrativo fundado que legitimase lo actuado, y

d) *Lo que está en juego es una prestación de carácter alimentario, destinada a cubrir un riesgo de subsistencia en los términos del art. 14 bis de la Ley Fundamental*. (C.F.Seg.Soc., Sala II, diciembre 12-1996, "Vieyra, Rogelio Domingo c/ A.N.Se.S. s/ Haberes previsionales", Boletín Interno de la Cámara, sumario Nº 80002152)

Resulta improcedente la acción de amparo por la falta de legitimación de los actores por la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento del régimen jubilatorio ya que no acreditaron haber presentado su solicitud de jubilación de conformidad al régimen anterior. (CN.Contenciosoadministrativo, SALA III, "*Coco, Armando Adolfo y Otros c/ Policía Federal Argentina s/ Amparo*", febrero 23-1998, LEY 16.986)

En cuanto a la postergación de la entrega de los certificados de crédito fiscal, se decidió al no acreditar el recurrente el cumplimiento de los recaudos exigidos por el decr. 1.174/89 para dicha entrega, ni el inicio del trámite administrativo cuya necesidad y carácter previo a fin de su evaluación por la autoridad administrativa impone la norma contenida en su art. 9, por lo que, más allá del cuestionamiento que introduce por insuficiencia reglamentaria de la resolución 1318/92, carece de legitimación activa para instaurar esta acción

judicial. (CNContenciosoadministrativa, Sala III, "*Pino Camby S.A. c/ F.N. (Min. de Econ.) s/ Amparo*" 16/03/98)

La legitimación de la demandante, en el amparo por inconstitucionalidad de los decretos 2.736/91 y 949/92 P.E.N. deviene de la intimación de la administración en virtud que allí se le exigía, en forma compulsiva, la realización de un acto propio, como agente de percepción del tributo cuestionado. (CNContenciosoadministrativa, Sala IV*, "Video Club Sabbas c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ Amparo*", Mayo 20-1993)

Corresponde confirmar el "rechazo in límine" de la acción de amparo deducida por los actores -en su calidad de ciudadanos y diputados de la Nación- con el objeto que se declare la nulidad de la ley que declaro la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional y del decreto de promulgación respectivo, por considerar que carecían de interés para actuar. (CNContenciosoadministrativa, Sala I, "*Polino, Héctor y Otro c/ P.E.N.* (expte. feria 5/94) s/ Amparo", Marzo 3-1994)

En la ley reguladora del amparo 16.986 coexisten dispositivos que disciplinan los presupuestos de su admisión (arts. 1 Y 2) y la legitimación (art. 5), con otros que se limitan a regular aspectos sólo de procedimiento, tales como los relativos a la competencia (art. 4), a los requisitos del escrito de iniciación (art. 6), a la prueba (art. 7), a los plazos de los diferentes actos procesales (art. 8, 9, 15), entre otros. Sobre la base de esa distinción, es apropiado interpretar que el plazo de caducidad que regula el art. 2, Inc. E, de la ley, excede la materia puramente procesal formando parte del ámbito propio de los presupuestos de admisión del amparo. Y a partir de la reforma constitucional de 1994, el art. 43, En sus dos primeros párrafos, consagra expresamente la acción de amparo y establece cuales son los presupuestos de su admisión y procedencia y quienes se hallan legitimados para deducirla. Consecuentemente, se debe interpretar que el texto constitucional, en tanto prevé las condiciones que se deben reunir para acceder a la vía del amparo, se basta a si mismo, es por lo tanto operativo, y no tolera el agregado de otros requisitos que tenían como presupuesto un diferente régimen constitucional. Aquí estamos en presencia de un nuevo régimen constitucional, que agota la cuestión en los aspectos esenciales de esta tutela jurisdiccional de los derechos y garantías. Por lo tanto, un texto legal que ha reglamentado el amparo sobre la base de un distinto soporte constitucional, no se puede considerar vigente frente a un nuevo texto de constitución que lo ha regulado de modo autosuficiente. (C.Civil y Com.Federal, Sala I, octubre 12-1995, "*Guezamburu Isabel c/ I.O.S s/amparo*", Causa Nº 30.317/95, del voto del Dr. Pérez Delgado)

En el segundo párrafo del art. 43, al ampliar la legitimación activa de la acción, se alude a una futura ley cuyo alcance, en rigor, allí no se define, aunque parece indicársela solo para proveer a la registración de las asociaciones legitimadas para la defensa de los intereses que precedentemente menciona. No obstante ello, sea acudiendo a la posibilidad de reglamentar el propio texto constitucional, o sea para el caso de efectuarse una interpretación amplia de tal recordatorio, podría sostenerse que el legislador no se vería limitado en la materia, pudiendo entonces, por ley posterior, establecer los presupuestos de inadmisibilidad de la acción y el procedimiento que para la acción de amparo del art. 43 de la ley fundamental el

juez deba aplicar. Sin embargo, en este sentido, la mentada previsión constitucional no se ha visto consagrada en ley formal alguna reglamentaria en la materia. Como corolario de lo expuesto, es mi criterio, que las innovaciones contenidas en el nuevo texto constitucional no necesariamente importan una derogación implícita del texto subsistente de la ley 16.986... En mi criterio, el limitado espectro abarcativo de la incorporación efectuada, en lo que aquí interesa, no afecta el supuesto de inadmisibilidad previsto en el art. 2, Inc. "E", de la ley 16.986. No encuentro motivos -tampoco los aporto la actora, ni lo resolvió negativamente la convención constituyente reformadora en las sesiones correspondientes- para sostener la incompatibilidad de las incorporaciones efectuadas en materia de protección de derechos emergentes de tratados internacionales y de leyes de la nación, la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva, y la amplitud consagrada a la legitimación activa y pasiva que recepta, con la exigencia que se ejercite dentro de un termino legalmente limitado, prescripción que, valga aquí recordar, se encuentra establecida de diferentes modos respecto de cualquier acción procesal. Frente a la importancia, características y condiciones de los derechos y garantías a preservar, el plazo previsto de 15 días hábiles judiciales tampoco resulta manifiestamente agraviante, arbitrario o insuficiente, y algún tipo de limitación temporal ya había sido reconocida por el voto -con disidencia de fundamentos- del ministro de la corte suprema Aristobulo Araoz de Lamadrid el 25 de noviembre de 1960, es decir, aun antes de la vigencia de la ley 16.986 (Fallos: 248:458). (C.Civil y Com.Federal, Sala I, octubre 12-1995, "*Guezamburu Isabel c/ I.O.S s/amparo*", Causa Nº 30.317/95, del voto en disidencia del Dr. De las Carreras).

La ineptitud de la vía contencioso administrativa para obtener la nulidad del decreto municipal porque quien la intentó perseguía la protección de un interés legítimo, no condena a admitir que la cuestión pueda plantearse mediante la acción de amparo en sede civil, toda vez que la ley respectiva no legitima al titular de un mero interés sino a quien ostenta un verdadero derecho lesionado por el acto u omisión de la Administración Pública, por lo que debe declararse la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer mediante la acción de amparo en un tema de naturaleza administrativa, sin perjuicio de que el peticionante pueda hacer valer los derechos de naturaleza civil que dice menoscabados mediante las distintas acciones que el ordenamiento jurídico pone a su disposición. (SCBs.As., B-51786, junio 28-1988, Voto del Juez Mercader, Carátula: "*Pimentel, Marcial c/ Municipalidad de San Isidro s/ Cuestión de competencia (art. 6,C.P.C.A*.)", Acuerdos. y Sentencias, 1988-II p. 566, Vivanco - Mercader - San Martín - Laborde - Ghione - Cavagna Martínez - Negri - Rodríguez Vilar).

No es de la competencia de la Suprema Corte el conocimiento y decisión de la causa en virtud de la cual el actor persigue, mediante la vía del amparo, la revisión judicial de los actos por medio de los cuales la Municipalidad demandada le denegó su pedido de habilitación de una planta industrial. Ello así, toda vez que quienes se agravian de la negativa de la Administración a concederles una habilitación comercial o industrial carecen de legitimación para iniciar una acción contencioso administrativa. (SC BS. AS., B 53702 I 16-4-91,

Carátula: "*Delfino s/ Acción de Amparo - Cuestión de competencia art. 6 CCA*", Pisano - San Martín - Salas - Mercader - Gione)

Carecen de legitimación quienes, invocando su condición de ciudadanos con derecho a voto en la Provincia de Santa Fe, demandan por vía de acción de amparo contra la Provincia y contra el Poder Legislativo de esa provincia, por la omisión en modificar el art. 64 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe que prohibe la reelección inmediata de gobernador y vicegobernador, solicitando se declare la inconstitucionalidad de dicha norma provincial", por lo que la demanda es manifiestamente inadmisible. (CS, Octubre 6-994, "*Ravaglia y otros c/ Provincia de Santa Fe*", La Ley 1994-E, 492)

La Confederación General del Trabajo es una de las asociaciones inscriptas a las que se refiere el art. 43 de la Constitución Nacional, sin que su capacidad representativa estatutaria ni preexistencia, ni la previsión programática de una ley especial que regule los requisitos y formas de su organización, puedan serle opuestas como excluyentes de la legitimación que la norma les atribuye, para deducir una acción de amparo contra la aplicabilidad de los decretos 1553/96, 1554/96 de flexibilización laboral (CNTrab., Sala de feria, Enero 24-1997, "*Confederación Gral del Trabajo de la Rep. Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional"*, La Ley, 1997-B, 332)

La condición de profesionales de la salud de los actores, con responsabilidades éticas y jurídicas respecto de sus pacientes resulta por sí suficiente para admitir su legitimación activa a los fines de la interposición del amparo en beneficio de las personas internadas. Ello así máxime cuando, como en el caso, se trata de pacientes psiquiátricos que carecen de autonomía y de capacidad jurídica para ejercitar la acción por sí mismos. (Juzg. Federal Crim. y Correc. Nº 3, Mar del Plata, Octubre 22-1993, *"Profesionales del Servicio de Salud Mental del Hospital Interzonal General de Agudos de Mar del Plata s/ Amparo*", DJ, 1994-1-454).

El articulo 43 de la Constitución Nacional, excepción hecha de las facultades que acuerdan al defensor del pueblo y a las asociaciones registradas conforme a la ley, no innova en materia de legitimación, requiriendo -al igual que ya lo hacía el art. 5 de la ley 16.986- la presencia del "afectado", es decir, del agraviado concreto por la interferencia en un derecho o interés propio (aún cuando el texto de la Constitución Nacional no requiera que el derecho tenga raigambre Constitucional) al que el ordenamiento jurídico positivo confiera tutela jurisdiccional. (CNContenciosoadministrativa, SALA I, "*Soñes, Raúl Eduardo c/ P.E.N. s/ Amparo-Ley 16.986*-", diciembre 22-1994, C.N. art. 43, LEY 16.986 art. 5)

Carece de legitimación para iniciar una acción de amparo con el objeto de que se ordene al Poder Ejecutivo Nacional la publicación del art. 68 bis de la Constitución Nacional, quien lo hace a título de simple ciudadano. En afecto, la acción autorizada por el art. 43 de la Constitución Nacional, en cuanto se refiere a derechos de incidencia colectiva, debe ser ejercida por el afectado. (CFed. Salta, Noviembre 7-1994*, "Perez Alsina, Juan A. C/ Estado Nacional, Poder Ejecutivo*", La Ley, 1995-A, 388, con nota de Luis Francisco Lozano).

63.2 Legitimación de consumidores, usuarios y asociaciones

Otro de los párrafos del artículo 43 incluye al usuario, consumidor o a las aociaciones que propendan a la defensa de estos intereses.

Del propio tenor literal de la reforma se deduce fácilmente que en modo alguno se ha venido a consagrar una suerte de acción popular que desvincule absolutamente la ilegalidad del perjuicio o que la sujeción al principio de legalidad se halla transformado en un verdadero derecho subjetivo del particular con la subsiguiente posibilidad de su articulación ante el poder judicial aún cuando el pretensor se hallare desvinculado de la relación jurídico material deducida en el proceso; si así fuera, se debería concluir en que, por ejemplo, la vulneración ilegal de un derecho subjetivo consentida por el interesado directo podría, sin embargo, ser impugnada por otros sujetos, lo cual hasta el momento ni siquiera ha sido sugerido. (CNContenciosoadministrativa, Sala V, octubre 10-1995, *"Consumidores Libres Coop. Ltda. de Prev. serv. de acc. com.- c/ Estado Nacional – Dto. 702/95 s/ Amparo*", Boletín Interno de la Cámara, sumario Nº K0010107)

El art. 43 del texto constitucional solamente apodera a sujetos distintos del "afectado" directo, esto es, al Defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a la tutela de los derechos de incidencia colectiva en general, a promover la acción diseñada en su primer párrafo; no obstante lo cual resulta evidente que tal acción procede únicamente cuando un acto u omisión de autoridades públicas o de particulares en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. (CNContenciosoadministrativa, Sala V, octubre 10-1995, "*Consumidores Libres Coop. Ltda. De Prev. serv. de acc. com.- c/ Estado Nacional – Dto. 702/95 s/ Amparo*", Boletín Interno de la Cámara, sumario Nº K0010107).

Los usuarios del Mercado Central de Buenos Aires carecen de legitimación para interponer acción de amparo contra el convenio suscripto por el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por el cual se habrían modificado los alcances del perímetro de protección establecido para dicho mercado según el régimen de la ley 19.227 y el convenio previsto en el art. 34 de la citada norma legal, ya que el perímetro de protección es un derecho del concesionario y no del usuario (CS, votos de Cavagna Martinez, Fayt, Belluscio, Petracchi, Moliné O'Connor. Dis: Barra. Abs: Levene, Nazareno, Oyhanarte, Competencia Nº 208. XXIII. "*ACOHOFAR y otro c/ Estado Nacional y otros s/ amparo*", 01/10/90)

La circunstancia de que la asociación actora haya demandado por la vía prevista en el art. 322 del Cód. Procesal de la Nación no constituye óbice para la aplicación del art. 43 de la Constitución Nacional, en lo que respecta a su legitimación para accionar, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo. (CS, Abril 22 - 1997, "*Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la Rep. Argentina c/ Provincia de Buenos Aires*", La Ley, 1997-C, 322)

Los usuarios del servicio eléctrico se encuentran legitimados en su doble carácter de usuarios y de afectados (arts. 42 y 43, Constitución Nacional), para interponer acción de amparo respecto de la pretensión de la Municipalidad de Santa Fe y la Empresa Provincial de Energía de implementar como adicional a

la tarifa de consumo de energía domiciliaria, una denominada "tasa de alumbrado público" para sufragar los gastos que demanda el consumo de energía eléctrica por parte del municipio, cuya amenaza de implementación aparecía como inminente al momento de interposición de la demanda, de conformidad con la remisión por el Departamento Ejecutivo del mensaje Nro. 57 de fecha 12/12/95 acompañando un proyecto de ordenanza al Consejo Municipal para autorizar su concreción. (CCivil y Com. Santa Fe, Sala II, febrero 19-1997, "*González Riaño, Eduardo y otro c/ Municipalidad de Santa Fe y otra*", La Ley Litoral, 1998 -775, con nota de Hernán J. Martínez).

63.3 Legitimación en materia ambiental y demás derechos difusos

El tránsito de la defensa de las individualidades que tipificó buena parte de los códigos de fondo, hacia la tutela de los derechos difusos, obedece a contigencias claras que señalaron globalmente la crisis padecida.

Una de ellas llega con la grave repercusión de las guerras mundiales, las que advierten como las individualidades eran incapaces de frenar las intemperancias de la conflagración. Tanto como le sucedió al Pacto de Versalles de 1919 que, bajo la Sociedad de las Naciones, no pudo impedir el sacrificio general de derechos y el furibundo envilecimiento de la dignidad humana.

El resurgimiento de los derechos del hombre viene con las Declaraciones Americana y Universal de mediados del siglo XX, que dan lugar a una nueva categoría de derechos: los derechos humanos, entre los que se encontraban los que se llamó de la tercera generación.

Estos, fueron destinados a tutelar una diversidad de conflictos de masa, una generalidad de perjuicios que no tenían un particular damnificado, sino a toda un grupo o categor¡a social.

Por eso suelen llamarse también intereses difundidos, expresando en consecuencia el aspecto de indeterminación, o propagación subjetiva del motivo a defender.

Son los derechos a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, los derechos del consumidor de bienes y servicios, los derechos que provienen del arte, los derechos de las razas y de las culturas, entre otros notables por su dimensión.

Lo característico de ellos es que aparecen considerados en declaraciones sobre Derechos Humanos, pactos y convenciones internacionales; se trasladan después a las Cartas Fundamentales, y recién al final, consiguen organizar un sistema autonómico de cobertura normativa. A veces, el pasaje en el último tramo es inverso. Se da primero la ley y después el reconocimiento constitucional.

La traspersonalización caracteriza el objeto, pero es la dimensión del grupo subjetivo lo que determina la verdadera noción de difuso o colectivo, pues entre ambos, hay cierta identificación que confunde y corresponde esclarecer.

El derecho o interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado. Mientras que los derechos de incidencia colectiva (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) reconocen y definen un sector particular del gravamen.

Por ello, resulta más correcto hablar de derechos o intereses cuya pertenencia es difusa o colectiva. En el primer grupo hallamos aquellos derechos que no encuentran un titular efectivo, sino varios que tienen, algo así, como cuotas indeterminadas del interés que persiguen (V.gr.: medio ambiente, ecología, salubridad, etc.). Mientras que son colectivos los que pueden protegerse a través de asociaciones o grupos que asumen la representación correspondiente del interés agraviado (V.gr.: derechos del consumidor, defensa de la competencia, discriminación, etc.).

No obstante los límites son muy imprecisos y hasta resulta baladí establecer una diferencia entre las categorías.

Ahora bien, los derechos difusos requieren una construcción técnica que le permita superar la eficacia moral o declamativa de los enunciados. Para ello, deben precisarse como derechos antes que simples intereses, o bien, aceptar que hay intereses que por su cualidad merecen ser atendidos de inmediato sin importar el carácter que inviste la persona o el grupo que para sí los reclama.

Si fueran derechos fragmentados se mantendría la idea de personificación del interés, tal como sucede con el derecho subjetivo. Pues habría que superar la barrera ideológica de la pertenencia, tanto como del daño identificado.

Si lo primordial de los derechos difusos es la indeterminación, significan un plus a la protección ya reconocida de ciertas situaciones o intereses.

Por tanto, los derechos difusos son preponderantemente derechos híbridos, que poseen un alma pública y un cuerpo privado, que trasciende el derecho subjetivo particular y extiende el campo de la protección pública. Son, en definitiva, intereses pluriindividuales de relevancia pública cuya forma más natural y corriente de representación es la asociativa.

a) Características de los derechos difusos.

El reconocimiento constitucional fue el hecho normativo más importante en la lucha por obtener un espacio consolidado para los derechos difusos.

El problema inmediato aparece en la coherencia que se espera con el sistema normativo inferior, las reglamentaciones consecuentes y los mecanismos locales de asistencia y protección.

La operatividad de los preceptos constitucionales es inmediata, pero la especificación de necesarias particularidades no puede postergarse.

De todos modos, el problema en ciernes esta en dar vida a los intereses jur¡dicamente protegidos, a cuyo fin obra en primer lugar resolver la legitimación procesal que tendrán estas asociaciones o grupos sociales.

En el plano de las subjetividades, el derecho difuso muestra que originariamente responde a un individualismo presente (es la idea de

fraccionamiento o cuota del interés), aunque genéticamente es supraindividual para su desenvolvimiento.

También es colectivo el derecho que ostenta, debiendo definirse las características de los grupos o asociaciones que lo representen. Ya sea determinados por un número prefijado de miembros y condiciones de asociación; o, en su caso, sin fijar requisitos y permitir la representación eventual.

También, los derechos difusos son esencialmente fungibles, en la medida que la tutela diferida es aceptada a particulares o asociaciones "que propendan a esos fines".

Finalmente, por el espacio donde están situados, podemos sostener que son derechos participados en lo público y en lo privado, lo cual permite interpretar con mejor encuadre la relación entre grupos y entidades intermedias.

Lo público son los intereses, en cuanto dimensión cualitativa de las preocupaciones sociales. No se trata, en consecuencia, de la captación de los intereses individuales o colectivos que aspiran concretar la defensa de los derechos colectivos o públicos, en su carácter de ciudadanos o miembros de la colectividad local o nacional, aunque pudieran hacerlo invocando u derecho subjetivo propio.

b) La protección judicial

Las necesidades pueden ser individuales, es cierto; pero también lo es que, en el caso, fundamentalmente son colectivas o genéricas, y se integran al concepto de perdurabilidad de las situaciones aflictivas. Esto es, 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".

Estas acepciones doctrinarias se reflejan en la jurisprudencia dictada a la fecha. Así se ha interpretado que resulta procedente la legitimación activa del actor – vecino de la Provincia de Buenos Aires – en la acción de amparo en donde se solicita la nulidad del llamado a licitación para la construcción de una planta de residuos peligrosos (ley 24.051) al haber consagrado expresamente la C.N. que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo (art. 41 C.N.) consagrando una protección procesal especial para ese nuevo derecho así consagrado, mediante la acción de amparo, que según el art. 43 de la C.N., cuando se trata la protección de los derechos relativos al ambiente, la acción podrá ser interpuesta por el afectado. (CNCont. Adm. Fed., Sala 03, setiembre 8-1994, *"Schroeder, Juan c/ E.N. (Secr. de Recursos Naturales) s/ Amparo*", Boletín Interno de la Cámara, sumario Nº K0007586; La Ley, 1994-E, 449).

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 a las exigencias de la realidad;

paralelamente, las vías procesales vigentes tendrán que ser adecuadas a los fines del juego de los derechos inherentes a tales intereses. De esta manera, y si se dan los presupuestos comunes al amparo, ningún inconveniente existe en proporcionar esa vía para la puesta en marcha y aplicación de la tutela consiguiente.

En el campo de los “intereses difusos” es evidente que no es sólo la cosa pública la que aparece directamente dañada sino que es el conjunto de los habitantes de una manera personal y directa; respecto de ellos el derecho objetivo tiene que acordar un esquema de protección, dando legitimación para obrar al grupo o individuo que alegue su representación sin necesidad de norma específica al respecto (“Ombudsman”, “clase action”, acción popular, acción civil pública brasileña, etc., cfr. *Informe Anual 1988-89 de la Controladuría General Comunal de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, p. 12*).

Siendo que en nuestro medio existe un funcionario que se encuentra a disposición de los vecinos para protegerlos frente a la mala actuación de la Administración Municipal o sus agentes (Ordenanza del Honorable Consejo Deliberante Nro. 40.831 de fecha 17/10/85), cabe reconocer su legitimación activa en los términos del art. 5to. De la ley 16.986. (CNCiv., Sala K, febrero 28-1991, “*Cartañá, Antonio E. H. Y otro c/ M.C.B.A. s/ Amparo*”, SAIJ, sumario Nº C0008529)

El interés simple es definido como ese interés vago e impreciso, no individualizado, perteneciente a cualquiera, no reconocido o tutelado en modo directo por el ordenamiento jurídico, relativo al buen funcionamiento de la administración, que si bien no legitima la actuación del particular que lo invoca en el procedimiento administrativo (menos, naturalmente, en el proceso contencioso administrativo) tolera, en cambio, la posibilidad de una participación acotada (v.gr. la radicación de denuncias) (CNContencioso-administrativa, Sala II*, "Barcesat, Eduardo c/ Gobierno Nacional (exp. 8/94) s/ Amparo*", marzo 22-1994, del voto de la juez Herrera).

La regulación de ciertos intereses comunitarios o supraindividuales "difusamente" protegidos, compete primariamente al órgano legislativo. La recepción en norma legal compone, pues, condición necesaria para que el interés difuso o colectivo, adquiera relevancia en orden a la proyección legitimadora. Y en tal sentido, no parece alcanzar una genérica referencia normativa sino que se precisa el diseño de una organización legal compleja que claramente defina los derechos de los sujetos portadores y las obligaciones de la Administración. ((CNContencioso-administrativa, Sala II*, "Barcesat, Eduardo c/ Gobierno Nacional (exp. 8/94) s/ Amparo*", marzo 22-1994, del voto de la juez Herrera).

El art. 43 de la C.N., excepción hecha de las facultades que acuerda al Defensor del Pueblo y a las asociaciones registradas conforme a la ley, no innova en materia de legitimación, requiriendo -al igual que ya lo hacía el art. 5 de la ley 16.986- la presencia del "afectado", es decir, del agraviado concreto por la interferencia de un derecho o interés propio (aún cuando el texto de la Ley Fundamental no requiera que el derecho tenga raigambre constitucional) al que el ordenamiento jurídico positivo confiera tutela jurisdiccional (confr. ésta Sala in re: "*Soñes, Raul Eduardo c/ P.E.N. s/ amparo ley 16.986*", sentencia del

22/12/94). (CNContenciosoadministrativa, Sala I, *"Asociación Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo ley 16.986*", mayo 9-1995)

El art. 43 de la C.N. -además de unificar la legitimación pasiva- únicamente ha extendido la calidad de sujetos exponenciales en el amparo a las asociaciones que propendan a fines ligados a los derechos de incidencia colectiva y al defensor del Pueblo (párrafo tercero), posibilitando -sin llegar a consagrar un derecho subjetivo a la pura legalidad- que determinados sujetos no vinculados estrictamente a una concreta relación material puedan, sin embargo, deducir la acción. Tal articulación normativa no provoca, como lo ha puntualizado reiteradamente la Sala, la pretermisión de los mecanismos ordinarios, por lo cual la acción de amparo no ha perdido su carácter excepcional. (CNContenciosoadministrativa., Sala V*, "Raster S.A.C.I.F.M. c/ E.N. (M de Economía) s/ amparo*", Causa: 5742/96, diciembre 4-1996, C.N. Art.. 43)

En cuanto a la legitimación activa para instar una causa judicial tendiente a reclamar la protección de los llamados intereses colectivos o difusos, toda vez que aparece comprometido de manera exclusiva un interés individual o particular (trátase en el caso del derecho a la salud pública); existe una marcada evolución ante la falta de legislación local o nacional que específicamente contemple la protección de tales derechos propiciándose le sea acordada al Ministerio Público o a las Asociaciones que tengan por finalidad la protección de alguno de los derechos comprendidos en dichos conceptos o en la necesidad de creación para tal fin de un funcionario con similares facultades del "OMBUDSMAN" escandinavo, hasta llegarse a ser admitida por toda persona, como en las nuevas constituciones de San Juan y Salta. (Capel.CC Azul, agosto 23-1989, Voto del Juez Céspedes, "*MIRASUR S.A. c/ Municipalidad de Tandil s/ Acción de amparo*)

En principio, se ha excluido del ámbito del amparo, los casos en los cuales los contratantes disputan el alcance de un contrato y pretendan, uno u otro mantener provisoriamente una situación de hecho. En el mismo orden de ideas se ha sostenido que el amparo no cubre los derechos patrimoniales por cuanto los mismos se hallan suficientemente protegidos por el derecho privado y la legitimación común. No obstante tal concluyente negativa ha sido morigerada por la doctrina y jurisprudencia en función de que en ciertos casos hay que aceptar la vía del amparo, para que no queden sin protección ciertas garantías constitucionales. (Capel.CC Azul, agosto 23-1989, Voto del Juez Céspedes, "*MIRASUR S.A. c/ Municipalidad de Tandil s/ Acción de amparo*).

El supuesto previsto por el art. 43, párr. 2º, de la Constitución Nacional presupone que el derecho o interés que aduce el afectado para entablar la accción de amparo presenta un adecuado 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 acción popular, pues la legitimación no se reconoce a cualquiera sino a quienes participan de un determinado interés colectivo. Ello así, aún cuando todos quienes componen una sociedad compartan el mismo interés, pues en tal caso la legitimación no se inviste por ser cualquiera de ese grupo o sociedad, sino por participar en un interés tan amplio como cuantitativamente lo es el grupo o la sociedad. (Juzg.

Federal Contenciosoadministrativo Nº 1, Octubre 30-1997*, "Monner Sans, Ricardo c/ Poder Ejecutivo Nacional*", La Ley 17/7/98, fallo 97.508)

Mientras el art. 43 de la Constitución Nacional en su párr. 1º legitima activamente para deducir la acción de amparo a toda persona víctima de un acto lesivo, con lo cual presupone el daño a un derecho subjetivo clásico, su párr. 2º indica a los sujetos investidos de legitimación para accionar en función de un interés de tipo colectivo. De esta forma, los derechos involucrados en los arts. 41 y 42 del citado ordenamiento, y aquellos que admitan ser conceptualizados entre los derechos de incidencia colectiva en general, confieren legitimación para deducir el amparo al afectado, el defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines y que estén registradas de acuerdo con la ley. En consecuencia, se trata de factores de atribución de legitimación en función de circunstancias puramente objetivas. (Juzg. Federal Contenciosoadministrativo Nº 1, Octubre 30-1997*, "Monner Sans, Ricardo c/ Poder Ejecutivo Nacional*", La Ley 17/7/98, fallo 97.508)

Cualquiera sea la posición que se adopte frente al art. 43 de la Constitución Nacional, no cabe duda que la actora se encuentra legitimada para reclamar por un predio cuyas condiciones son inconvenientes para los habitantes de la ciudad y para las personas que en él habitan y que se encuentra ubicado a pocos metros de su domicilio real. Ello es así, en tanto no puede negarse que lo que allí acontece la afecta de un modo directo.(CNCiv., sala D, agosto 28-1995). ED, 165-214.

63.4 Legitimación del Defensor del Pueblo

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*".

¿Qué significa el precepto? ¿Qué alcance corresponde asignarle? ¿Se trata de un marco impreciso sujeto a una ley reglamentaria? o, en cambio, ¿es una disposición operativa que tiende a evitar frustraciones en el acceso a la justicia?.

Cada uno de estos interrogantes deben ser resueltos para esclarecer el tema tan polémico de la legitimación procesal.

En el caso del ombudsman resulta interesante ver como funciona el presupuesto de la legitimación en la causa, en la medida que la legitimación para el procedimiento esta previamente reconocida, por v¡a de principio, en la norma constitucional.

En estos casos, más que de una personalidad que identifique el derecho reclamado, se observa una representación que transforma la tipicidad habitualmente exigida.

En Argentina, la legitimación procesal que se otorga al Defensor del Pueblo 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, priorice por sobre la acreditación del derecho subjetivo, 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 tres categorías de individuos 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: a) el afectado, b) el Defensor del Pueblo, c) las asociaciones registradas.

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 el ombudsman, que se completa en el párrafo final del apartado, cuando agrega que tiene también 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 ombudsman cuando el desconocimiento se advierta.

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.

Este derecho a la jurisdicción 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 a través del ombudsman, está indicado para los "intereses" (demás derechos, garantías e intereses, dice la Constitución).

Estos están referidos al conjunto de acciones que el individuo tiene derecho a sostener y no los encuentra entre los anteriores.

Dichos intereses pueden ser diversos y vincularse a la persona según la intensidad de protección y particularidad exclusiva que reuna en torno a él. Podrán ser directos y encuadrarse como "legítimos"; indirectos y mediatos, y como tales soportados en la categoría de los "intereses simples"; o estar inmersos en la órbita de los intereses masivos que no identifican a ningún

titular específico porqué el derecho es de todos, e instalarse como "intereses difusos".

Esta discriminación de intereses puede abordarse sin diferencias por el Defensor del Pueblo, porqué cuando el artículo 43 constitucional menciona a "toda persona", encuentra, por supuesto, al ombudsman.

Asimismo ocurre con el signado especial que tiene el protector del ciudadano respecto a intereses categorizados como de "incidencia colectiva", otorgando especial reconocimiento a los antes llamados intereses difusos que tienen ahora explícita positivización.

Todos los derechos humanos, sin interesar por ahora su determinación y perfil en normas internas o infraconstitucionales; también las declaraciones y garantías establecidas en la Norma Fundamental; los abusos e intolerancias de la Administración pública y el control para que esta última se desenvuelva con eficacia, son destinos prefijados para la tarea guardiana del ombudsman.

Si lleva a cabo esta tarea, podrá actuar 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.

La jurisprudencia sostiene lo siguiente:

La legitimación del controlador comunal se encuentra condicionada a que la acción u omisión que se intenta cuestionar por la vía del amparo, le provoque un perjuicio a la comunidad, de manera que su intervención es improcedente en los casos en que se encuentra en juego solamente el interés particular, sin trascendencia comunitaria. (CNCiv., sala B, Mayo 4-1995, "*Ombudsman de Buenos Aires c/ Municipalidad de Buenos Aires*")

Tiene legitimación activa el Controlador General Comunal para interponer una ación de amparo en defensa de los intereses difusos que entiende afectados para la concesión de la explotación del Jardín Zoológico. (CNCiv., Sala K, Febrero 28-1991.- "*Cartañá, Antonio c/ Municipalidad de la Capital*", DJ, 1991-2 -471)

Aun cuando se admita que el ombudsman municipal en cumplimiento de su misión legal, haciendo uso de sus funciones y atribuciones, inicie acciones judiciales, incluso la de amparo, no está facultado para deducir acción de amparo respecto de la resolución 893/95 del Secretario de Hacienda y Finanzas del Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, mediante la cual se dispuso la reducción de las retribuciones de los agentes municipales de conformidad con los términos de los arts. 2º y 3º del decreto 290/95 del Poder Ejecutivo Nacional. Ello es así, por cuanto la legitimación del Controlador Comunal se encuentra condicionada a que la acción u omisión que se intenta cuestionar por vía judicial le provoque un perjuicio a la comunidad, de manera que su intervención es improcedente en los casos en que, manifiestamente, se encuentre en juego solamente el interés particular, sin trascendencia comunitaria (CNCiv., sala B, mayo 4-1995). ED, 163-467.

Recientemente se sostuvo que el Defensor del Pueblo de la ciudad autónoma de Buenos Aires se encuentra legitimado para accionar con el objeto

de que se declare la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica por los daños causados a los usuarios con motivo de la interrupción del servicio, pues su legitimación surge de las facultades que le confiere el art. 137. de la Constitución de dicha ciudad, que otorga una protección mayor a los derechos de los usuarios que la contenida en la Constitución (CNFed. Civil y Comercial, Sala I, "*Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires c/ Edesur*", marzo 16-2000, La Ley 2/6/2000)

La legitimación que el art. 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional reconoce en materia de acción de amparo al Defensor del Pueblo, a los particulares afectados y a las asociaciones que procuran la defensa de los consumidores y usuarios y del medio ambiente, abarca los supuestos en que se encuentran comprometidos derechos de incidencia colectiva relacionados con el medio ambiente, la salud pública, los servicios públicos y no derechos subjetivos o exclusivos de los ciudadanos o usuarios (CNFed. Civil y Comercial, Sala I, "*Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires c/ Edesur*", marzo 16-2000, La Ley 2/6/2000).

63.5 Jurisprudencia Complementaria

LEGITIMACION EN EL AMPARO: INTERPRETACION DEL ART 43 DE LA CN -

Cuando el art. 43 de la Constitución Nacional habla del "afectado", lo hace con referencia a quien pudiera invocar un interés legítimo.(Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso administrativo Federal Nº 9, junio 23-1995). ED, 164-591.

LEGITIMACION PARA LA PROTECCION DE DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

La legitimación activa de quien inicia acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional a fin de que se ordene la publicación del art. 68 bis de la Constitución Nacional oportunamente aprobado por la Convención Constituyente, por considerar que la omisión de su publicación vulnera la soberanía popular y que, de no subsanarse la mencionada omisión, se generaría un profundo descreimiento en las instituciones democráticas, surge en razón de que si tal como lo establece el art. 21 de la Ley Fundamental, "todo ciudadano está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución conforme a las leyes que dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo Nacional", con igual razón todo ciudadano argentino, sin exclusión de ninguna naturaleza, tiene el derecho a una Constitución integrada y a la publicidad de todos los artículos que la componen; sin que deba pasarse por alto que se trata de una circunstancia absolutamente excepcional y extraordinaria en la vida institucional argentina.(Juzgado Federal de Primera Instancia Nº 1, Salta, octubre 25-1994). ED, 161-531.

LEGITIMACION DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS BANCARIOS

Dado que el poder de juzgar sólo ha de ejercerse en la medida en que perdure una situación de conflicto de intereses contrapuestos en el marco de una "controversia" o un "caso", cabe rechazar la acción de amparo interpuesta por un usuario del servicio bancario, tendiente a obtener que el Banco Central levante toda limitación de la información respecto del sistema bancario nacional y a que se declare la inconstitucionalidad de aquellas medidas que suponen una desinformación respecto de la evolución del mismo; ya que, los posibles alcances que una eventual sentencia favorable podría llegar a tener en la esfera propia del accionante, ponen en evidencia la inexistencia de causa judicial que tenga por finalidad la tutela de los intereses alegados por las partes. Debiendo, además, señalarse que la mentada acción no introduce alteración en el orden legal de las competencias, ni permite soslayar los trámites ordinarios ni es apta para autorizar a los jueces a irrumpir en asuntos ajenos a su jurisdicción; tanto menos si, como en el caso, tampoco se ha demostrado que el acto administrativo cuestionado haya restringido, lesionado o alterado derechos o garantías constitucionales.(CNCont.-adm. Fed., Sala II, octubre 12-1995). ED, 167-94.

LEGITIMACION DE LAS PROVINCIAS (PASIVA)

Para que la provincia sea parte en sentido nominal se requiere que figure expresamente como tal en juicio, mientras que lo referente a la exigencia de ser parte sustancial significa que debe tener en el litigio un interés directo que surja manifiestamente de la realidad jurídica, más allá de las expresiones formales usadas por las partes, ya que no tendría sentido atribuir el carácter de parte en una causa a quien no aparece como tal en el expediente.(CS, diciembre 6-1995, Pertile, Elda Aída s/inicia acción de amparo).

LEGITIMACION DE LOS DIPUTADOS (INVOCA REPRESENTACION DEL PUEBLO - PRIVATIZACION DE AEROLINEAS ARGENTINAS)

La invocada representación del pueblo con base en la calidad de diputado nacional que inviste el actor no le confiere legitimación a los efectos de iniciar la acción de amparo incoada tendiente a que se ordene al estado Nacional que la forma societaria que deberá adoptar la empresa aerolíneas argentinas, como consecuencia del trámite de adjudicación en curso, se encuadre dentro de los tipos vigentes tal cual reza el art. 6 de la ley 23696; ello es así, pues el ejercicio de la mencionada representación encuentra su quicio constitucional en el ámbito del poder legislativo, para cuya integración en una de sus cámaras fue electo, y en el terreno de las atribuciones dadas a ese poder y a sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del congreso. Tampoco la mencionada calidad parlamentaria lo legitima para actuar en

resguardo de la división de poderes ante un eventual conflicto entre normas dictadas por el poder ejecutivo y leyes sancionadas por el congreso, toda vez que con prescindencia de que este último cuerpo posea o no aquel atributo procesal, es indudable que el demandante no lo representa en juicio. (CS, Septiembre 6-1990). ED, 139-323.

LEGITIMACION DE PROFESANTES RELIGIOSOS

Aunque existiera una norma que prohibiera la introducción, edición, distribución y circulación de libros ofensivos para las religiones, y facultare a la Secretaría de culto de la nación a calificar en ese sentido a las obras literarias, ante la omisión de esta autoridad de calificar el carácter ofensivo del libro los versos satánicos, no legitimaria al actor, por el solo hecho de profesar la religión musulmana, para exigir judicialmente la conducta; legitimación, que en el mejor de los casos solo podría acordarse a las autoridades de ese culto, cuyo criterio sobre el eventual carácter sacrílego de una obra literaria puede coincidir o no con el propio y subjetivo criterio de cada una de las personas que lo profesan. (1ª Instancia Cont.-Adm. Fed., Juzgado n 1, noviembre 8-1989). ED, 139-438.

LEGITIMACION: GENERALIDADES PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Para ser parte en todo proceso de amparo se requiere que quien lo articula, proceda en virtud de un derecho propio vulnerado, concediéndose tal legitimación al titular del derecho lesionado (art. 6°, ley 7166), o sea, a quien ha sufrido la violación de sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley, y tiene interés en que cese la misma; sin embargo, por ser esta acción de naturaleza excepcional y de trámite sumarísimo, no resulta imprescindible acreditar la certeza definitiva de la titularidad del derecho invocado, bastando que se proceda en virtud de un derecho propio vulnerado o de un ataque a intereses legítimos del peticionante, para que pueda accederse a la jurisdicción (C1ra. CC San Isidro, Sala II, marzo 16-1989). ED, 133-81.

LEGITIMACION DE LOS CONVENCIONALES CONSTITUYENTES (TUCUMAN)

Si quienes recurren en acción de amparo contra la honorable convención constituyente reformadora de la Provincia de Tucumán a fin de que se declare la inconstitucionalidad y nulidad del reglamento interno de la misma, en general, y en particular, en sus arts. 3 y 4, acreditan la calidad de convencionales constituyentes, y habiendo jurado cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional y provincial, no pueden sesionar con un reglamento que consideran agravia tales normas que precisamente juraron respetar, ello los habilita en forma suficiente para incoar legítimamente la acción; además, sin perjuicio de la validez de tal argumentación, el derecho a la

acción publica es un derecho fundamental previsto en la constitución de estado, pues así lo consagra el derecho a peticionar a las autoridades del art. 14 de la Constitución Nacional (del voto del doctor Pedraza, al que el doctor Rodríguez Marañon adhiere). (CS Tucumán, Abril 6-1990). ED, 138-620.

LEGITIMACION DE PRESIDENTE DE PARTIDO POLITICO (PROVINCIA DE TUCUMAN)

Si se ha acreditado que el presidente del partido tiene su representación, ello resulta suficiente a los efector de la legitimación activa para incoar acción de amparo contra el gobierno de la provincia de Tucumán a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los decretos 2122/1 y 2123/ 1 y se disponga la suspensión de los comicios para la renovación de legisladores y elección de convencionales constituyentes, sin que se advierta la necesidad del otorgamiento de poderes especialísimos en razón de no comprometer en modo alguno la existencia del partido político que representa, sino mas bien se limita al ejercicio de sus eventuales derechos políticos. (CS Tucumán, Octubre 31-1989). ED, 138-516. Con nota de Armando N. Canosa.

LEGITIMACION DE CIUDADANOS CON INTERES SIMPLE (TUCUMAN)

El actor carece de legitimación activa en su carácter de ciudadano provincial, para interponer acción de amparo a fin de que se declare la inconstitucionalidad del art. 135 de la Constitución de la Provincia de Tucumán de 1990, con fundamento en que el cese anticipado de legisladores colisiona con principios constitucionales, por los cuales estaban garantizados el desempeño de sus funciones. Ello es así, ya que como ciudadano provincial, sólo tiene un interés simple que, conforme al régimen constitucional y provincial local carece de tutela jurisdiccional, salvo el excepcionalísimo supuesto previsto en el art. 5, última parte, de la Constitución, textualmente idéntico al que tenía en la de 1907 (del voto en disidencia de los doctores Falu y Muñoz). (CS, Tucumán, setiembre 28-1990). ED, 142-205.

LEGITIMACION DE LOS USUARIOS DEL MERCADO CENTRAL

Los usuarios del Mercado Central de Buenos Aires carecen de legitimación para interponer acción de amparo contra el convenio suscripto por el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires por el cual se habrían modificado los alcances del perímetro de protección establecido para dicho mercado según el régimen de la ley 19227 y el convenio previsto en el art. 34 de la citada norma legal, ya que el perímetro de protección es un derecho del concesionario y no del usuario (disidencia del doctor Barra).

(CS, Octubre 23-1990, Acohofar y Otro c. Estado Nacional y Otros).

LEGITIMACION DE LOS PARTIDOS POLITICOS

Los partidos políticos resultan los interesados, naturales del sistema democrático para preservar la legitimidad y transparencia de cualquier acto comicial. En definitiva actúan en amparo de las instituciones y del mismo modo que el ciudadano común pueden acudir a la justicia a título propio, calificados todavía en su legitimación por ser instrumentos fundamentales en la democracia representativa y republicana (disidencia del doctor Negri). (SC, Buenos Aires, Julio 31-1990). ED, 141-799.

LEGITIMACION DE LOS CIUDADANOS (COMO REPRESENTANTE DE UNA PROVINCIA)

Aunque la ley de amparo no se refiera a supuestos como el del caso, en donde se persigue la salvaguarda de la autonomía de una provincia ante la intromisión ilegítima del poder œntral, ofrece cauce a la pretensión intentada que, en vez de invocar un derecho subjetivo, invoca un interés colectivo y debe reconocérsele legitimación a quien acredita este interés para promover una vía judicial apta para su defensa. En tal sentido, la cuestión planteada en el caso por un representante de una provincia de la confederación es harto suficiente para conceder la legitimación requerida y no pueden valer argumentos formales (puramente formales) cuando está en juego la interpretación de normas constitucionales que no sólo hacen a la provincia de Corrientes sino también a la salud misma del sistema republicano. (1ª Instancia Cont.-Adm.Fed. [Juzgado N 2], setiembre 1-1992). ED, 149-432.

LEGITIMACION :PROTECCION DE LOS INTERESES DIFUSOS

Conforme se ha dicho, no existe algo más real que los intereses llamados difusos y resulta infantil y tonto decir que no son de nadie o que no son propios de cada individuo; y, a estos intereses, hay que concederles espacio procesal partiendo de la base de conceptos existentes en materia de legitimación y si se dan las supuestas comunas del amparo, no deben existir inconvenientes para accionar y conseguir la tutela consiguiente por esta vía. (1ª Instancia Cont.-Adm.Fed. [Juzgado Nº 2], Setiembre 1-1992). ED, 149-432.

LEGITIMACION DE INSTITUCIONES DE SALUD (MENDOZA)

En el caso, constituye argumento suficiente para fundar la legitimación activa del sanatorio accionante, el hecho de que al haber prestado el mismo servicio médico de alta complejidad técnica ha efectivizado dos intereses jurídicamente protegidos: uno, la imagen pública de ese establecimiento asistencial, que tiene un valor económico indirecto, y otro, el patrimonial directo,

que reconoce una doble fuente: los porcentajes que se distribuyen con las sociedades prestatarias del servicio que lo prestan dentro del espacio físico de la entidad y las ganancias obtenidas a través de los servicios auxiliares. Ello así, no caben dudas que el establecimiento asistencial se encuentra con legitimación activa suficiente para intentar una acción contra un convenio que le impide seguir prestando esos servicios como lo venía realizando hasta el presente. (SC Mendoza, sala I, marzo 1-1993). ED, 153-163.

LEGITIMACION: PROTECCION DE LOS INTERESES DIFUSOS

La teoría de los intereses difusos que permite englobar en un amplio abanico a los titulares de la legitimación activa, tiene como efecto colateral propio de su naturaleza jurídica la de atenuar el contenido de esa legitimación, justamente por efecto del reparto entre varios titulares. (Juzgado Federal de 1ª Instancia de Santa Rosa, La Pampa, Secretaría Civil, mayo 20-1993). ED, 154-145.

LEGITIMACION DE LAS FUNDACIONES

Una fundación que tiene por finalidad, entre otras, emprender cualquier acción vinculada con la defensa y preservación de los recursos hídricos, carece de legitimación activa para incoar acción de amparo contra Yacimientos Petrolíferos Fiscales en su carácter de empresa estatal dedicada a la explotación de hidrocarburos supuestamente contaminantes del medio fluvial. Ello es así pues, aunque en virtud de su finalidad, la fundación tendría la posibilidad de hacer valer los intereses difusos de la comunidad en una instancia judicial, en un recurso de amparo de naturaleza supletoria y residual por definición legal, se debe descartar la aplicación de dicha teoría cuando existan antepuestos derechos subjetivos más inmediatos, cuales son los de los pobladores ribereños que usufructúan para consumo y riego el agua del río, y de las personas jurídicas encargadas de la explotación hidroeléctrica. (Juzgado Federal de 1ª Instancia de Santa Rosa, La Pampa, Secretaría Civil, mayo 20-1993). ED, 154-145.

LEGITIMACION DE LOS CIUDADANOS EN DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

La legitimación de los particulares para actuar en defensa de los intereses colectivos tiene gran trascendencia política e institucional, pues se vincula a una concepción solidaria de la vida social para la cual los hombres colaboran activamente en la prosecución del bien común; por ende, debe considerarse a la acción pública como un activante de las funciones administrativas cuando estas no son cumplidas espontáneamente por los poderes constituidos. (CNCiv., sala I, abril 29-1993). ED, 154-380.

LEGITIMACION DE LOS PRECANDIDATOS

Conforme lo expresa la doctrina, todo amparo importa una pretensión y una solución de condena, pues apunta a fulminar el acto o la pasividad del poder público, pero imponiendo al mismo tiempo un deber de hacer o una abstención conf. art. 12, inc. b, ley 16986 de modo que por más que se llegue a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, el mismo, a diferencia de una sentencia "mere declarativa" importa el establecimiento de un "plus" susceptible de ser ejecutado. Ello así, en el caso dicha sentencia jamás podría ser dictada pues si se acogiera el amparo y se declarara la inconstitucionalidad del decreto 379/93, no sería posible dictar sentencia de condena alguna a cumplir por parte de la autoridad pues no existe derecho vulnerado concreto y actual del amparista pues no reviste carácter de precandidato con posibilidades ciertas de ser electo; tampoco se podría imponer la oficialización de una lista del partido que contuviera la candidatura del recurrente, pues sencillamente esa lista no existe. Es por lo expuesto que corresponde confirmar la sentencia recurrida en cuanto rechazó el amparo por carecer el accionante de un interés concreto que se encuentre afectado por la norma que impugna careciendo por ende, de legitimación ad causam. (CNElectoral, abril 30-1993). ED, 153-344.

LEGITIMACION PARA LA PROTECCION DE LOS RECURSOS HISTORICOS CULTURALES

La conservación de los recursos históricos culturales, es un derecho que reconoce su fuente en el artículo 33 de la Constitución Nacional, por lo tanto, no puede predicarse la obligación del actor de requerir la legitimación activa personalizada en el Defensor del Pueblo, desconociendo su propia legitimación, a los efectos de promover su tutela judicial por vía de la acción de amparo. (C5ª CC Córdoba, agosto 12 1994). ED, 159-359.

LEGITIMACION DE DIPUTADOS Y CIUDADANOS (INVOCAN AMBAS CALIDADES)

Cabe rechazar la acción de amparo interpuesta por dos Diputados de la Nación tendiente a que se declare la nulidad e invalidez del proceso preconstituyente, en tanto los mismos carecen de legitimación activa para ello pues, en su carácter de ciudadanos, no alegaron violación concreta de ningún interés propio al cual el ordenamiento vigente le confiere protección jurisdiccional y, en su calidad de Diputados, tampoco han indicado restricción alguna al ejercicio pleno de sus facultades, que fundamente la impugnación conducida mediante la acción intentada (del fallo del Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal). (CS, abril 7-1994)

LEGITIMACION DE LOS CIUDADANOS (PARA QUE SE DECLARE LA NULIDAD DE UN PROCESO LEGISLATIVO)

A fin de preservar el principio de la división de poderes, el control judicial sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere la existencia de un -caso- o -controversia judicial-. Por ende, cabe concluir que la condición de ciudadano no es apta para fundar la acción de amparo promovida a fin de declarar la nulidad del proceso legislativo que concluyó con el dictado de la ley 24309; en cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite tener por configurado un interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a admitir la existencia de un caso o controversia. (CS, abril 7-1994). ED, 157-441. - Con nota de Juan Cianciardo y Juan Cruz Acosta Güemes.

LEGITIMACIÓN DE LOS DIPUTADOS NACIONALES

La condición de diputado nacional no confiere legitimación para promover la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad del proceso preconstituyente, que concluyó con el dictado de la ley 24309; ya que el interés propio alegado -referido a un coartamiento en la función de control del procedimiento de sanción de las leyes- no ha sido sustentado con la precisa y suficiente fundamentación que exige el sostenimiento de un recurso extraordinario, para lo cual no basta la invocación genérica y esquemática de agravios. (CS, abril 7-1994). ED, 157-441.

LEGITIMACION PARA LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE (MUNICIPIO)

La actual problemática ambiental impone un accionar protagónico de la Justicia a fin de dar respuestas concretas, adecuadas y efectivas ante la degradación de nuestro hábitat, determinando quiénes tienen legitimación para exigir la defensa de tales intereses colectivos, precisamente, por su pertenencia indiferenciada a un número indeterminado de personas. En este orden de ideas, cabe considerar que un Municipio está legitimado para remover un elemento de indudable contaminación ambiental, cual es una fábrica que arroja a las aguas residuos industriales; por lo tanto, debe rechazarse la acción de amparo interpuesta contra la medida de la Comuna que clausuró un establecimiento que cometía dicha infracción, pues la misma no encuadra en ninguna de las hipótesis previstas en el art. 1º de la LPC y, menos aun, con los caracteres especificados en el art. 2º de la misma (del dictamen del Fiscal General del Superior Tribunal de Justicia que éste comparte y hace suyo).(STJ Entre Ríos, sala I Penal, setiembre 10-1993, Hermosi de Villalba, Marta H. c. Municipalidad de San José y/o Jefe de División Inspección y/o quien resulte responsable).

LEGITIMACION DE LOS CIUDADANOS(PEDIDO DE NULIDAD DE UN DECRETO DEL PODER EJECUTIVO)

Deben ser rechazadas la acción de amparo incoada por el actor en su calidad de ciudadano argentino amenazado por el decreto PEN 1193/94 y en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional contra el Estado Nacional por nulidad de dicho decreto y su pretensión subsidiaria por la cual solicita se ordene al Poder Ejecutivo informar públicamente cuáles son las razones que justifican la amenaza que denuncia, contra la vida, el patrimonio y los derechos y garantías que consagra la ley 24309. Ello es así, pues los argumentos aducidos por el actor respecto a su preocupación por la "enorme concentración de poderes que atribuye el decreto cuestionado a un funcionario supuestamente irresponsable", en su carácter de ciudadano argentino no lo habilitan para iniciar una acción de esta naturaleza, pues resulta indispensable para el examen judicial de la legitimidad de leyes y/u otros actos y/u omisiones de autoridad, que el mismo se concrete en un litigio común y como medida tendiente a superar los obstáculos que de ella se derivan para el reconocimiento de un derecho propio o de un interés sustancial que permita admitir la existencia de un caso concreto en justicia; esto es, aquél en el que se procura la determinación del derecho debatido entre partes adversas.(Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso administrativo Federal N- 8, octubre 19-1994). ED, 160-215.

LEGITIMACION PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

La acción autorizada por el art. 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional con relación a "derechos de incidencia colectiva", debe ser ejercida por el afectado. Por lo tanto, y dado que resulta menester invocar la lesión de un derecho concreto del que se detente la titularidad, el simple interés ciudadano de tener una "Constitución integrada" no confiere legitimación para promover acción de amparo en contra del Poder Ejecutivo Nacional a fin de que se ordene la publicación del art. 68 bis de la Constitución Nacional oportunamente aprobado en el seno de la Convención Constituyente.(CFed. Salta, noviembre 7-1994). ED, 161-543.

LEGITIMACION DE LOS VECINOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Aun de entenderse que el actor en su calidad de vecino de la ciudad de Buenos Aires carece de legitimación a fin de iniciar acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional por su decisión de facultar al Comité Federal de Radiodifusión a llamar a concurso público para la adjudicación de la licencia para instalación, funcionamiento y explotación de una estación de radiodifusión sonora con modulación de amplitud en la frecuencia de 710 KHZ, solicitando en consecuencia, se decrete la invalidez de los decretos 848/94 y 1498/94 y de la resolución COMFER 61/95, en lo que respecta al Defensor del Pueblo de la Nación -quien tomará intervención en la causa

adhiriendo a las pretensiones del accionante- no cabe duda respecto de su legitimación procesal. Ello es así en tanto su misión consiste en la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución y las leyes ante hechos, actos u omisiones de la Administración, así como el control del ejercicio de las funciones administrativas.(Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso administrativo Federal Nº 9, junio 23-1995). ED, 164-591.

LEGITIMACION DE LOS CONCEJALES DE LA CAPITAL FEDERAL

La calidad de concejal en ejercicio por la Capital Federal no legitima al actor a actuar en resguardo de la división de poderes ante un eventual conflicto entre normas dictadas por el Poder Ejecutivo y resoluciones adoptadas por el Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires, toda vez que, con prescindencia de que este último cuerpo posea o no aquel atributo procesal, es indudable que el actor no lo representa en juicio (del voto del doctor Uslenghi).(CNCont.-adm. Fed., sala IV, octubre 14-1994). ED, 162-425.

LEGITIMACION DEL OMBUDSMAN

Aun cuando se admita que el ombudsman municipal en cumplimiento de su misión legal, haciendo uso de sus funciones y atribuciones, inicie acciones judiciales, incluso la de amparo, no está facultado para deducir acción de amparo respecto de la resolución 893/95 del Secretario de Hacienda y Finanzas del Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, mediante la cual se dispuso la reducción de las retribuciones de los agentes municipales de conformidad con los términos de los arts. 2º y 3º del decreto 290/95 del Poder Ejecutivo Nacional. Ello es así, por cuanto la legitimación del Controlador Comunal se encuentra condicionada a que la acción u omisión que se intenta cuestionar por vía judicial le provoque un perjuicio a la comunidad, de manera que su intervención es improcedente en los casos en que, manifiestamente, se encuentre en juego solamente el interés particular, sin trascendencia comunitaria.(CNCiv., sala B, mayo 4-1995). ED, 163-467.

LEGITIMACION DEL SECRETARIO GENERAL DE LA FEDERACION NACIONAL DE DOCENTES UNIVERSITARIOS

La legitimación del Secretario General de la Federación Nacional de Docentes Universitarios a los efectos de impugnar por vía de amparo el decreto 290/95 y solicitar su inaplicabilidad a los docentes e investigadores de las Universidades Nacionales, encuentra fundamento en el art. 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional en tanto establece que podrán interponer dicha acción contra cualquier

forma de discriminación en lo relativo a los derechos de incidencia colectiva general -entre otras- las instituciones que propendan a esos fines, registrados conforme a la ley, lo que determinará los requisitos y formas de su organización.(Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 6, mayo 22-1995). ED, 163-512.

LEGITIMACION DE TITULAR DE UN VIDEO CLUB

Los agravios del recurrente dirigidos a cuestionar la procedencia de la acción de amparo por existir otras vías para impugnar la intimación efectuada a la actora por el Instituto Nacional de Cinematografía con fundamento en los decretos 2736/91 y 949/92 y a la legitimación de la demandante -titular de un video club- en orden a lo dispuesto por el art. 5º de la ley 16986, al no refutar todos y cada uno de los argumentos del fallo apelado, resultan inidóneos para que el recurso extraordinario resulte procedente respecto de ellos (del voto del doctor Boggiano).(CS, junio 6-1995). ED, 164-663.

64. ¿QUIÉN TIENE LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR POR LOS DISTURBIOS QUE SUCEDEN EN EL FUTBOL PROFESIONAL? (*addenda*)

El fútbol argentino fue severamente advertido por la sociedad a través de un Juez que, con valentía y decisión, asumió la necesidad de suspender el campeonato oficial por la reiteración de disturbios que semana a semana provocaron desmanes, violencia incontrolada, arrebatos, daños de distinto registro, y hasta la muerte de personas.

La gente, el común nuestro que nos acompaña en lo cotidiano, debatió desde posiciones encontradas la tarea del Juez. Algunos estimaban que con suspender los partidos de fútbol no se erradicaba la violencia en los estadios; otros, alentaron la iniciativa jurisdiccional porqué de esa manera se conseguía "hacer algo" con la inseguridad permanente.

Llegados a esta instancia, la Cámara resuelve los recursos de apelación presentados por las partes y, tras destacar como hecho público y notorio los acontecimientos de violencia que motivaron la iniciación de la causa, decide postergar el problema de fondo que en autos se planteaba, para detenerse en las cuestiones de legitimación y preguntarse ¿le asiste derecho al accionante para entablar la demanda? ¿ha demandado a quien debe serlo?.

64.1 ¿Proceso común o proceso constitucional?

En lenguaje del medio podría decirse que el tribunal "tiró la pelota afuera", o en otros términos, que eludió el compromiso que traía definir una situación que afecta a la sociedad en general, optando por resolver en la antesala del conflicto, que es el derecho individual del público que asiste a los partidos de sus clubes favoritos

Sin embargo, según como se mire, la sentencia es adecuada a una tradición jurisprudencial que persigue que en el proceso se resuelvan solamente conflictos intersubjetivos, es decir, donde alguien conocido, con un derecho propio que esté alegado y demostrado, se enfrente a otro –cual si fuera el proceso una lucha entre ellos- que le oponga también un derecho personal.

El proceso resulta así la vía de debate para los conflictos entre personas. Y esta muy bien que así lo sea. La técnica y el método es simple: dos partes en lucha frente a un tercero que espera el momento de decir el derecho (iuris-dictio).

Pero esta es la realidad del proceso común, como sería un juicio de daños y perjuicios, donde el daño injustamente producido permite a la víctima obtener una reparación económica basada en la determinación de la culpa o dolo del autor.

En cambio, cuando la pretensión se entabla como derecho de amparo, la tutela perseguida ocupa un espacio mayor. Se tratan de derechos que afectan a todos y donde no esta claramente establecida la relación entre partes con derechos encontrados.

La bilateralidad clásica se difumina; la obligación de probar el hecho y el derecho se aligera; la sentencia debe resolver una cuestión constitucional y, en consecuencia, la extensión de la cosa juzgada puede afectar a terceros.

En nuestro país, donde el control de los derechos fundamentales reposa en cabeza de cada uno de los Jueces, sin diferencia de jerarquías, debiera tenerse presente esta distinción. De otro modo, todos los procesos serían ordinarios (comunes) y por tanto, sería deber de las partes alegar y probar y, para el Juez, sentenciar según lo alegado y probado (*secundum allegata er probata).*

64.2 La legitimación en los procesos de daños y en el proceso de amparo

La conducta del sujeto provocador del hecho ilícito, sumado a la constatación individual del perjuicio, determina la responsabilidad civil y el derecho a la indemnización.

Actualmente existe un replanteo acerca de la justicia implícita de esta dialéctica comprometida con un apego estricto a las normas positivas, básicamente codificadas.

La idea consiste en abandonar este dualismo para centrar la noción del derecho resarcitorio en un derecho de daños. Precisamente, la variable se instala en el hecho antes que en la persona que lo produce.

Para la legitimación procesal esto representa un importante cambio, porque, el criterio tradicional observa que, únicamente tienen derecho a la indemnización, quienes sufren una lesión en sus derechos subjetivos o en bienes jurídicamente protegidos que le pertenezcan, de suerte que el accionante pueda ser considerado un damnificado en sentido jurídico y no solo de hecho.

De aceptarse el novedoso temperamento, que proviene de una pujante corriente jurisprudencial, la atención central no estaría en los derechos subjetivos sino en los intereses afectados, sean directos o indirectos.

> Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires la Suprema Corte sostiene que la legitimación para obrar le corresponde a quien resulta titular de la relación jurídica sustancial en que la pretensión se sustenta, prescindiendo de su fundamento; sin embargo, en su nueva composición, ocupó entre los habilitados a tramitar un proceso contencioso administrativo a quienes ostentaran un "interés legítimo" (en el caso "Rusconi" se tuvo como parte al "vecino"), modificación técnica que muestra la trascendencia operada.

Es que siendo el daño la lesión a un interés jurídico, y definido el interés como la facultad de actuación en la esfera propia de la persona, para la satisfacción o goce de las necesidades humanas, vale decir, para la consecución de bienes jurídicos, cabe concluir que este instituto, además de cohonestar al damnificado con el resarcimiento,

determina la extensión de la tutela judicial al fijar el límite de la pretensión indemnizatoria.

64.3 Las acreditaciones que dan paso a la instancia

El problema hay que tratarlo en la medida de las acreditaciones que debe realizar una persona para convertirse en "alguien" con derecho a la sentencia favorable.

La "acreditación" referida se vincula con el personalismo sustentado en el derecho de propiedad que tipifica la codificación proveniente del sistema francés napoleónico. Significa que tendrá derecho a pedir la justa reparación del ilícito la persona que tenga un daño individual, directo, cierto, actual y vinculado (relación de causalidad adecuada) con el hecho generador.

Si la pretensión no contiene una a una estas condiciones de admisibilidad, la legitimación para obrar se verá seguramente afectada, y claro está, la posibilidad de lograr una sentencia favorable será pura utopía.

Advertimos sobre ello pues esta consagrado en el que hacer tribunalicio, que si las indemnizaciones reclamadas no vienen sostenidas por la persona que sufre el daño jurídico, es decir, aquél cuya existencia se acredita acabadamente por medio de la prueba rendida, cualquier interferencia, mediatización, o representaciones indirectas evita el pronunciamiento judicial sobre el haber devengado.

La sentencia en estudio, interpone esta condición cuando dispone esclarecer si el actor o el demandado son efectivamente los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión. Creemos que así queda de manifiesto la confusión entre el derecho subjetivo con el interés que se pretende defender.

Ahora bien, en la suposición de trabar este vínculo, el derecho no se logra allí mismo, pues debe cumplimentarse el segundo aspecto.

Debe mediar "conexión causal adecuada entre el hecho dañoso y el acto ilícito", o sea, que el daño debe resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden normal y ordinario de las cosas (art. 901, CC). Vale decir, que el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño; éste debe haber sido causado y ocasionado por aquella.

Por ello, no basta que haya menoscabo patrimonial, es preciso agregar un interés humano judicialmente tutelado como objeto del daño en sentido jurídico

> Es muy valioso el aporte que realiza el profesor de Olavarría, Jorge Mario Galdós, *El derecho de daños en la Suprema Corte de Buenos Aires (la legitimación),* en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, nº 53 ps. 53/77; *Otra vez sobre la legitimación por daños,* en Revista Jurídica Delta, nº 12 ps. 53/76; *El riesgo creado y los legitimados pasivos en la Suprema Corte de Buenos Aires,* en Revista "Estudios de Derecho Comercial" nº 11, ps. 123/145.

Siendo así, es obvio que la legitimación para obrar la tiene un reducto muy pequeño que podríamos enmarcar entre los damnificados de iure, evitando a los de facto.

Observemos en el presente caso que, quien acude a la instancia jurisdiccional, debe ir superando obstáculos antes de llegar al nudo gordiano de su conflicto. Son dificultades del acceso, entre las cuales, la legitimación para obrar se encuentra en primerísimo lugar.

Con la transformación que permite el "nuevo derecho de daños", nos instalamos en un campo muy próximo al que alentamos, esto es: atender más la calidad de los hechos presentados, que las cualidades de las personas que reclaman.

64.4 ¿La víctima o el afectado?

El proceso de marras es un amparo: proceso constitucional destinado a resolver la amenaza o lesión de derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional, leyes y tratados sobre derechos humanos.

Actualmente, el nuevo artículo 43 de la Carta Fundamental significa un cambio 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 no es una vía subsidiaria o indirecta, sino la garantía por antonomasia; la única herramienta disponible para actuar los derechos fundamentales de inmediato.

La defensa de los derechos del hombre, en la visión del individualismo predominante a fines del siglo XIX y hegemónico hasta la mitad del siglo XX, pierde consistencia cuando se analizan los resultados logrados en la protección efectiva.

En efecto, en su tiempo el artículo 5º de la ley 16.986 exigió que la demanda amparista fuera 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.

La misma calidad ("afectado") solicita el artículo 43, constitucional, aunque amplía el cuadro de representantes al Defensor del Pueblo, las asociaciones de defensa de los intereses colectivos y difusos, y en la medida que veremos inmediatamente, a *toda persona* que acredite un interés legítimo.

El recaudo del derecho subjetivo como habilitante del derecho de acción (no de la acción, como garantía constitucional) se funda en la utilidad que puede reportar al interesado el resultado del proceso, evitando de este modo, declaraciones dogmáticas o genéricas que no tienen un beneficiario directo. Pero tal deducción ofrece serias dificultades, pues los derechos no se miden por el interés que prestan, sino por la protección que merecen; lo cual, llevado al campo de la *praxis* demostrará que cuando la protección pretende generalizarse el único terreno de admisión será a través del *litisconsorcio*, el que muchas veces, se transforma en una hipótesis irrealizable, una simple y mera utopía.

La Cámara pretende individualizar el derecho del actor requiriendo su condición de víctima. En efecto *"en el presente caso…no se encuentran cumplimentados (los requisitos de afectación de un interés jurídicamente protegido, de orden personal, particularizado, concreto y además susceptible de tratamiento judicial) en tanto se observa que el accionante, un particular que demanda por su derecho propio, no ha manifestado ni siquiera haber sido víctima de los hechos que denuncia o que los mismos hayan afectado su interés personal desde que no ha alegado ser socio de alguna institución vinculada a la actividad o ser concurrente habitual a los estadios donde la misma se desarrolla"*

La posición que una persona tiene respecto al derecho que invoca encuentra situaciones distintas. Si el daño no resulta directo, pero encuentra al pretendiente como "víctima" mediata de los hechos que denuncia, su participación en el proceso podría apoyarse en el concepto de *interés legítimo*.

También puede apoyarse en la categoría de los *"derechos de incidencia colectiva",* tal como los denomina la Constitución. Estos no tienen un legitimado directo porqué el interés se difumina al conjunto por tener cada uno una parte del daño cierto o potencial. Se los llama, también, derechos de pertenencia difusa, intereses difusos, o derechos difusos, y se caracterizan por sostener la pretensión amparista a través de un litisconsorcio activo atípico, que permite mostrar el ejemplo a través del llamado "amparo colectivo".

En uno y otro caso, la víctima del proceso común se caracteriza como “afectado”. Mientras uno persigue una reparación indemnizatoria; el otro quiere el respeto a sus derechos básicos y esenciales.

El carácter de "afectado" está dicho también en la Ley de Amparo, y se consolida a través de la actual redacción constitucional.

Significa tener una relación directa e inmediata con los perjuicios que provoca el acto u omisión. No está vinculado al hecho por pertenecer a un grupo o sector, sino porqué él 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.

Entre nosotros "el afectado" se diferencia de los 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.).

El acto lesivo o la amenaza 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 alcanza el fin propuesto en el amparo.

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

A su vez este daño debe causarse 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.

64.5 El amparo colectivo

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 de “afectado” 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 y de pertenencia difusa.

En el proceso común que sustancia 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 titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende.

En los procesos constitucionales aplicar este criterio puede ser demasiado estricto y hasta injusto.

Cuando los intereses del pleito trascienden la órbita del desenvolvimiento personal, de manera que la calidad individual se obnubila 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 con rasgos muy propios.

Igual planteo suscitan los procedimientos penales, porque la legitimación no cubre derechos exclusivos, sino intereses masificados.

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.

En el juicio de amparo, se observa que este puede ser un interés legítimo, en la medida que la relación que une a la persona con el interés difiere de la misma vinculación entre el individuo y el derecho. Mientras uno se nutre de una alta carga de expectativa sin otro respaldo que la valoración posible que haga el órgano jurisdicente; el nexo restante está sostenido en la norma (derecho subjetivo).

Por eso el interés legítimo reposa más en las circunstancias denunciadas que en la situación jurídica subjetiva que tenga el amparista. Ha de verse la cualidad del acto lesivo para deducir del mismo la justicia concreta a aplicar, sin resolver la capacidad de postulación, o al menos, postergándola ante la evidencia del mejor derecho.

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.

¿Porqué esta decisión tan trascendental para el acceso a la justicia?

Por las mismas razones que hemos visto a lo largo de este estudio: se preferencia el derecho de amparo, como una garantía constitucional a la tutela judicial efectiva que, sin disposiciones obstruccionistas, abre las puertas del proceso dando cabida al derecho a la jurisdicción.

Este 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 parte procesal y ejercitar el derecho al contradictorio.

64.6 ¿Acción popular?

La Cámara se preocupa también por destacar que “negar la legitimación es equivalente a negar un derecho”, pero dando más importancia al establecimiento de la llamada teoría de las “justas partes”, evitando un proceso que pudiera encausar como una acción popular.

Cuando el artículo 43 otorga legitimación a *toda persona*, lleva a pensar que se habilita una vía difusa de acceso donde el interés para obrar no resulta condicionante de los pasos posteriores. En tal caso, es preciso diferenciar este ingreso para no confundirlo con las acciones que el *ad quem* pretende evitar.

Ingresamos aquí en un capítulo diferente al de la acción individual, pues se trata de encolumnar en el acceso a la jurisdicción el derecho a tramitar en una instancia útil, donde los repliegues de la legitimación no produzcan denegación de justicia o impedimentos irrazonables frente a la crisis manifiesta que se presenta, urgida de protección o respuesta.

La legitimidad constitucional de una institución destinada a garantizar la independencia y la dignidad de quienes ejercen la función jurisdiccional no puede ser negada en la medida en que su estructura sea la adecuada a este objetivo, sin que en ningún caso pueda ser desvirtuada para convertirla en origen de privilegio público.

Ahora bien, la guía de análisis arranca de las actitudes individuales que portan intereses colectivos o generales. 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.

Otra condición es la pertenencia a un determinado ámbito social de mayor o menor amplitud. Ambito social que, si todavía 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 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.

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.

64.7 Las justas partes

De lo que venimos sosteniendo se desprende la idea de eludir el equívoco de establecer identidades entre quien pide y quien actúa, porque la condición de parte corresponde a un aspecto puramente procesal, diverso de la capacidad y de la representación.

Por tanto, desde una visión estrictamente procesal, al concepto de parte interesa más captar quien realiza y actúa en el proceso, más que la pertenencia exclusiva del derecho en debate. Esta última ocupa la noción de "parte sustancial", diferente de la "parte procesal" que advertimos.

En el amparo la legitimación, como vimos, tiene amplitudes que el proceso ordinario no admite. La doctrina suele referir a ciertas proyecciones importantes desde

la perspectiva de las denominadas "legitimaciones extraordinarias" (o sea de aquellas que sin pertenencia exclusiva del derecho, permiten ingresar al proceso en razón de un interés preferente).

Es decir, el acceso se halla en la posibilidad de confirmar la condición de "parte" a quienes, aun sin resultar "dueños" del derecho subjetivo, sostienen un "interés" importante, que actúa de soporte para la legitimación.

a) El demandado

Así como el derecho de acceso a la jurisdicción preconizado en estas líneas, se garantiza cuando quien peticiona no encuentra trabas absurdas o irrazonables que limitan su potestad de pedir a la justicia; también el sujeto pasivo de la relación debe encontrarse protegido en su derecho de defensa y sometido a iguales reglas procesales que lo emparejen en la relación bilateral de contradicción que asume.

Si el derecho de acceso libre y sin restricciones implica la necesidad de convertir en parte a quien peticiona, y consecuentemente, en el poder de iniciar la actividad jurisdiccional que finalice con una sentencia debidamente fundamentada; esta última decisión debe encontrar precisamente determinadas a las personas que se encuentran litigando. Técnicamente, este es el significado de legitimación.

De acuerdo con lo dicho, esa legitimación debe ser, prevalentemente, objeto de una interpretación amplia por parte de los jueces. El interés tutelable preciso para ella es más amplio que el interés directo o el derecho subjetivo, aunque no se extienda a cubrir cuestiones abstractas de mero o simple interés en el cumplimiento de la legalidad.

Para el demandado, la legitimación asume dos aspectos esenciales. Por un lado, que sea identificado en forma adecuada y correcta la persona contra quien se deduce la pretensión; y por otro, que ella tenga posibilidades reales de ser oída, aunque este derecho sea técnicamente proyección del principio de bilateralidad y no signifique que por contestar tenga ya legitimación en la causa.

Ese derecho a ser parte obliga a tener que llamar directamente al proceso judicial a toda persona legitimada para ello, por poseer derechos e intereses legítimos, para que pueda ser parte procesal, y ejercitar el derecho de defensa contradictoria si le conviene.

El concepto de parte completa la idea, es decir, aquella que incoa la demanda y tiene derecho a obtener una sentencia sobre las pretensiones que presenta; ante aquél que puede ser efectivamente condenado.

Por tanto, las cuestiones de legitimación están soportadas en un estricto problema de legalidad, y como tales, son temas constitucionales al estar afincadas en el acceso a la justicia, y en el derecho de defensa en juicio.

En síntesis, se trata de afianzar la idea de que la legitimación para obrar -activa y pasiva- no puede ser negada *a priori* por vincular el derecho de pedir con el derecho o interés a que se le reconozca una cuestión de derecho material.

Debe tener prioridad el derecho de acceso a la justicia y el derecho a sustanciar un proceso que contenga suficientes expectativas parra llegar a una sentencia justa e igualitaria.

b)La legitimación pasiva en el amparo

La sentencia que comentamos deniega la legitimación pasiva de la Asociación del Fútbol Argentino. Se fundamenta en que la seguridad necesaria que requiere el

espectador no es misión de la entidad central sino responsabilidad de los clubes organizadores; además de mencionar el cumplimiento objetivo de leyes y disposiciones que la actora deduce como violadas.

Expresamente se indica que "*el actor debió especificar qué tipo de omisión en concreto imputa a la demandada porqué sólo después de determinada la misma y previo el ejercicio del elemental derecho de defensa que corresponde al accionado (art. 18 CN) podrá el Juez determinar: a) si la omisión existió o no y b) si tuvo la virtualidad indispensable como para configurar la violación a algún derecho (individual o de incidencia colectiva) y sobre todo, si existió la arbitrariedad e ilegitimidad manifiesta en la conducta del accionado, como consecuencia de dicho actuar omisivo"*

Una vez más advertimos de que manera la Cámara exige superar acreditaciones del proceso común que impiden consagrar el derecho a la tutela judicial efectiva que el actor ha promovido a través del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Ellas son:

- Que demuestre ser espectador de los espectáculos de fútbol, o
- que pruebe ser socio de un Club de fútbol asociado.
- Que sea parte del grupo al que sostiene pertenecer (Fair play)
- Que esté afectado por la inseguridad en el fútbol
- Que esa afectación lo constituya en víctima
- Que el derecho dañado lo sea de manera personal y directa
- Que concurre voluntariamente a los espectáculos de fútbol

Ahora bien, para el caso del demandado –únicamente la Asociación del Fútbol Argentino- la pretensión sostiene que ella ha omitido dar estricto acatamiento a las disposiciones de las leyes 20.655 y 23.184, decreto ley 307/91 y 382/92, ley 24.192 y decreto ley 1015/97 y 1466/97, esto es, básicamente, que está impedido de concurrir a los estadios deportivos donde se cumplimentan las fechas del fútbol profesional, porqué la accionada, a través de su actuar deliberadamente omisivo, no ha logrado responder la consigna de seguridad y corrección de los espectáculos deportivos.

La creencia de obrar asistido en derecho y de buena fe, permite al actor deducir su demanda contra el ente superior del Fútbol Argentino. Es verdad que el daño es potencial, aunque por ocuparse en un proceso constitucional, como es el amparo, puede suplirse por la figura de la amenaza.

También lo es que el demandante no dice de qué manera sucede la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que denuncia; pero tiene la misma veracidad sostener que ello es innecesario, si el amparo se resuelve como "colectivo", y se observa el carácter del derecho de incidencia general que se amenaza o lesiona.

El amparo promovido tiene toda la potencialidad del juicio provisional y preventivo, que persigue impedir daños mayores a los que el mismo sentenciante reconoce y tiene como notorios. Es más, admite entre sus fundamentos que "*…los acontecimientos de violencia que motivaron la iniciación de la causa se encuentran exhaustivamente probados…".*

De todos modos, insistimos, se trató de un proceso constitucional, donde la exigencia de bilateralidad y contradicción se eliminan o limitan (según se trate, respectivamente, de acciones contra la autoridad pública o de actos privados) en razón que el Juez debe promover el cumplimiento de los derechos y la tutela efectiva de sus derechos (arts. 14, 16, 17, 18, 33 y 43 de la C.N.).

64.8 La legitimación de la A.F.A.

Diferente es la situación cuando observamos las leyes que se mencionan como fundantes del derecho de acción.

La Ley 20.655 es una norma que pone en cabeza del Estado la promoción y desarrollo del deporte, estableciendo fines claros y específicos que el Ministerio de Bienestar Social, como órgano de aplicación debe cumplir. En cuanto aquí interesa, el artículo 3 inciso k) dice que, *el Estado deberá, por intermedio de sus organismos competentes,* ***velar por la seguridad y corrección de los espectáculos deportivos.***

Por su parte, la Ley 23.184 se aplica a los hechos previstos en ella cuando se cometan con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo en estadios de concurrencia pública o inmediatamente antes o después de él. Esta es una norma de carácter punitivo que no establece responsabilidades directas, aunque en el artículo 33 dispone que: *"Las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo son solidariamente responsables civiles de los daños sufridos por los espectadores de los mismos, en los estadios y durante su desarrollo, si no ha mediado culpa por parte del damnificado…"*

> Como vemos, se trata de leyes que piensan en reparar antes que en prevenir, y en esta medida, la legitimación pasiva para demandar en aras de una indemnización, debiera enmarcarse tras estos rasgos: 1) un proceso común de daños y perjuicios, y 2) una víctima que podrá accionar contra a) los organizadores del evento y contra el autor material del hecho; b) contra las entidades o asociaciones participantes del espectáculo deportivo; c) contra el dueño de las instalaciones, si se trata de un daño causado por las cosas de su propiedad o las que están bajo su guarda y, d) si se trata de un supuesto de responsabilidad colectiva, se podrá accionar contra los integrantes del grupo o contra los que participaron en el hecho que originó los daños (Cfr. Carlos A. Ghersi, *Daños en y por espectáculos deportivos,* editorial Gowa, Buenos Aires, 1996, p. 70).

Lo que ocurre es que el actor no dedujo una pretensión común, sino una demanda de amparo donde pretende que la promesa de seguridad y corrección del espectáculo deportivo se cumpla como una proyección de sus derechos fundamentales.

No demandar al Estado puede haber sido un error, pero la responsabilidad de la A.F.A. existe pues la jurisprudencia eximente que el fallo menciona no se justifican después de las leyes 23.184 y 24.193, porque si bien no existe subordinación jurídica, ella participa en la designación de los estadios donde se disputan los partidos, asigna canchas neutrales cuando razones de seguridad lo aconsejan, impone la época del año y los horarios en que los matches se disputan, designa los árbitros intervinientes, y además, forma su patrimonio con el porcentaje de retención a practicar sobre la recaudación bruta de los partidos oficiales y amistosos, sin contar los derechos de televisación y merchandising derivados del seleccionado oficial de Argentina.

El deber de seguridad no puede transformarse para el actor que quiere encontrar un responsable en una barrera contra la impunidad. Tampoco exime de una tarea mínima de esclarecimiento sobre los derechos que se digan afectados. En suma, se trata de poner en claro que la misión de los jueces en un tiempo menesteroso de ejemplos dignos, está en poner equilibrio y prudencia en todos sus actos. En saber que cuando un país reposa la confianza en todos sus jueces para que controlen la constitucionalidad de las leyes, la legalidad de los actos administrativos y la legitimidad del ejercicio del poder, se trata de reconocerles que sólo ellos podrán hacerlo.

Por eso, cuando nos encontramos frente a un Juez atento a su tiempo y sus difíciles circunstancias; un magistrado que sin desbordar sus deberes jurisdiccionales se convierte en protagonista de sus actos en la búsqueda de la justicia; un Juez que elude ser un aplicador mecánico de las normas para ir tras las exigencias de una sociedad dinámica que clama por los derechos que alguna vez tuvo y disfrutó; cuando estamos ante esta ejemplar distinción de la tarea de juzgar, no podemos silenciar nuestro inconformismo con una sentencia del tribunal de alzada que, renegando por el exceso de protagonismo, se ampara en la estrechez de la norma, convirtiendo la solución en una fuga auténtica de la realidad. Una manifestación clara del porqué la gente, sigue sin entender a su justicia.

CAPÍTULO XIV. El proceso de amparo. Etapa de postulación

65. Régimen legal

El proceso de amparo implementa la garantía tutelar de los derechos fundamentales

La Constitución Nacional argentina, en el capítulo segundo de los "nuevos derechos y garantías", revoluciona el sistema imperante en la ley 16.986, porqué incorpora al texto de la Carta Magna, expresamente el derecho de amparo, relegando los aspectos procesales que antes determinaron la procedencia o admisibilidad.

Por vez primera se recepta esta garantía fundamental con la siguiente lectura:

> "*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"*.

La norma se ocupa de trazar un modelo diferente al tradicional, de forma tal que la ley 16.986 debe considerase derogada en todo cuanto se oponga a esta nueva orientación fundamental.

Las diferencias son profundas, y en particular actúan en la primer etapa del juicio de amparo, esto es: en la legitimación para actuar y respecto al órgano interviniente.

Además, la habitual controversia que suscita la competencia se agrega el problema de resolver eventuales inhabilidades para actuar que como es sabido, están prohibidas por el artículo 16 de la ley 16.986

En suma, el marco normativo se articula en dos escalas donde una orienta a la otra. Mientras el artículo 43 constitucional se manifiesta por la amplitud del obrar en aras de la defensa de los derechos humanos; la ley 16.986 mantiene en la jurisprudencia el criterio de *no admitir que se articulen cuestiones de competencia*, y el artículo 4º en cuanto sostiene que *"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 aquellas engendraran dudas razonables al, respecto, en cuyo caso el Juez requerido deberá conocer 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".*

66. La competencia en el proceso de amparo

La jurisdicción federal es propia en los asuntos de constitucionalidad; sin embargo, como en nuestro país cada provincia tiene su propia ley fundamental, es posible asignar competencia a los jueces locales por razón de la materia.

La vieja ley 16.986 prohibía articular cuestiones de competencia –art. 16- a las partes; actualmente persiste la situación –no esclarecida totalmente- pero a los magistrados se les exige analizar su jurisdicción, más aun los jueces federales, que deben entender excepcionalmente en los casos previstos en el art. 116 de la CN.

La acción de amparo no allana los límites de la jurisdicción originaria de los tribunales superiores, ni autoriza a sustraer a los jueces competentes el conocimiento de las causas que les incumben, toda vez que en esta materia hay que ajustarse a lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la CN.

> La institución del amparo judicial no importa la alteración de las instituciones vigentes, ni justifica la extensión de la jurisdicción legal y constitucional de los jueces. Por ello, es incompetente la justicia federal en materia de amparo, si los actos cuestionados no emanan de autoridad nacional, ni las medidas impugnadas afectan directamente a sus integrantes o dependientes en cumplimiento de sus atribuciones propias. En materia administrativa, existe un amparo especial por la mora de la administración pública en pronunciarse. El artículo 28 de la ley 19.549 no establece cuál es el juez competente para impartir la ley judicial de pronto despacho; ello así para definir la competencia contenciosa administrativa debe analizarse la subsunción del caso al derecho administrativo. (CNFed. Cont. Adm., Sala III, Julio 6-993, La Ley 1994-C, 567).

66.1 Generalidades

La correcta traba de la contienda exige la atribución recíproca de competencia. Por eso cabe prescindir del rigor formal en el planteamiento de las cuestiones de competencia, en obsequio a imperativos de economía procesal y para evitar dilaciones que puedan traducirse en una privación de justicia.(CS, octubre 5-1995, *Valerga, Federico Martín s/solicita amparo*).

Debe desestimarse el recurso de apelación debido a que no existe en el *sub lite* caso judicial que tenga por finalidad la tutela de intereses propios alegados por la parte (en el *sub judice*, la actora dedujo acción de amparo a fin de que se prohiba la realización de cualquier competencia automovilística dentro del perímetro del Parque Tres de Febrero). (CNContencioso-administrativa Fed., Sala III, diciembre 17-1993). ED, 157-535.

Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios de solución de las controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que este instituto tiene por objeto una efectiva protección de los derechos, más que un resguardo de las competencias. (CNCiv., Sala I, abril 29-1993). ED, 154-380.

Si el Senado le desconoce competencia al Poder Judicial para entender en el amparo interpuesto por un juez sometido a juicio político contra su decisión de suspenderlo en sus funciones sin goce de haberes, no se justifica la remisión de la causa a la Corte por la cámara de apelaciones con fundamento en que se presenta un conflicto entre dos poderes del Estado, pues ante tal manifestación del Senado, debe pronunciarse acerca de si se trata de una cuestión justiciable. (CS, marzo 31-1993, *Balaguer, Luis Armando c. Estado Nacional [H.Senado de la Nación Argentina*]).

La intervención del fuero federal en las provincias es de excepción, ya que se encuentra circunscripta a las causas que expresamente le atribuyen las leyes que fijan su competencia, las cuales son de interpretación restrictiva. (CS, octubre 26-1993*, Televisora Belgrano S.A. c. Municipalidad de Quilmes s/ amparo* [sumarísimo - art. 321]).

Si bien el juicio de amparo no es un proceso ordinario sino especial, ello no impide, a los tribunales requeridos al respecto juzgar la procedencia de su intervención con arreglo a las normas sobre competencia por razón de la materia o del lugar, cuando existe el peligro que sobre un mismo punto distintos magistrados dicten pronunciamientos contradictorios. (CS, agosto 25-1992, *Estado Nacional (Ministerio de Economía) c. Juzgado Federal de la Provincia de Catamarca*).

De acuerdo con lo previsto en el art. 4 de la ley 16.986, para la radicación de un amparo, debe estarse en primer término al lugar efectivo de la exteriorización o efectos del acto impugnado, y sólo en segundo término aquel en el que pudiera tener efectos, los cuales sólo resultarán operativos cuando no pudiera comprobarse el lugar de producción de los primeros. (CS, agosto 25-1992, *Estado Nacional (Ministerio de Economía) c. Juzgado Federal de la Provincia de Catamarca*).

Cuando una autoridad provincial vulnera un derecho contenido en la Constitución Nacional, el proceso de amparo debe tramitar ante el juez ordinario local, sin perjuicio de que el resguardo de la supremacía

constitucional y la competencia federal queden a salvo por la vía del art. 14 de la ley 48. (CFed. La Plata, sala II, setiembre 9-1993). ED, 158-428.

La circunstancia de haber sido parte en el amparo las entidades depositarias de las sumas reclamadas no obsta a su procedencia tendiente a subsumir a los actores en el Decreto 591/90, pues a través de esta vía sólo se procura levantar las vallas arbitrariamente violatorias del derecho constitucional invocado. (CNFed. Contenciosoadministrativa, Sala IV – Julio 11-1990) La Ley 1990-D, 541.

No procede la acción de amparo contra el Estado por cobro de depósitos a plazo fijo, cuya extinción mediante entrega de títulos de la deuda pública fue dispuesta por el acto atacado; ello así, pues el juicio de amparo no es apto para dilucidar controversias relativas al cumplimiento de cláusulas contractuales y el cobro de sumas de dinero. (CNFed. Contenciosoadministrativa, Sala IV – Julio 31-1990) ED 139-447.

En materia de amparo, más que ninguna otra, debe destacarse la importancia del caso concreto; ello determina que las pautas primarias de procedencia de esta vía deben adaptarse a las particulares circunstancias de cada asunto, las que pueden ser determinantes de una variada solución. (TS Córdoba, Sala Civil y Comercial Marzo 5-1991) LLC, 199-1-970.

El acto u omisión en el cual se hace fincar la acción de amparo debe estar directa y concretamente vinculado a la norma constitucional que se dice amenazada o violada, no es suficiente, pues la invocación genérica de una norma constitucional si la relación no es clara y manifiesta. (Cámara Federal – Bahía Blanca, Abril 24-1992) ED 152-163.

La privación del derecho a trabajar o comerciar libremente no constituye de por sí sustento suficiente para admitir la acción de amparo, por cuanto su relatividad deriva del principio según el cual las garantías constitucionales están sujetas a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14 C.N.) (CNCiv. Sala A , Setiembre 7-1992) La Ley, 1993-D, 428.

La vía del amparo no constituye el medio eficaz para dejar sin efecto una decisión de autoridad competente adoptada en ejercicio de atribuciones legales. (Cciv., Com.Trab. y Familia, Villa Dolores, Diciembre 29-994) LLC 1995-710.

Es procedente la acción de amparo intentada contra la decisión del defensor del pueblo que denegó a la actora la vista de las actuaciones. (CNFed. Cont. Adm. Sala IV, Noviembre 15-1995) DJ. 1996-2-484.

Es procedente la acción de amparo interpuesta contra la suspensión del beneficio de jubilación por invalidez. Aún cuando no se cuenta con fecha cierta para computar el plazo a partir del cual debió deducirse el amparo. (CNFed. Seg. Social, Sala I, Marzo 13-1996) DT, 1996-B, 1573.

La pertinencia de la acción de amparo puede encontrarse avalada no sólo por la interpretación que se otorgue al art. 43 de la CN sino por la jurisprudencia imperante en la materia con anterioridad a su entrada en vigencia, referida a la ponderación de una protección eficaz del derecho o garantía constitucional de que se trate. (CNCiv. Sala A, Marzo 15-1996) La Ley 1996-D, 265.

Es procedente la acción de amparo iniciada contra la decisión del director de una escuela que denegó la solicitud de ampliación de las amonestaciones permitidas y, por ello, negó la reincorporación del alumno, pues recurrir a la vía ordinaria implicaría un proceso de mayor duración cuando el menor ya se ve impedido de concurrir a la escuela (Juz. Letr. Civ. y Com. N° 2 Trelew, Octubre 4-1996).

El requisito de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas previsto para la procedencia de la acción de amparo, 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, que se indique con precisión los derechos lesionados, resulta verosímil su existencia y pueda evidenciarse con nitidez en el curso de un breve debate. (Juz. Let. Civ. y Com. N° 2, Trelew, Octubre 4-1996).

Es procedente la acción de amparo iniciada contra la decisión del director de una escuela que denegó la solicitud de ampliación de las amonestaciones permitidas y, por ello, negó la reincorporación del alumno, pues dicha decisión atacó y violó en forma arbitraria el derecho de igualdad ante la ley del estudiante, dado que a otros partícipes del hecho que motivó la sanción se les concedió la referida ampliación, sólo por el análisis del distinto grado de participación de cada uno en el hecho (que no se advierte), dejando así de lado la pauta prevista en el reglamento aplicable para conceder la ampliación, consistente en los antecedentes del estudiante. (Juz. Let. Civ. y Com. N°2, Trelew, Octubre 4-1996).

Es procedente la acción de amparo iniciada contra una asociación mutual ante su omisión de brindar cobertura médica a la actora, pues la resolución del contrato –fundada en que la afiliada no denunció el padecimiento de tuberculosis en su juventud- no es razonable ni legal. En efecto, dado que no se ha probado que la omisión de denunciar las enfermedades preexistente haya sido dolosa o fraudulenta, de modo que la conducta no encuadra en las previsiones del Estatuto Social. Nada legitima a la mutual a interrumpir la cobertura medica. (C.Apel. Noreste, Chubut, Octubre 31-1996*, Perdomo, Delia c/ Mutual Gaiman*).

El art. 18 de la ley 16.986 limita su aplicación por los jueces federales de las provincias a los casos en que el acto impugnado mediante la acción de amparo provenga de una autoridad nacional. (CS, Marzo 12-1996). La ley 1996-D,253.

Cualquier juez es competente para entender en una acción de amparo y no existe ninguna limitación de la competencia por razón de la naturaleza pública del acto que causa el agravio ya que éste no es el objeto de la acción sino que lo es el derecho individual violado, o con peligro inminente de lesión, por lo tanto no tiene fundamento constitucional, ni por consecuencia legal, la declaración de incompetencia por fundarse el acto en disposiciones legales que reglan la actividad pública que pueda requerir la jurisdicción originaria y exclusiva de la Suprema Corte. (C.Civ. y Com., Junín, Mayo 30-1995) LLBA, 1996-28.

Si una acción de amparo en la que la accionante aduce la lesión a su derecho de propiedad y no media ninguna relación administrativa entre las partes es ajena a la competencia originaria de esta Corte, también lo es el

proceso de ejecución del convenio conciliatorio por el cual el actor desistió del amparo interpuesto atento los compromisos asumidos por la demandada. (SC Buenos Aires, Agosto 23-1994). LLBA, 1994-901.

Es competente la justicia federal de Córdoba para intervenir en la causa incoada por la vía del amparo –ley 16.986- por el beneficiario de una jubilación por invalidez, de la que se vió privado sin mediar previamente una resolución administrativa que le denegara el beneficio extraordinario debidamente notificado y que, en su caso, le hubiere permitido utilizar las vías recursivas que a su alcance establece el art. 8° de la ley 23.473. (CFed. Córdoba, Sala A, Noviembre 25-1994). LLC-1995-327.

Vulnerado por la autoridad provincial un derecho contenido en la CN, el proceso de amparo debe tramitarse ante el juez ordinario local, sin perjuicio de que el resguardo de la supremacía constitucional y la competencia federal queden a salvo por la vía del art. 14 de la ley 48. (C.Fed. La Plata, Sala 2, Septiembre 9-1993). ED. 158-428.

La Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social es incompetente para conocer en la acción de amparo incoada tendiente a que se declare la inconstitucional del Decreto 2302/94. Ello por cuanto esta Cámara no posee competencia originaria sino en grado de apelación contra decisiones administrativas y carece de tribunales de Primera Instancia. Lo anterior impone la remisión de las actuaciones a la justicia de primera instancia en lo laboral, conforme lineamientos del Superior en casos análogos al de autos. (CN Seg. Social, Sala 2, Marzo 17-1995). DT 1995-B,1521.

66.2 Competencia por razón de grado

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 decucción ante instancias superiores, salvo las cuestiones originarias y excluyentes que obligan la actuación de un tribunal superior.

> Queda el problema –dice Sagüés- de los tribunales colegiados de primera instancia o instancia única que, en el caso de estar así programados por la ley orgánica de tribunales resultarían competentes, de conformidad con el art. 4º de la ley 16.986. En tal supuesto es competente el tribunal colegiado y no uno sólo de sus miembros.

Sólo puede desarrollarse ante un Tribunal de Primera instancia laboral por la inexistencia de juzgados de primera instancia con aptitud jurisdiccional para cuestiones de Seguridad Social. (CNSeg. Social, Sala I, mayo 30-1990), DT 1990-B.

La Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social tiene competencia derivada y no originaria (art. 8° de la ley 23.473), por cuya razón no es competente para entender en la acción de amparo intentada directamente ante dicho Tribunal. (CNSseg. Social, Sala I, mayo 30-1990). DT. 1990-B.1981.

Dada la incompetencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social para entender en la acción de amparo deducida tendiente a lograr la adopción de una medida de no innovar contra una decisión del

Instituto Nacional de Previsión Social que sería “prima facie” violatoria de una sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, corresponde remitir los actuados a la Justicia Laboral atento reiterados pronunciamientos del Superior decretando la competencia de la primera instancia Laboral para entender en aquellas controversias cuya base normativa sean las leyes de jubilaciones y pensiones (CNSeg. Social, Sala I, setiembre 25-1990). DT. 1990-B, 2440.

Atento a que el mecanismo previsto en la ley 16.986 se asienta en el principio de la doble instancia y esta Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social sólo tiene competencia derivada –no originaria- para entender en la revisión de las decisiones administrativas, conforme enunciación taxativa del art. 8° De la ley 23.473, sin contar –hasta el momento- con una primera instancia provisional, corresponde declarar la incompetencia de este Tribunal para conocer en la acción de amparo intentada. (CNSeg. Social, Sala I, Setiembre 25-1990) DT. 1990-9, 2440.

Correspondería declarar la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social para entender en la acción de amparo intentada por quien estima lesionados sus derechos patrimoniales a raíz de una decisión del Instituto Nacional de Previsión social que dispuso la aplicación de un tope a los haberes que debía percibir el agente pasivo como consecuencia de una sentencia, emanada de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que reconoció su derecho al reajuste de su haber previsional. (CNSeg. Social, Sala I, setiembre 25-1990) DT. 1990-B, 2440.

La Cámara Federal de la Seguridad Social es incompetente para entender en la acción de amparo intentada cuestionando el accionar arbitrario del organismo administrativo por tener una competencia apelada, no originaria y carecer de Tribunales de Primera Instancia. (CNFed. Seg. Social, Sala II, setiembre 15-1995). DJ 1996-2-21.

Para entender en acciones de amparo son competentes los Juzgados de Primera Instancia (antes Juzgados Laborales, hoy Juzgados Federales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo). (CNFed. Seg. Social, Sala II, setiembre 15-1995) DJ 1996-2-21.2.3.

66.3 Competencia por razón de la materia

Si bien se ha interpretado que cualquier Juez puede actuar en el amparo, la libertad de elección no puede llevar a intervenir a jurisdicciones absolutamente extrañas al objeto litigioso. Por eso se dan algunos lineamientos para ordenar la competencia por razón de la materia.

En este sentido se ha dicho que no resulta competente la Cámara Nacional de Seguridad Social para entender en la acción de amparo deducida tendiente a obtener el cobro de un régimen de subsidio para agentes y ex agentes de la Caja Nacional de Ahorro y Seguro. Ello en virtud de que el art. 8, inc. f) de la ley 23.473 al contemplar dicha acción se refiere al supuesto de retardo de los organismos mencionados en el citado artículo, esto es I.N.P.S.; Cajas de Subsidios Familiares, Instituto Municipal de Prevision Social, atento poseer facultad de revisión sobre las decisiones de aquellos, de las que carece

con respecto a la Caja de Ahorro y Seguro. (CNSeg. Social, Sala I, Octubre 11-1991) DT. 1991-B, 2288.

Asimismo, se agrega que la justicia Federal conoce de los amparos que se entablan contra actos de autoridad pública federal tanto en territorios sujetos a jurisdicción federal, como en las jurisdicciones provinciales; es por ello, que si la acción de amparo se dirige a impugnar actos que se consideran lesivos de derechos y garantías constitucionales emanados de una persona jurídica privada –en el caso prestataria del servicio telefónico- y en la demanda se invocan las normas de la ley 16.986, el juez federal ante el cual se deduce debe declarar su incompetencia y su falta de jurisdicción para conocer en la misma. (C.Fed. La Plata, Sala I, Febrero 26-1991). La Ley 1992-B, 452.

Sin embargo, algunos mentan que el juez de primera instancia en lo civil y comercial es competente para entender en la acción de amparo sin distinción de materia, a mérito de lo dispuesto por el art. 4° de la ley 4915 (C. Civil, Com. I.Trab. Villa María, setiembre 19-1991). LLC-1992-274.

Es competente la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social para entender en primer grado en la acción de amparo interpuesta contra la resolución administrativa que ordenó abonar sólo parcialmente en efectivo, el monto resultante del primer pago de haberes devengados desde el cese laboral hasta el otorgamiento del beneficio. (CN. Seg. Social. Sala III, Julio 8-1993). DT, 1993-B, 1468.

Es competente la cámara nacional de seguridad social para entender en el recurso de amparo deducido contra organismos y por temas previsionales encuadrados en la ley 23.473 pues el hecho de que esta cámara carezca de juzgados de primera instancia no es óbice para declarar su competencia. Ello por cuanto la ley 16.986 no pudo prever una situación tan especial como la derivada de la sanción de la ley 23.473, no pudiendo negarse la protección integral del derecho de defensa, que en nuestro medio goza de tutela constitucional (art. 18, CN), frente a una omisión legislativa (CN Seg. Social, Sala III, febrero 26-1993). DT, 1993-A-518.

En los supuestos en los que se cuestiona la actuación del Banco Central en su carácter de liquidador de entidades financieras y la corrección de su gestión, la competencia en acciones de amparo corresponde al fuero comercial. (CN Fed. Cont. Adm. Sala III, Julio 6-1993). La ley 1994-C-567.

Corresponde exclusivamente a la cámara del fuero ante quien se dedujo la apelación decidir respecto de la procedencia del modo anormal de terminación del proceso de amparo mediante el acuerdo conciliatorio homologado y a la ejecución posterior por incumplimiento del mismo. (SC Buenos Aires, agosto 23-1994) LLBA 1994-901.

Si en el caso, el Banco accionado omitió enviar avisos de rechazo de cheques girados contra la cuenta del actor, antes de que ésta hubiese sido cerrada voluntariamente, resulta claro el apartamiento del mismo de las previsiones normativas vigentes aplicables al caso (cfr. OPASI 2, comunicación A 1317, 1.3.4.3.), colocando al actor en virtual estado de indefensión pues se le impusieron sanciones previstas en la reglamentación mencionada sin que tuviera conocimiento oportuno de los antecedentes fácticos que la motivaban. Ello así, el haber conformado este proceder la sentencia de grado, en cuanto

rechazó la acción de amparo intentada por el actor, corresponde a este Tribunal emitir directamente pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, acogiendo la acción de amparo promovida (art. 16, ley 48); por lo tanto, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario interpuesto y se dispone el levantamiento de la inhabilitación como cuentacorrentista del actor ordenada por el Banco Central de la República Argentina.(CS, agosto 27-1993). ED, 160-582.

La justicia federal resulta incompetente para entender en la acción de amparo y hábeas data iniciada contra una empresa de cable, para conocer sus datos personales y antecedentes, por quien se vio agraviado por un documental emitido por la misma, ya que, en dicha causa no se está poniendo en tela de juicio ninguna materia relativa a cuestiones regidas por la ley 19798 de telecomunicaciones, ni el accionar de la entidad demandada puede comprometer, eventualmente, la responsabilidad del Estado.(CS, diciembre 19-1995). ED, 169-246.

La justicia ordinaria resulta competente para entender en la acción de amparo pues si de otra manera se entendiese la ley 7166 no tendría aplicación, salvo casos excepcionales, porque por hipótesis lo que con ella se pretende tutelar es el derecho de los particulares frente a los actos de la administración. (SC Buenos Aires, noviembre 2-1993) DJBA 146-2169.

No toda la materia administrativa está asignada exclusivamente a la competencia de la Suprema Corte de la provincia, y uno de los casos es el preceptuado por la ley 7166 que trata una cuestión –el amparo- implícitamente garantizada por la CN y que atribuye competencia para el conocimiento y decisión de la acción de amparo a cualquier juez de la provincia con el solo límite de la jurisdicción por el lugar. (C. Civil, Com. Crim. Y Correc. Necochea, abril 8-1994) LLBA, 1994-974.

La Cámara Nacional de apelaciones de la Seguridad Social es competente para entender en una acción de amparo interpuesta contra un acto administrativo que viola la defensa en juicio del titular y presumiblemente pone en riesgo su vida. (CNSeg. Social, Sala III, diciembre 23-1994). DT 1995-A.

Corresponde a la Justicia Nacional en lo Contenciosoadministrativo Federal entender en el amparo promovido contra la Administración Nacional del Seguro de Salud y contra el Ministerio de Salud y Acción Social a raíz de la modificación estatutaria que excluyó a la Asociación del Personal Jerárquico de Gas del Estado de la dirección y administración de la Obra Social de los Trabajadores de la Industria del Gas y de la designación de nuevas autoridades que no la representan.(CS, octubre 5-1995, *Rizzuto, Hugo Alberto c. Asociación del Personal Jerárquico de Gas del Estado*).

66.4 Competencia por razón del lugar

La ley 16.986 determina la competencia del juez del lugar donde ocurre la amenaza o restricción ilegítima o donde el acto lesivo produce sus efectos. De este modo posterga la opción por el domicilio del demandante o del órgano público demandado. Obviamente se prefiere la inmediatiez del Juez del lugar

pues reporta mejores condiciones para la rapidez y expeditividad que el amparo reclama.

> Se ha polemizado acerca de si esta competencia es prorrogable o no. Por esto último se pronuncia Rivas –con quien compartimos el criterio- al decir que sólo es posible la prórroga cuando hay conformidad entre las partes y en asuntos exclusivamente patrimoniales; en caso contrario ello no es factible. No obstante, Sagüés, dice que la competencia territorial es en principio prorrogable, excepto en las materias en que tal extensión no es viable.

El amparo interpuesto contra actos con pluralidad de efectos en distintas zonas puede radicarse, a elección del presentante, en cualquiera de las jurisdicciones en que se ejecuta la medida impugnada. (C. Fed. La Plata, Sala III, Abril 29-997). La Ley Rep.1997, p. (9).

No es competente la justicia federal para reconocer en el amparo donde se impugna el acto por el cual la Municipalidad de Lomas de Zamora ordenó la clausura de un local de la estación de Ferrocarriles Argentinos ya que el art. 18, parte 2ª de la ley 16.986 limita su aplicación por los jueces federales de las provincias a "los casos en que el acto impugnado mediante la acción de amparo provenga de una autoridad nacional". (CS, abril 21-1992*, Tenorio, Eduardo F. c. Municipalidad de Lomas de Zamora y EFA*).

Es competente la justicia federal para conocer en el amparo contra una empresa telefónica, si se trata de precisar el sentido y los alcances de normas federales y sus respectivas reglamentaciones reguladoras del sistema de precios y de las categorías del servicio público telefónico, disposiciones emanadas y fiscalizadas por el Estado Nacional en ejercicio de las facultades que le confieren los arts. 1, 3, inc. c); 4, inc. e); 15, 16 y concs. de la ley nacional de telecomunicaciones 19798. (CS, abril 7-1992*, Lottici, Emilio C. c. Telefónica de Argentina, S.A*).

Es competente la justicia federal y no la provincial para entender en el amparo promovido por la Municipalidad de Berazategui, para que la empresa de electricidad recientemente privatizada que opera en la comuna, se abstenga de cortar el suministro de energía eléctrica a distintos barrios. Ello porque los reclamos de la actora encuadran en los términos de la ley 24065 y su complementaria, la ley 15336 de eminente carácter federal. (CS, diciembre 9-1993, *Municipalidad de Berazategui c. Edesur S.A*.).

No es de competencia federal la causa en la que se demanda a una municipalidad a fin de que otorgue la aprobación para el tendido de cables de un circuito cerrado de televisión y la instalación de una antena comunitaria, pues se trata del examen o revisión de actos propios de la autoridad municipal de la provincia, no advirtiéndose que la falta de pronunciamiento de la municipalidad lesione, prima facie, ninguna norma de contenido federal. (CS, octubre 26-1993, *Televisora Belgrano S.A. c. Municipalidad de Quilmes s/ amparo [sumarísimo - art. 321*]).

No es competente la justicia federal para entender en la acción de amparo deducida contra una asociación civil que a su vez pretende actuar en el ámbito de una universidad nacional, si no se desprende de la demanda que el acto cuestionado se vincule con la actividad que les pudiera corresponder a los

representantes del centro de estudiantes en algún órgano de gobierno de la universidad. (CS, mayo 4-1993, *Bayon, Luis y otros*).

La justicia civil es competente para entender en el amparo en el que se persigue la revisión del acto administrativo por el cual se dispuso la clausura del local que, según el accionante, posee en concesión en una dependencia del Estado Nacional, si el acto esencial atacado fue cumplido por la Comuna en virtud de lo dispuesto por el art. 97 de la ley 19.987. (CNCiv., Sala E, setiembre 30-1991). ED, 147-150.

Resulta competente la justicia local para entender en la acción de amparo incoada por la empresa concesionaria del servicio público de electricidad contra la Municipalidad de Almirante Brown a fin de que se dejara sin efecto el acto de clausura impuesto por no contar con habilitación municipal. (C.Fed. La Plata, sala II, setiembre 9-1993). ED, 158-428.

Es competente la justicia federal y no la provincial para entender en el amparo promovido contra la empresa de electricidad recientemente privatizada por la facturación del servicio eléctrico. Ello porque los reclamos de la actora encuadran en los términos de la ley 24.065 y su complementaria, la ley 15.336 de eminente carácter federal.(CS, agosto 9-1994*, Compte, Carlos Federico c. Edenor S.A.*).

La acción de amparo promovida para que se declare judicialmente la nulidad de la incorporación de tratados internacionales y las modificaciones a la parte dogmática de la Constitución Nacional efectuadas por la Honorable Convención Reformadora no constituye ninguno de los casos que, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional y a las leyes que los reglamentan, habiliten la jurisdicción de la Corte.(CS, agosto 23-1994, *Unión del Centro Democrático*).

66.5 Competencia originaria

La Corte Suprema ha dicho en reiteradas ocasiones que de no mediar los supuestos previstos para su intervención en la Constitución Nacional, el amparo no corresponde a su competencia originaria.

En este aspecto se sostiene que para que una provincia pueda ser tenida por parte de conformidad con el art. 117 de la Constitución Nacional y proceda la competencia originaria de la Corte, aquella debe serlo en sentido nominal sustancial.(CS, diciembre 6-1995, *Pertile, Elda Aída s/inicia acción de amparo*).

Agregándose que para que la provincia sea parte en sentido nominal se requiere que figure expresamente como tal en juicio, mientras que lo referente a la exigencia de ser parte sustancial significa que debe tener en el litigio un interés directo que surja manifiestamente de la realidad jurídica, más allá de las expresiones formales usadas por las partes, ya que no tendría sentido atribuir el carácter de parte en una causa a quien no aparece como tal en el expediente.(CS, diciembre 6-1995, *Pertile, Elda Aída s/inicia acción de amparo*).

Para admitir el desplazamiento de la competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (art. 149 inc.

3) Const. Provincial) frente a la acción de amparo promovida, se hace necesario determinar *'in límite litis*" si se han expuesto acabadamente en el escrito de demanda los requisitos que hacen a su admisibilidad, único supuesto en el que el tribunal reconoce primacía al conocimiento y decisión por la justicia ordinaria en materia administrativa que por principio le es propia. (SC Buenos Aires, noviembre 2-1993) DJBA, 146-2169.

No toda la materia administrativa está asignada exclusivamente a la competencia de la Suprema Corte, pues la ley, sin violar en su esencia la norma constitucional pertinente (art. 149, inc. 3) Const. Provincial) ha atribuido a otros tribunales el conocimiento de determinados aspectos específicos de aquella materia: así lo ha hecho la ley 7166 y su modificatoria 7261. (SC Buenos Aires, noviembre 2-1993) DJBA 146-2169.

Resulta insuficiente para desplazar del conocimiento de la acción de amparo al magistrado que interviene la circunstancia de que la resolución del pleito requiera la aplicación preponderante de normas de carácter administrativo, si también se denuncia la conculcación de derechos constitucionales reconocidos. Un acto puede ser calificado a la vez de ilegal y de inconstitucional si la conducta en cuestión, definida como transgresión por una ley, es repugnante a algún precepto de la Constitución. (SC Buenos Aires, noviembre 2-1993) DJBA. 146-2169.

66.6 La declaración de incompetencia sin petición de parte

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; por otro, el artículo 4º que dice:" *Será competente para conocer 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 actuaciones el juzgado que hubiese prevenido disponiéndose la acumulación de autos, en su caso".*

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 (v.gr.: por razón de la materia; del lugar; etc.), en principio se puede afirmar que no ha perdido el control sobre el control de 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 plantea 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.

La norma procesal impide la articulación de cuestiones de competencia, pues este tipo de excepciones demora –quizás abusivamente- la celeridad que se ha de imprimir al trámite del amparo.

En cambio, si las denominadas “cuestiones de competencia” se interpretan con elasticidad 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.

> Sin embargo, advierte Sagüés, puede suceder que la cuestión de competencia no se articule como “excepción” sino como “defensa” de previo y especial pronunciamiento, en cuyo caso, habría que recordar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa (*Fernández Bedoya y otros s/ amparo*) donde expresamente se aclara que el artículo 16 de la ley 16.986 rechaza la “articulación de cuestiones de competencia”, pues esta norma tiende a impedir el planteamiento de defensas o excepciones previas, que obstaculicen la celeridad del trámite que debe imprimirse a estas causas.

67. Sujetos procesales en el amparo

Uno de los problemas más importantes que tiene la relación amparo-proceso, llega por la idea de controversia que todo litigio supone.

Esta cuestión supone tener dos partes enfrentadas en posiciones diferentes. Una reclamando por la amenaza o lesión a sus derechos fundamentales, frente a otra que provoca el acto lesivo.

La confusión radica en el concepto de "parte". Ocurre que, aun teniendo en claro que hablamos del sujeto del proceso, o de los sujetos que controvierten; muchas veces la noción se vincula con el derecho mismo que se ventila, es decir, se confunde al sujeto del litigio con el sujeto de la acción.

> Hemos señalado en otra obra ("*La legitimación en el proceso civil*") como en secuencias sucesivas el individuo que requiere la actuación del Derecho y la tutela jurisdiccional necesita cubrir aspectos que van desde la acreditación de la titularidad del derecho (relación que supone verificar el perjuicio a un derecho de pertenencia exclusiva), pasar por el control de aptitud (capacidad jurídica) y terminar con la legitimación "ad processum". Una vez instalado en el proceso, su presencia se constata bajo la condición de "parte", lo cual asimismo supone enfrentar intereses contrapuestos.
>
> Esta es la inspiración más generalizada, al punto que suele llamarse al proceso civil como un "juicio de partes", expresando justamente que la actividad jurisdiccional no comienza de oficio, sino a través del impulso particular que mecaniza la acción.

De esta deducción surge la idea equívoca de establecer identidades entre quien pide y quien actúa, porque la condición de parte corresponde a un aspecto puramente procesal, diverso de la capacidad y de la representación.

Por tanto, desde una visión estrictamente procesal, al concepto de parte interesa más captar quien realiza y actúa en el proceso, más que la pertenencia exclusiva del derecho en debate. Esta última ocupa la noción de "parte sustancial", diferente de la "parte procesal" que advertimos.

En el amparo la legitimación, como vimos, tiene amplitudes que el proceso ordinario no admite. La doctrina suele referir a ciertas proyecciones importantes desde la perspectiva de las denominadas "legitimaciones extraordinarias" (o sea de aquellas que sin pertenencia exclusiva del derecho, permiten ingresar al proceso en razón de un interés preferente).

Es decir, el acceso se halla en la posibilidad de confirmar la condición de "parte" a quienes, aun sin resultar "dueños" del derecho subjetivo, sostienen un "interés" importante, que actúa de soporte para la legitimación.

De alguna manera es un retorno al problema que presentan los denominados "derechos difusos", o de "incidencia colectiva"; derechos pretendidos en vía de amparo constitucional, donde la individualización no resulta posible, pero está claro la masificación del interés en actuar.

> En España, la norma constitucional ha dado cierta apertura para la defensa de estas legítimas preocupaciones colectivas; de modo tal que si en sede ordinaria se declara inadmisible la pretensión por falta de legitimación activa, se puede recurrir en amparo requiriendo la calidad de "parte".
>
> En este sentido ha dicho el Tribunal Constitucional que "cuando el objeto del proceso previo sea la tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas...y la causa de la inadmisibilidad sea la falta de legitimación, este Tribunal no puede contraer el examen del caso a la mera comprobación de que hubo una sentencia fundada en Derecho, sino que ha de entrar a analizar la concurrencia o no de la falta de legitimación, pues en el supuesto de que ésta hubiese sido incorrectamente apreciada por el Tribunal ordinario, quedarían sin protección ni tutela efectiva el derecho o derechos fundamentales en cada caso debatidos y su ejercicio quedaría de facto indebidamente restringido".

De este modo se resuelve el primer aspecto de la cuestión: el del sujeto activo de la pretensión de amparo. Pero resta, ahora, encontrar al sujeto pasivo, pues aquí normalmente, la demanda se dirige contra el autor responsable del acto lesivo, el cual puede coincidir o no con el autor material de la amenaza, lesión, cercenamiento o restricción del derecho constitucional.

La cuestión más importante, en consecuencia, es el objeto del proceso (que se pide), para luego resolver desde la dinámica procesal, si la legitimación para obrar justifica el interés puesto de manifiesto, y en su caso, si la sentencia puede originar sobre quien pretende los efectos jurídicos propuestos.

67.1 El actor

La tendencia jurisprudencial requiere que sea el dueño del derecho el que concrete la demanda de amparo.

Esta pertenencia exclusiva del interés supone que al proceso de amparo -con nuestra discrepancia-, sólo puedan llevarse los derechos propios, pues de otro modo no existe la legitimación en la causa necesaria para resolver la aptitud para obrar.

Estar legitimado para actuar significa tener una situación individual que permite contar con una expectativa cierta a la sentencia; de este modo se reitera el emparentamiento entre legitimación y pretensión.

La aptitud para obrar tiene como referencia a otro sujeto, que es con quien se va a constituir la relación jurídica procesal, la que de todos modos, tiene antecedentes en los hechos que la preceden.

El problema aparece cuando el interés expuesto a través de la demanda no se postula por quien ha sido el titular de la relación jurídica sustancial, tal como sucede en los casos de representación, cesión de derechos, sucesión, etc.,

Comúnmente se habla en el derecho material de *legitima persona standi in iudicio* con referencia a la capacidad para comparecer o estar en juicio, determinando que sólo pueden hacerlo quienes están en pleno ejercicio de sus derechos civiles, excluyendo a los que estén incapacitados o inhabilitados.

> Por eso, la legitimación se refiere al título legal en que la representación del derecho se funda y es indudablemente un presupuesto de validez del proceso como un todo y de cada uno de los singulares actos procesales. Es el terreno de la admisión preliminar que configuran típicas cuestiones procesales, no materiales como en la legitimación *ad causam*.

El actor, en el proceso de amparo, puede ser una persona física o jurídica, amenazada o lesionada en sus derechos fundamentales.

La aptitud para obrar debe relacionarse con el derecho constitucional cuyo respeto reclama, por eso, la identidad entre sujeto afectado y derecho afectado no es igual que en el proceso ordinario.

La calidad de parte tiene que ser reconocida porque se juega en su medida una cuestión fundamental que sólo el derecho constitucional debe tomar a su cargo. Pero agregamos más: hay casos en que, aunque la ley niegue legitimación a alguien, el juez tendrá que reconocérsela "contra ley", porque si se la niega en mérito de que esa es la solución que arbitra la ley, cumplirá la misma pero violará la Constitución.

La inconstitucionalidad que se tipifica en esos supuestos radica, en su última base, en la violación del *derecho a la jurisdicción* como derecho de acceder a un tribunal judicial.

> Lo que suele llamarse "legitimación extraordinaria", se produce como parte del ensanchamiento de la franja de derechos tutelados que diseña todo orden jurídico. Así como antaño sólo era objeto de atención el derecho subjetivo, dando cuño individualista al proceso judicial; ahora promedian otros intereses colectivos, sociales, o meramente difusos (<<de incidencia colectiva>> los llama el art. 43 de la Constitución Nacional) que a través de situaciones o representantes diversos, tienen cabida en el aura de la legitimación para actuar.
>
> Se trata de cubrir el quid que surge cuando la pretensión planteada en juicio no viene en cabeza de su titular, sino en la masificación del interés. Algo así como un bien indivisible que admite "cuotas" identificadas en cada afectado, donde cada uno tiene parte de un todo, pero donde nadie es dueño absoluto.

El reconocimiento de estos derechos repercute en la calidad de parte y en los efectos que siguen a la sentencia, por ello, cada sistema legal debe garantizar el acceso a la jurisdicción, sin descuidar los excesos probables de los grupos que actúan.

En resumen, los casos de legitimación extraordinaria quedan simplificados en la modalidad como se presenta y tiene el derecho o interés a tutelar. Lo común es que sea el titular el que reclame, pero el mismo interés puede estar cedido, en cuyo caso quien lo adquiere tiene un interés derivado pero excluyente.

Si la cuestión se deduce a través de representantes legales o judiciales, la legitimación *ad causam* se vincula con la condición de parte.

Mientras que la acumulación de personas en un mismo sector permite referir a legitimaciones activas o pasivas conforme se traten de litisconconsorcios de uno u otro tipo.

En líneas generales, la calidad de parte actora, en el amparo se reconoce como "*legitimatio ad causam*", designación que originó diferentes posturas en cuanto a su amplitud antes de la sanción de la ley 16.986, pero que ha quedado definida en ésta en su art. 5° habilitando a promover el remedio excepcional en análisis a toda persona individual o colectiva titular del derecho constitucional lesionado, limitando de esta forma la posibilidad de accionar a los terceros que no demuestren de manera inequívoca la violación de una garantía constitucional que le es propia, derivada en forma directa o inmediata del acto de la autoridad (CNCiv., Sala E, abril 12-1985*, Mosquera, Angel O. c. Municipalidad de la Capital*), La Ley, 1985-D, 211.

Con la reforma constitucional, cualquier ciudadano argentino se encuentra legitimado para entablar acción de amparo. En este sentido se admite que sea “cualquier ciudadano” el que proponga la acción a fin de que se ordene al Poder Ejecutivo Nacional la publicación del art. 68 bis de la Constitución que, a pesar de haber sido aprobado por la Convención Constituyente, no fue oportunamente publicado. Máxime si se tiene en cuenta la naturaleza atípica de la situación y que el artículo no publicado formaba parte del denominado "Núcleo de Coincidencias Básicas", que debía aprobarse e incorporarse a la Constitución reformada en su totalidad.(Juzgado Federal de Primera Instancia Nº 1, Salta, octubre 25-1994). ED, 161-531. Con nota de Germán J. Bidart Campos.

La amplitud del criterio constitucional se observa en los arts. 41 y 43, que asigna legitimación activa a quien, en su condición de vecino de una localidad, promueve acción de amparo para que se decrete la nulidad del concurso público convocado para la selección de proyectos de inversión, instalación y operación de plantas de tratamientos de residuos peligrosos (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, setiembre 8-1994, *Schroder, Juan c. Estado Nacional -Secretaría de Recursos Naturales-*), La Ley 1994-E, 449.

Entre los sujetos a los que el art.43 de la Constitución Nacional otorga legitimación activa se encuentran las asociaciones que propendan a proteger el ambiente, al usuario, al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, registradas conforme a la ley, que determinará los requisitos de su organización (CS, abril 22-1997 “*Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina c/ Provincia de Buenos Aires*” La Ley del 29/5/97, fallo 95.419).

El art. 5º de la ley de amparo tipifica al legitimado activo como al "afectado" en los términos de su art. 1º y habilita a promover el remedio

excepcional del amparo a toda persona física o colectiva titular del derecho constitucional lesionado, limitando así la posibilidad de accionar a los terceros que no demuestren inequívocamente la violación de una garantía que le sea propia, derivada directa o indirectamente de la autoridad pública (CNCiv., Sala B, mayo 4-1995*, Ombudsman de Buenos Aires c. Municipalidad de Buenos Aires*) JA, 1995-IV-33 - ED, 163-468.

La legitimación de los particulares para actuar en defensa de los intereses colectivos tiene gran trascendencia política e institucional, pues se vincula a una concepción solidaria de la vida social para la cual los hombres colaboran activamente en la prosecución del bien común; por ende, debe considerarse a la acción pública como un activante de las funciones administrativas cuando estas no son cumplidas espontáneamente por los poderes constituidos. (CNCiv., Sala I, abril 29-1993). ED, 154-380.

No confiere legitimación para la promoción de una acción de amparo la invocación de "representante del pueblo" con base en la calidad de diputado nacional, pues el ejercicio de esta representación encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo para cuya integración en una de sus cámaras fue electo, y en el terreno de las atribuciones dadas a ese Poder y a sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso. (CS, Setiembre, 6-1990, "*Dromi, José R. S/ avocación en: Fontela, Moisés E. C/ Estado Nacional*", La Ley, 1990-E, 97

La teoría de los intereses difusos que permite englobar en un amplio abanico a los titulares de la legitimación activa, tiene como efecto colateral propio de su naturaleza jurídica la de atenuar el contenido de esa legitimación, justamente por efecto del reparto entre varios titulares. (Juzgado Federal de 1a Instancia de Santa Rosa, La Pampa, Secretaría Civil, mayo 20-1993). ED, 154-145.

La incorporación de intereses generales o difusos a la protección constitucional no 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. CS, "*Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo*" citado.

67.2 *El demandado*

La Constitución Nacional admite la pretensión contra actos de autoridades públicas o de particulares. Quien produce el acto lesivo resulta potencialmente sujeto pasivo del proceso de amparo.

Habitualmente el problema aparece con la necesidad procesal de identificar al demandado en los procesos contradictorios, ofreciendo variables y alternativas las reglamentaciones comparadas de leyes amparistas.

En algunas legislaciones se establece que la demanda se debe dirigir contra el servidor o el titular del órgano que aparezca como presunto autor del agravio.

> Explica Hernández Valle que, si uno u otro hubieran actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior o

> con su autorización o aprobación, se tendrá por establecido el amparo contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en sentencia. De ignorarse la identidad del servidor, el recurso se tiene establecido contra el jerarca.

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 eludida mediante el principio de jerarquía administrativa, según el cual la autoridad superior no recibía órdenes ni instrucciones de funcionarios de menor rango.
>
> En este sentido Celso A. Barbi argumenta que, el acto del funcionario vincula a la autoridad pública a cuyo cuadro pertenece, de la misma forma que el director de una sociedad privada vincula a la empresa para la cual trabaja. Por eso, la parte pasiva en el mandado de segurança es la autoridad responsable, del mismo modo que en el hábeas corpus y en la acción popular es el agente de coacción o el que practica el atentado contra el patrimonio público.

La ley de amparo 16.986 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.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las normas que regulan el trámite del amparo confieren legitimación pasiva para ser demandadas a las "autoridades", que pueden o no contar con personería jurídica (Setiembre 3/987, J.A., 1989-I-390).

Actualmente existe cierta desinteligencia entre la Constitución, la ley 16.986 y el Código Procesal Civil y Comercial que reglamenta el amparo contra actos de particulares.

La norma fundamental creó el derecho de amparo contra ambos tipos de actos lesivos; la ley 16.986 regula el procedimiento cuando se trata de autoridades públicas -en todo cuanto no esté derogado por la Constitución-, y el orden adjetivo establece el proceso sumarísimo para el restante.

Mientras persista esta situación, convendrá mantener el esquema ritual tradicional -con las modificaciones agregadas por la reforma-, según el cual debe respetarse el esquema siguiente:

contra actos de autoridades públicas

↗

1. Demanda de amparo

↘

contra actos de autoridades privadas

2. Intervención del Juez para dar trámite o sanear el proceso en sus deficiencias formales, o bien, indicado el tipo de procedimiento a encausar.

3. Requerimiento del informe indicando el plazo para responder

4. Contestación o silencio

5. Etapa probatoria (eventual)

6. Sentencia

7. Recursos ordinarios y, eventualmente, extraordinarios

Hernández Valle, al detallar el procedimiento vigente en Costa Rica, dice que cuando el amparo se plantea contra actos de particulares no son aplicables las disposiciones contenidas en el capítulo contra los servidores y órganos públicos, en el sentido de que los informes se rinden bajo la fe del juramento y la negativa a rendirlos, dentro del plazo señalado por la Sala Constitucional, comporta una eventual sanción penal.

Se trata jurídicamente de la contestación de una demanda dentro de un proceso judicial, en el que su falta oportuna de remisión sólo puede dar lugar, desde el punto de vista procesal, a que los hechos invocados en ella se tengan por ciertos. Es decir, en esta hipótesis se aplicaría la disposición procesal ordinaria de la contestación en rebeldía.

Por su parte, la *jurisprudencia local* aclara otros supuestos:

Corresponde dejar sin efecto la sentencia dictada en un juicio de amparo promovido contra el Ministerio de cultura y educación, si no ha tenido intervención el establecimiento docentes privado, donde laboraba el actor, y si el fallo fue dictado sin la previa producción de la prueba ofrecida por la autoridad demandada al evacuar el informe previsto en la ley 16986, que de ese modo quedó privado de su defensa, siendo el recurso extraordinario deducido por el la primera oportunidad que tuvo para invocar esa omisión, que va en desmedro del art. 18 de la constitución (CS, Agosto 27-1981). ED, 95-685, con nota de Germán J. Bidart Campos.

Corresponde admitir la protección jurisdiccional, solicitada por vía de amparo por el mercado de valores de Buenos Aires, tendiente a que en el futuro no se apliquen las observaciones -en el caso, llamadas de atención efectuadas por la Comisión Nacional de valores en ejercicio de la actividad administrativa de control-, pues llevaría al control jurisdiccional a priori de la administración activa en menoscabo del principio de separación de funciones que consagra la Constitución Nacional (CNCont.-Adm. Fed., Sala IV, Junio 10-1981). ED, 95-694.

Es procedente la acción de amparo intentada por el titular de un vehículo contra la Administración de aduanas, con el objeto de que este organismo se abstenga de secuestrar el automóvil de su propiedad, como consecuencia del sumario instruido contra su anterior propietario por infracción a las normas aduaneras, puesto que de lo contrario, y frente a la inminencia de su ejecución se configuraría una violación al derecho de propiedad de quien aparece como actual y legítimo propietario, máxime no surgiendo del título del automotor que este se hallara interdicto o gravado en los términos del art. 7 del decreto ley 6582/58 (T. O. 1973) (CNCont.-Adm. Fed., Sala I, Marzo 31-1982), ED, 99-298.

Procede el amparo contra un acto de autoridad administrativa que en forma injustificada permite la devastación de una especie animal, lesiona o amenaza derechos garantizados en forma implícita por el art. 33 de la Constitución Nacional (1ª Instancia Cont. Adm. Fed., Juzgado nª 2, Firme, Mayo 101983). ED, 105-245.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia apelada en instancia extraordinaria y hacer lugar al amparo cuyo objeto no se redujo, al intentar la acción, a que el órgano competente autorizara la vista de un recurso, detenido en una unidad carcelaria, por parte de un médico propuesto por la parte para practicar un examen, con integrantes del cuerpo médico forense, sino también a que se determinara el diagnóstico preciso y se dispusiera por orden judicial el tratamiento que resultara adecuado a ese diagnóstico, si el peritaje realizado es notoriamente insuficiente en sus conclusiones a los fines de la acción articulada y no basta para sustentar su rechazo, y si la nota agregada a autos por el jefe del Estado mayor general del Ejército se limita a informar sobre la autorización concedida para que un médico particular examine al beneficiario del amparo, condenado por el Consejo Supremo de las fuerzas Armadas. Todo ello porque en tales condiciones no resulta agotada la pretensión deducida (CS, Septiembre 22-1983). ED, 106-368. - Con nota de Germán J. Bidart Campos.

En el supuesto en que la Secretaría de Comercio denegó ilegítimamente la autorización para aumentar los precios conforme a la resolución me 837/84, es formalmente viable la acción de amparo, toda vez que el acto de autoridad pública lesiona con ilegalidad manifiesta derechos explícitamente reconocidos por la Constitución Nacional (arts. 16 a 18) siendo innecesarios e inadecuados para el caso, los procedimientos administrativos y judiciales ordinarios, atendiendo a que una resolución tardía puede acarrear perjuicios de orden patrimonial y social verosímilmente no reparables (arts. 1 y 2, ley 16986) (CNCont.-Adm. Fed., Sala IV, Noviembre 6-1984). ED, 111-335.

Hay cuestión federal suficiente si, no obstante existir óbice a la procedencia de la demanda de amparo, derivados de lo dispuesto en el art. 2, incs. a) y d) de la ley 16.986, la Cámara al hacer lugar al amparo decretado la nulidad de una resolución disponiendo llamar a nuevo concurso para bailarina del Teatro Colón en el cual debía inscribirse la actora, ha impuesto a la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires una obligación que importa una indebida intromisión dentro del ámbito de las facultades propias del poder administrador, al sustituir a éste en la valoración de los requisitos que deben reunir los participantes del concurso de referencia y constituirse en última instancia de decisión acerca de dicho acto (CS, Septiembre 18-1986, Belfiore, Liliana I. C. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y Otros).

Corresponde confirmar la acción de amparo, ya que si bien el Servicio de Sanidad Animal, entre sus atribuciones cuenta con la de suspender las inscripciones en el registro de comerciantes y productores de ganados y carnes, que son imprescindibles para quienes intervienen en ese ramo, la resolución adoptada suspendiendo la inscripción de un frigorífico por presuntas maniobras con comprobantes de pago no se ajusta a la ley. Aun de considerarse que ese hecho, además de afectar la recaudación tributaria infringe la ley de carnes, esta última supedita la imposición de la sanción de suspensión a un previo sumario en que se asegurará el derecho de defensa (art. 27, ley 21740) y tampoco cabe entender que se trate de una suspensión impuesta como medida de cautela, pues nada se invoca al dictarse la resolución, con lo cual la arbitrariedad del acto queda manifiesto. (CNPenal Económico, sala A, febrero 4-1993). ED, 154-267. Con nota de Juan Carlos Bonzón Rafart.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó un amparo interpuesto contra la decisión del Instituto Nacional de Vitivinicultura de paralizar las actividades del establecimiento de la actora, si de las normas invocadas por la entidad no surge que pueda lícitamente proceder como lo hizo. (CS, marzo 24-1992, Bodegas Galardón de Galanterik Hnos., S.A. c. Inv.).

67.3 Bilateralidad del amparo

No caben dudas que el amparo es un proceso contradictorio. La controversia se entabla entre un sujeto que plantea la amenaza o lesión de sus derechos constitucionales, frente a una autoridad pública o un particular, que debe responder por el acto lesivo que produce.

Sin embargo, esta afirmación es demasiado simplista y deja sin responder, quizás, el problema mayor que refleja considerar que el amparo es un proceso bilateral y contradictorio.

En efecto, la premisa que tiene este proceso constitucional, precisamente, es proteger los derechos del hombre de las amenazas o agresiones directas o indirectas que el Estado o sus organismos centrales o descentralizados, autónomos o autárquicos, generen 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 oir 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.

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 amparo 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.

> Destaca Ortecho Villena, comentando los procesos constitucionales del Perú, que dada la naturaleza especial de la defensa de las libertades y los derechos constitucionales, que urgen su respeto y restablecimiento, la ley (de amparo) compromete en forma especial al juez para suplir las deficiencias procesales en que puede incurrir el reclamante, explicable por otra parte, de que quien está siendo privado de sus libertades o sus derechos fundamentales, está limitado para desarrollar con toda eficiencia su acción de garantía...De allí que resulte equivocada la jurisprudencia que trata de implantar algunos niveles judiciales, en el sentido de que las acciones de garantía deben someterse a las formalidades del nuevo Código Procesal Civil, argumentando que sus normas son supletorias.

Son los derechos de ella los que se protegen, pese al individualismo dominante que reporta todo procedimiento judicial.

> Es evidente que la naturaleza jurídica que se conceda al amparo influye en las conclusiones que se alcancen. Por ejemplo, si fuese el amparo un *recurso*, debiera aceptarse previamente su característica como proceso, pues los recursos procesales solamente operan en vía de revisión de decisiones que afectan el derecho de las partes. En cambio, si la idea se aisla y se localiza como un *derecho de petición*, la acción cobraría sentido únicamente como derecho de solicitar la intervención de las autoridades. Luego, el trámite *per se*, requiere de otras explicaciones. Si aceptamos la noción de *remedio*, en el sentido de revisión de resoluciones dictadas por el mismo órgano que las dicta, quedaría sin fundamento el amparo cuando se cuestiona una norma por inconstitucional, pues no habría revisión propiamente dicha, sino actuación directa. Cuando se habla del amparo como *petición o pretensión*, sobre un derecho fundamental cercenado, obligado resulta ver que, si es petición, se trazan paralelos con el derecho de acción, aun cuando debe agregarse el "derecho a la jurisdicción", es decir, a tener un proceso. Si fuera *pretensión*, habría *partes procesales*, pues ella se dirige al Estado y contra otro interés con el que ha de confrontar.

Ahora bien, 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".

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.

> 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.

Bidart Campos sostiene que el juez está obligado a "oir a las partes"; de lo contrario existiría inconstitucionalidad del procedimiento. Lazzarini participa del criterio, apuntando la sumariedad estricta del cognocimiento.

67.4 La intervención de terceros

La admisión de terceros en el proceso de amparo no se encuentra especialmente reglado en la ley de amparo, aunque se pueden seguir los procedimientos del código procesal por la remisión que efectúa el artículo 17.

Aunque, de todos modos, más allá de que la ley 16.986 prevea la aplicación supletoria de lad disposiciones procesales en vigor, las normas del código adjetivo referidas a la actuación de terceros en el proceso y a la integración de la litis rigen situaciones diversas a las que se plantean en el marco del denominado amparo colectivo, las que para este caso, resultan absolutamente insuficientes (Cfr. CNFed. Contenciosoadministrativa, Sala IV, junio 23-1998, *Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones*, La Ley 1998-D, 712).

No obstante, la rapidez prevista impide controvertir sobre la calidad de parte adhesiva o litisconsorcial, características que se deben tener en cuenta para resolver en definitiva.

La doctrina, en líneas generales, permite la intervención de terceros atendiendo para ello los beneficios que puede lograr con el acto lesivo o los perjuicios que sufre por el comportamiento de la autoridad estatal.

Para Sagüés, la posible intervención de terceros, en un trámite de amparo, puede presentarse a dos niveles: a) En cuanto a personas perjudicadas por el acto lesivo (para tal supuesto puede recordarse el caso “Productex S.A.”, donde la ocupación de una fábrica simultáneamente dañaba a una empresa, a quien se privaba de electricidad); b) Respecto a los individuos beneficiados por el acto cuestionado por vía de amparo. Por ejemplo, un establecimiento cuyo cierre se dispone municipalmente, por ruidos y emanaciones nocivas, a pedido de quienes viven cerca de él.

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.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación menciona que la citación de terceros debe encontrarse justificada en una razón suficiente y sólida (Fallos, 316:775); 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 (Fallos, 318:2551). También 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” (Fallos, 313:1053).

Agrega Palacio de Caeiro un comentario al fallo de la CS en la causa "*Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo*" (diciembre 14-1999) en la cual se admitió la intervención de un tercero conforme a la opinión favorable del Procurador General de la Nación. El funcionario en su dictamen consideró que la provincia de La Pampa demostró que "las medidas aprobadas por la norma en crisis (decreto cuestionado) guardan íntima conexión con los intereses económicos, políticos y sociales de ese Estado local, el cual resultaría perjudicado o beneficiado por el hecho de admitirse o rechazarse la pretensión".

Para ordenar el problema es conveniente analizar las diferentes modalidades que tiene la intervención de terceros en razón de ser distintas las vicisitudes de cada una.

En efecto, el artículo 17 del reglamento amparista deriva al código procesal las cuestiones no atendidas por la ley. De este modo, aparecen en el trámite del proceso constitucional las siguientes posibilidades: a) *Intervención principal;* b) *intervención accesoria, litisconsorcial,* y c) *intervención coactiva*

- La primera, es la conocida *intervención voluntaria, adhesiva simple*, donde el tercero acredita que la sentencia puede afectar un interés que le resulta propio y plantea por ello la actuación como parte (*según las normas del derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio*).

  Esta es la situación más restrictiva, porqué la intervención se puede deducir en cualquier etapa del trámite y aun en las instancias posteriores. Sin embargo, se permite la entrada al proceso si actúan en calidad *de adherente simple* a las facultades y poderes del actor, o como *coadyuvantes* de la autoridad pública denunciada (art. 90 inciso 1º, CPC).

- El caso que precede tiene en cuenta que está eliminada de nuestra legislación la intervención excluyente, por la cual quien actúa por un interés propio puede sustituir la calidad de parte de quien demandó; lo cual no obsta a que se pueda cambiar al sujeto pasivo del amparo cuando la autoridad estatal demandada tiene una representación no identificada y ésta aparece para ser responsible por los actos lesivos.

- La *intervención accesoria yó litisconsorcial* es aquella donde el derecho afectado se comparte (típico de los derechos difusos, donde la legitimación colectiva impide los problemas que aquí se analizan) y admite acumular procesos diferentes o acciones simultáneas (tal como lo autoriza el art. 4º tercera parte de la ley 16.986).

- La *intervención forzada* o *coactiva* se da en el supuesto de comunidad de la controversia, pero esta absolutamente prohibida en el amparo.

  Rivas afirma que los supuestos de este último dispositivo 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.

Por su parte, Sagüés puntualiza que no es indispensable integrar la litis con otro (en el supuesto de cuestionamiento al decreto 36/90 de incautación de depósitos a plazo fijo y conversión en “bonex”, traer al proceso a la entidad financiera) cuando el sujeto activo no extendió contra éste la demanda, y además, la sentencia puede ejecutarse sin dificultad.

Finalmente, 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.

68. La demanda de amparo

Una vez más la relación que tiene el amparo con los requisitos procesales para deducir una pretensión aparecen manifiestos, de manera que se aplica la técnica común de los procedimientos ordinarios.

La demanda debe presentarse por escrito, dentro del plazo que la reglamentación establece, se formaliza contra el autor o responsable del acto lesivo y, en lo que interesa a este punto, deben fundamentarse circunstanciadamente los hechos y el derecho.

La norma reglamentaria de la ley de amparo federal establece que la demanda deberá contener "*la relación circunstanciada de los extremos que hayan producido o estén en vías de producir la lesión del derecho o garantía constitucional".* Explica Sagüés que esta disposición exige que la demada contenga una relación circunstanciada, es decir, con toda menudencia, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad, y enunciando las características del caso, esto es, los accidentes y particularidades de tiempo, lugar, modo, condición, estado y demás que acompañan algún hecho.

El nuevo 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”.*

68.1 Los hechos

La explicación clara y precisa de los hechos deviene imprescindible a efectos de reconocer el objeto material que permite la procedencia del amparo.

Es decir, ya se trate de la amenaza, lesión directa o indirecta, alteración, restricción o desconocimiento del derecho fundamental de que se trate, debe resaltarse 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.

La jurisprudencia en este aspecto, elimina del trámite amparista, los casos donde no aparecen debidamente explicados los hechos en que la demanda se funda.

Por ejemplo, se ha dicho que el amparo no resulta admisible cuando los perjuicios que puede ocasionar su rechazo no son otra cosa que la situación común de toda persona que peticiona el reconocimiento judicial de sus derechos por los procedimientos ordinarios. (CNFed. Contencioso-administrativa, sala IV, junio 9-1994*, Benetti, Osvaldo O. c. Jefe del Estado Mayor Gral. del Ejército*), LA LEY, 1995-E, 576, J. Agrup., caso 10.689.

La norma del art. 43 de la Constitución Nacional no contiene una derogación en bloque de las disposiciones de la ley 16.986, razón por la cual sólo deben entenderse derogadas aquellas condiciones de admisibilidad de la acción que lo hayan sido de modo expreso. (CNFed. Contencioso-administrativa, sala III, marzo 18 -1995*, Pérez, Ana c. Ministerio de Cultura y Educación*), La Ley, 1996-E, 97

La legitimidad del decreto que dejaba sin efecto las designaciones del personal municipal sin estabilidad a la fecha de su dictado y la procedencia de su aplicación a la situación particular del actor, como así también la necesidad del acto administrativo particular para hacer efectiva la finalización de la actividad laboral y el carácter de la notificación efectuada, sólo pueden ser controvertidos en un juicio de conocimiento donde el debate y la prueba permitan acreditar si el agente cesanteado se encontraba comprendido en sus disposiciones y si la notificación efectuada resultaba idónea a los fines perseguidos, siendo en consecuencia, improcedente el amparo intentado. (CNCiv., Sala D, junio 9-1995*, Pinotti, Jorge P. c. Municipalidad de Buenos Aires*), La Ley, 1996-E, 666 (39.091-S),

El art. 43 de la Constitución Nacional diseña el amparo para atender exclusivamente hipótesis de "arbitrariedad" o "ilegalidad manifiesta"; es decir, que si el acto lesivo no contiene un vicio palmariamente arbitrario o ilegal, el amparo no será una meta exitosa, siendo más provechoso plantear el reclamo por otro conducto procesal. (CNCiv., Sala D, junio 9-1995*, Pinotti, Jorge P. c. Municipalidad de Buenos Aires*), La Ley, 1996-E, 666 (39.091-S),

68.2 El derecho

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.

> Al respecto, Sagüés dice que debe citarse la norma constitucional que corresponda, como exigencia mínima para que el amparo proceda, aunque la omisión de tal recaudo o la errónea invocación de una cláusula de la Constitución, no autoriza por sí sola a desestimar la acción instaurada, en virtud del principio *iura novit curia*.

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. Relevamiento que Guasp llamó como doctrina de la sustanciación.

> En España, por el caso, 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.

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 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).

En la jurisprudencia posterior a la reforma de 1994 se ha dicho que:

-La parte agraviada -o en trance de serlo- puede optar por un trámite rápido y sumario como es el amparo, o por un medio amplio de debate en el que alegue y pruebe a satisfacción los extremos en los que se funda el reclamo. En el primer caso, al fin del proceso puede rechazarse su pretensión si el juez no puede resolver el tema propuesto a su consideración. Asimismo, si desde el comienzo el magistrado entiende que dicho tema excede el marco del amparo, debe disponer su sustanciación y resolución por la vía del juicio sumario, porque no es la existencia de otra vía la que cierra indefectiblemente el amparo, sino la ineptitud de ella la que lo abre (CNCiv., Sala E, diciembre 17-1996, Doctrina Judicial, 1997-2, 230).

-El art. 43 de la Constitución Nacional, en tanto prevé las condiciones que se deben reunir para acceder a la vía del amparo, se basta a sí mismo, es operativo y no tolera el agregado de otros requisitos que tenían como presupuesto un diferente régimen constitucional. En consecuencia, la Ley 16.986 no se puede considerar vigente frente al nuevo texto de la Constitución que ha regulado el amparo de modo autosuficiente (C.Fed. Civil y Comercial, Sala I, octubre 12-1995, La Ley, 1996-C, 509).

-Para determinar la procedencia de la acción de amparo, el juez debe examinar si las vías procesales paralelas con las que cuenta el actor son eficaces para la reparación del daño. En consecuencia, no basta que exista otra vía procesal para desestimar la acción, pues debe considerarse si la misma es auténticamente operativa para enfrentar el acto lesivo (TS La Rioja, sala A, noviembre 28-1994, La Ley, 1995-E, 576).

-La exigencia de recurrir a otros medios tuitivos como medida previa al amparo, no debe resultar desvirtuada de manera tal que, obligando al afectado a utilizar caminos burocráticos, se afecten los derechos que se quieren amparar (Juz. civil y comercial nº 3 Corrientes, diciembre 20-1995, Doctrina Judicial 1996-2, 558)

69. El rechazo “in limine”. Teoría de la reconducción

¿Puede ser rechazada *in limine* la demanda de amparo por deficiencias formales?. Creemos que no.

Si bien es cierto que los jueces mantienen la facultad para analizar la admisibilidad de 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 trae 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.

Evidentemente, si el amparo se razona como vía directa resulta prácticamente imposible articular un rechazo liminar 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. Igual conclusión seguiría cuando se advierta la necesidad de un mayor debate o prueba.

Sin embargo, pensamos que en ningún caso procede declarar el rechazo *in limine* del amparo. No interesa la posición que se tenga respecto a la calidad alternativa o subsidiaria del amparo.

> María Mercedes Serra, en cambio, sostiene 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.

Cuando la ley de amparo federal establece en el artículo 3º que el juez puede rechazar sin sustanciación la acción "manifiestamente inadmisible" y ordenar de inmediato el archivo de las actuaciones, dispone una potestad jurisdiccional que 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 la pretensión 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.

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.

> Dice Sagüés que conviene alertar que aunque el art. 3º de la ley sólo habla del rechazo liminar por razones de *inadmisibilidad* (que son de índole formal, como los del art. 2º incs, *a* o *e*), también involucra razones de improcedencia (o de fondo, como las del art. 2º, inciso *d*, ley 16.986).

En cambio, si la posibilidad de rechazo obedece únicamente a cuestiones formales, 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.

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; y si interpreta que no puede actuar por las razones que fundadamente explicite, le debe indicar al recurrente cual es la "la vía judicial más idónea".

> Conforme el art. 43 de la actual Constitución Nacional, la existencia de remedio administrativo (art. 2º inciso a de la Ley 16.986) no puede ser obstáculo para la admisibilidad de la pretensión, desde que la Constitución sólo habla de la existencia de un medio judicial más idóneo (C.Fed. Paraná, noviembre 16-1994, ED, 161-371).
>
> El amparo no puede ser tildado de remedio excepcional, sino que es perfectamente normal ante los presupuestos que corresponden al ejercicio de la pretensión (CNCiv., sala C, abril 21-1994*, Abalos, Mario c. Municipalidad de Buenos Aires*), La Ley, 1995-E, 574, J. Agrup., caso 10.672.

> Ante la menor duda sobre la admisibilidad de la vía del amparo, debe darse curso al trámite respectivo. Lo definitorio radica en analizar si es necesario para la adecuada, oportuna y eficaz defensa de los derechos invocados, según las circunstancias particulares de cada caso (CNCiv., sala C, abril 21-1994*, Abalos, Mario c. Municipalidad de Buenos Aires*), La Ley, 1995-E, 574.
>
> Para el rechazo sin sustanciación de la acción de amparo, el art. 3º de la ley 16.986, exige que sea manifiestamente inadmisible, por lo que se condiciona la aplicación del mentado artículo, a la inexistencia de cualquier duda sobre el hecho cuestionado o sobre la norma aplicable. Así, deberá ser básicamente indiscutible la inadmisibilidad de la acción, para posibilitar su rechazo liminar (CNCiv., sala C, abril 21-1994, *Abalos, Mario c. Municipalidad de Buenos Aires*), La Ley, 1995-E, 574, J. Agrup., caso 10.674.

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.

- Si el amparo se rechaza in limine por cuestiones formales, se deben indicar cuáles son.
- Si se trata de la existencia de una vía judicial más idónea: ha de indicarse cuál es la pertinente, porqué es antijurídico –como dice la Corte Mendocina- obligar al litigante a intentar una acción poco conocida –medida urgente no cautelar- si tenía a su disposición una vía procesal clásica prevista constitucionalmente, como el amparo (Cfr. SCMendoza, octubre 13-1998, J.A., 1999-II, 31).
- Si requiere mayor debate o prueba, la limitación de conocimiento que el mismo juez se atribuye constituye un contrasentido con la misión de preservar la supremacía de la Constitución.

> Ante la menor duda sobre la admisibilidad de la vía de amparo, debe darse curso al trámite respectivo. Lo definitorio radica en analizar si es necesaria para la adecuada, oportuna y eficaz defensa de los derechos invocados, según las circunstancias particulares de cada caso (CNCiv., Sala C, julio 2-1993*, Casa Cichero S. A. c. Municipalidad de Buenos Aires*), La Ley, 1994-B, 469.
>
> La acción de amparo sólo resulta procedente cuando no existen otros procedimientos ordinarios que permitan obtener el mismo efecto o ellas no fueran suficientes o idóneas para evitar la vulneración irreparable de un derecho, y denunciándose como motivo fundante del amparo promovido la amenaza de afectarse la posesión, los demandantes contaban con la vía procesal del interdicto de retener que prevén los arts. 604 y sigtes. del Cód. Procesal de Buenos Aires; por lo tanto la acción deviene inadmisible (C.Civil y Com. Quilmes, Sala I, mayo 23-1995, *Galván, Rubén A. c. Ministerio de Obras y Servicios Públicos)*, LLBA, 1995-762.
>
> La función jurisdiccional y así también la administrativa no cumplen sus objetivos cuando no están provistas de los procedimientos conducentes, o cuando el órgano competente no se pronuncia en tiempo oportuno. En consecuencia, cuando los procedimientos previos o las vías paralelas y concurrentes no son hábiles para reparar el agravio y el tránsito por los mismos puede traer aparejado un mal grave irreparable, la vía del amparo se abre con prescindencia de todo trámite previo. (Del voto en disidencia del doctor Billordo)

(C1ª Civil, Com. y Minería San Juan, junio 20-1991, *Berenstein, Rolando A. y otros*), La Ley, 1991-E, 222.

Si bien la acción de amparo no procede cuando existe vía legal apta para la tutela del derecho que se dice violado, no es menos cierto que cuando los otros procesos no pueden resultar eficaces corresponde acceder a esta acción excepcional. (De la sentencia de primera instancia) (C.Fed. La Plata, Sala I, febrero 28-1990*, Mosto MAT S.A. c. Banco Central y otros*), La Ley, 1991-E, 378, con nota de Rodolfo R. Spisso.

Dada la imposibilidad en que se encuentra el usuario de verificar la exactitud de las facturaciones por prestación del servicio cuyo pago le reclama la empresa telefónica, media relación directa e inmediata entre el rechazo de la acción de amparo y la violación de la garantía constitucional del debido proceso, lo cual lleva a descalificar el fallo apelado. (CS, setiembre 10-1991, *Daglio, Nélida M. c. ENTel*.), La Ley, 1991-E, 462.

70. El plazo para deducir el amparo

Según la ley 16.986 el amparo debe ser deducido dentro de los quince días siguientes (hábiles) al de producirse el acto lesivo o la amenaza cierta y manifiesta.

Generalmente, el plazo es un valor que opera para la seguridad jurídica evitando el desconcierto acerca de la eficacia de los actos que, una vez concretados, deben realizarse y producir efectos. La caducidad del tiempo contrae también la eficacia de los pronunciamientos de la autoridad pública.

Desde otro punto de vista, si el probable afectado no recurre oportunamente, el silencio y su inactividad permiten deducir un consentimiento tácito (arts. 874 y 979 del Código Civil).

Ahora bien, tras la reforma constitucional se ha cuestionado la vigencia de este precepto procesal en la medida que se preconiza la vía en forma "rápida y expedita", conceptos que suponen eliminar las trabas para el acceso a la justicia.

Si expedito es "sin condiciones", evidentemente estaría derogado el mencionado precepto.

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.

Sin embargo, la jurisprudencia no es concordante ni homogénea en esta lectura del artículo 43 constitucional. La Cámara Federal Civil y Comercial dictó un Plenario sosteniendo:

Que 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, y que 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 (*CNFed. Civil y Comercial, *Capizzano de Galdi, Concepción c/ Instituto de Obras Sociales*, junio 3-1999).

> 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 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 (CNCiv., Sala F, marzo 13-1998, *Donatelli c/ Ciudad Autónoma de Buenos Aires*).

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.

> El XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal concluyó que *la ley 16.986 y sus semejantes provinciales y de la ciudad de Buenos Aires resultan derogadas en cuanto son incompatibles con el artículo 43 de la Constitución Nacional o prevean mayores requisitos de procedencia que éste.*
>
> 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 incuestionable, por una ley positiva; de no ser así y en la duda corresponderá descartar la solución impeditiva.

Lógicamente, la perentoriedad para actuar 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 que oponer plazo, los cuales, de alguna manera, se han derogado con la reforma constitucional.

> Desde que uno de los requisitos del remedio excepcional del amparo es la urgencia de la tutela o la reparación que se pretende, debe desestimárselo cuando el recurrente dejó transcurrir cuatro meses sin activar el trámite y sin dar fundamento de ello. (CNCiv., Sala C, diciembre 1-1992, *Perotti, Norberto c. Estado nacional -Dirección Nac. de Tránsito-*), La Ley, 1994-C, 566.
>
> Debe resaltarse que el plazo de caducidad previsto por la ley para la interposición de la acción tiene por objeto otorgar estabilidad a los actos lo que exige que su impugnación sobrevenga en cierto tiempo presumiéndose que su transcurso los consolida, resguardando así la seguridad jurídica. Sin embargo tratándose de consentimiento expreso o presunto de la parte a quien el acto u omisión lesiona en su derecho (presunción de convalidación por el silencio arg art.919, 874, C.C.) debe estar presidido por un criterio de interpretación amplio y flexible ateniéndose al criterio que resulte más propicio para el

reclamante si este ha actuado, como en autos, con una celeridad razonable de acuerdo con las particularidades del caso (C2a.Córdoba, *"Montoya, Gustavo Hugo c/ C.T.I. Norte Cía. de Telef. del Interior s. Amparo"*).

El plazo de caducidad al que el artículo 6º de la ley 7166 sujeta la procedencia de la acción de amparo no rige cuando a través de este remedio se impugna una conducta omisiva (SC Buenos Aires, febrero 16-1999, *Riusech*)

CAPÍTULO XV. El proceso de amparo. Etapa de constitución de la litis

71. La *litiscontestatio*. Informe del sujeto pasivo.

En líneas generales hay coincidencia en la bilateralidad del amparo (cfr. Parágrafo 67.3), 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.

De todos modos, el punto no es este, sino la *contenciosidad*, es decir, si existe o no controversia.

> Tal como dice Sagüés, "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".
>
> 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.

Es evidente la bilateralidad del amparo, si tenemos en cuenta los argumentos desenvueltos y la claridad con que la ley se expresa cuando se refiere a la "demanda de amparo" (art.6), a las "partes" (art.9), al "accionado" (art.10), y a otras situaciones procesales que demuestran la duplicidad de intereses y opiniones que el juez debe esclarecer, que el amparo es bilateral.

Lo que no está claro es la forma como se debe concretar la dualidad de posiciones, porqué en el esquema clásico de la *"litiscontestatio"* se espera que quien ejerce la pretensión contra otra persona y frente al Estado, reciba la resistencia del demandado y delegue la responsabilidad de interpretar las conductas denunciadas en el Juez de la causa.

Mientras que los ordenamientos amparistas que cuenta nuestro país no es coincidente en la forma como señala la "traba de la litis"; en algunos casos, como sucede con la ley 16.986, se pide un *informe circunstanciado*, en otros supuestos se requiere la *"contestación de la demanda*", siendo diferentes las posibilidades de llevar a cabo ambos emplazamientos.

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

suelen estar acompañadas de copias de la demanda y de la documentación agregada con ella.

En efecto, el pedido de informes 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 de su comportamiento u omisión lesiva, o, en su caso, de 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 porta la pretensión. Sólo debe dar explicaciones, porque el informe circunstanciado que se pide es un "deber de informar" al Tribunal, no funciona como "carga procesal".

> 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.

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 controvertido.

> 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.

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.

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 actor, pero no como manera de premiar al Estado sino de dictar un pronunciamiento razonable y justo.

71.1 Información simple sin prueba. Efectos sobre la documentación

Una de las alternativas que se puede dar tras el emplazamiento jurisdiccional resulta la breve información que efectúe el demandado. La respuesta simple, sin otros datos que los objetivamente comprobables o relatados en la pretensión no 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.

Algunos sostienen que se debe aplicar la carga del artículo 356 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.

No compartimos este temperamento, en razón de que, como antes se dijo, 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.

Al tomar conocimiento de los hechos y de la documentación que refiera a ellos, el sujeto pasivo del amparo tiene el deber de dar a la jurisdicción su

versión sobre ellos o la fundamentación que tenga para explicar sus actos u omisiones.

> La jurisprudencia no coincide con esta idea, por eso algunos sostienen que el informe circunstanciado en el procedimiento de amparo, es más una carga que una obligación o deber procesal, pero puede llegar a ser un deber procesal cuando se solicita el suministro de probanzas –documental o datos necesarios-, lo que atañe no al interés de los litigantes sino al de la comunidad (C.Civil y Comercial, Trabajo y Familia, Cruz del Eje, junio 12-1997, LLC, 1998-1147).

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 CPC).

> Colombo sostiene que cuando el informe se utiliza para requerir pruebas sobre los hechos alegados, debe entenderse esa conducta como delictiva y aplicar las sanciones consecuentes por la desobediencia procesal; o en su caso, castigar administrativamente la actitud omisiva.

De esta manera, la versión del demandado sobre los hechos 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".

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.

No pretendemos crear una interpretación sólo 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 bien lo recuerda Rivas, 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.

71.2 Información y contestación sin prueba. Efectos

La contestación del amparo 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 con respecto a la autenticidad de los documentos privados agregados, el juez debe dictar sentencia dentro de las 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 estimar la producción de aquélla que considere pertinente y conducente al debido esclarecimiento de la cuestión.

En la acción de amparo, esta facultad se ve notoriamente reforzada, juztamente 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 (Cfr. Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, febrero 27-1998, *Monte c/ Municipalidad de Quimili*).

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 modo como el Juez emplazó, se ha resuelto que la negativa realizada satisface el principio de bilateralidad y suple al “informe circunstanciado” que la ley requiere (Cfr. C.Fed. Rosario, octubre 24-1973, La Ley, 155-102).

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.

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 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.

71.3 La omisión del informe ¿Hay rebeldía o incontestación?

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.

Es decir, 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.

> No obstante se señala que la falta de presentación del informe al que alude el art. 10 de la ley de amparo 7166 de Buenos Aires equivale tanto como incontestar la demanda, de modo tal que tal acto procesal omisivo, queda reglado por las mismas directivas que las impuestas por el art. 354 inciso 1º del Cód. Procesal, por lo que el silencio puede estimarse como una tácita admisión de los hechos expuestos por el actor, efecto que se deriva del incumplimiento de la carga de comparecer y pronunciarse categóricamente respecto de lo expresado en la demanda y documentación acompañada a la misma (Juzgado Civil y Comercial nº 11, San Isidro, mayo 21-1997, LLBA, 1997-1431).

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.

72. El ofrecimiento de prueba

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 los procesos constitucionales 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 -por la naturaleza sumaria del procedimiento-, 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.

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.

La prueba documental es, en consecuencia, la más importante, y debe acompañarse al tiempo de formular la demanda.

> La ley 16.986 establece en el artículo 7º: "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".

En líneas más puntuales, el Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán dice:" *Con el escrito de demanda, debe ofrecerse toda la prueba y acompañarse la documental que se disponga. En caso contrario, se la individualiza expresando su contenido y el lugar donde se encuentre. El número de testigos no puede exceder de cinco (5) por cada parte, siendo carga de éste hacerlos comparecer a su costa a declarar; sin perjuicio de requerir el uso de la fuerza pública en caso de necesidad. Sólo se admite la prueba de absolución de posiciones cuando la acción se promueva contra particulares, en cuyo caso debe acompañarse el pliego con el escrito de demanda"* (art. 56).

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 amparista 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.

Si bien para evaluar la procedencia de la acción de amparo el juez debe analizar si los procedimientos regulares administrativos o judiciales resultan aptos y eficaces para solucionar el problema planteado, no debe concederse a esa pauta orientadora una amplitud tal que permita recurrir a la vía del amparo -acción excepcional y residual- en sustitución de las vías ordinarias(CCrim. y Correc. Morón, sala II, julio 7-1993, *Echeverría, Héctor y otros*), JA, 1994-II-411.

Resultan excluidas del ámbito del amparo las cuestiones opinables y las que requieren debate y prueba, así como en los supuestos en los que existen otras vías aptas para la protección del administrado (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, marzo 22-1991, *Alcon Laboratorios Argentina S. A. c. Estado nacional -Ministerio de Salud Pública-),* LA LEY, 1991-D, 374.

El deber judicial de proveer la prueba conducente resulta de lo dispuesto en el art. 9° de la ley 16.986, por lo cual si el juez dicta sentencia de inmediato y la Alzada omite considerar el agravio relativo al apartamiento de la solución prevista expresamente en esa norma, fundada en la necesidad de un mayor debate y prueba, constituye una exigencia irrazonable habida cuenta de la limitación impuesta a la producción de la prueba por la parte demandante (CS, setiembre 10-1991, *Daglio, Nélida M. c. ENTel*.), LA LEY, 1991-E, 462.

Están excluidas del ámbito del amparo cuestiones opinables y las que requieren debate y prueba, así como los supuestos en los que existen otras vías aptas para la protección del administrado (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, mayo 31-1991. - Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Obras Sanitarias de la Nación), LA LEY, 1992-A, 211.

Toda vez que la acción de amparo constituye un procedimiento excepcional, resultan excluidas de su ámbito las cuestiones opinables y las que requieren debate y prueba, como también aquellas en las que los perjuicios que pueda ocasionar su rechazo no sean distintos a

los que se dan en la situación común de toda persona que peticiona el reconocimiento judicial de sus derechos por los procedimientos ordinarios, ni cuando existan otras vías legales aptas (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, octubre 18-1994, *Mazzeo de Alterleib, María del Carmen y otro c. Estado nacional -Ministerio de Economía*-), LA LEY, 1995-E, 576, J. Agrup., caso 10.688.

La existencia de un derecho cierto o líquido constituye uno de los presupuestos de admisibilidad de la acción de amparo, extremo que no está sujeto a un amplio debate y prueba sino a la mera verificación de la conducta lesiva y el consiguiente agravio (CNCiv., Sala A, marzo 19-1996*, Bravo, Sara B. y otro c. Municipalidad de Buenos Aires)*, LA LEY, 1996-E, 630

La acción de amparo es inadmisible cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba, requisitos cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquél (CS, diciembre 10-1996, *Servotron S. A. c. Metrovías S. A. y otros*), LA LEY, 1997-D, 669

La pretensión de amparo no es viable cuando la situación fáctica que le sirve de sustento aparece opinable o discutible y, por ende, requiere amplitud de debate y prueba (CS Santa Fe, noviembre 13-1996, *Bacchetta, Marcelo L. D. y otro c. Municipalidad de Reconquista*), LL Litoral, 1997-121.

72.1 Medios de prueba

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.

Sin embargo, el proceso constitucional no tiene porqué autolimitarse si con ello sufre el derecho constitucional a la prueba, de modo tal que, aun a sabiendas que cada uno de los medios a producir tiene que ser específico, 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 a la demanda; o, 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.

De aceptarse la confesión 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 Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán, que reiteramos como ejemplo, por ser el más moderno cuerpo normativo y

> el único reglamento general en la disciplina, expresa en el párrafo final del artículo 56 que *"Sólo se admite la prueba de absolución de posiciones cuando la acción se promueva contra particulares, en cuyo caso debe acompañarse el pliego con el escrito de demanda".*

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.

72.2 Carga de la prueba

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.

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 luchar contra dos grandes frentes. 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.

Tampoco sería correcto polarizar como ideal que sea el Juez el que investigue. No deben existir posiciones extremas.

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.

> 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.

De esta forma, la protección presunta 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 alegar y argumentar el conflicto, pues allí mismo comienza la tarea de control que porta el Juez entre sus deberes jurisdiccionales. 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.

72.3 Control judicial sobre la prueba

La etapa probatoria es contingente porque depende del ofrecimiento que las partes hayan realizado. Y aun ofrecida, el juez tiene facultades para ordenar o no la producción de la propuesta, resolver sobre aquella que considere impertinente, o disponer concretamente sobre las medidas que estime útiles y conducentes para obtener el esclarecimiento de los hechos.

El artículo 9º de la ley 16.986 sostiene que el juez "*deberá*" 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 en 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.

> Dice Lazzarini que ciertas periciales no podrían realizarse en el amparo, si su concreción demandase bastante tiempo, circunstancia que critica, si tal prueba resultase necesaria para sentenciar y salvaguardar el derecho tutelado por el amparo. Sugiere por tanto que no existe inconveniente, en ciertos casos, en ampliar el término de prueba (v.gr.: 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). 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.

La principal tarea del Juez en el amparo es la concentración de los actos de prueba. Al no perder ninguna de las facultades procesales que cuenta en los juicios de conocimiento, ellas pueden ser actuadas.

El restriccionismo anterior respecto a *la necesidad de mayor debate y prueba* como pauta de rechazo para tramitar el proceso constitucional no puede surtir 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, estableciendo 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.

73. La audiencia de prueba

A partir del momento que el Juez ordena la producción de la prueba, la misma se debe producir en una audiencia convocada dentro del tercer día hábil inmediato a la providencia antes mencionada.

El artículo 9º de la ley ritual es bastante confuso y, en los hechos, dista de ser aplicado tal como se formula.

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 lo cual, 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 48 horas siguientes.

En cambio, si la prueba hay que producirla, se debe convocar a una audiencia dentro del tercer día para que el Juez tome 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.

De todos modos, la ubicación procedimental del amparo está trazada sobre la base del sumarísimo, de modo tal que, como en todo proceso, no hay decisiones inmediatas sin antes dejar transcurrir los plazos de caducidad que refieren a las oportunidades (bilateralidad y contradicción) que tienen las partes para argumentar sobre los hechos y el derecho.

Es menester 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 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.

73.1 Problemas que plantea

El artículo 10 de la ley de amparo federal dispone que: " *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 fuera el accionado quien no concurriere, se recibirá la prueba del actor si la hubiere, y pasarán los autos para dictar sentencia".*

Es evidente que esta 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 (es decir, si cabe 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?

a) La notificación de la audiencia

En efecto, si el juzgado al recibir el informe no dispone de inmediato la producción de la prueba (es decir, la mentada audiencia) ¿cuál es el tiempo para resolver?. Algunos 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. 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.

> Palacio, por ejemplo, sostiene que en materia de prueba la audiencia se notifica *ministerio legis*, a tenor del art. 133 del Código Procesal de la Nación. Criterio que acompaña alguna jurisprudencia (Cfr. CNCiv., Sala D, noviembre 21-1982, La Ley, 1983-C, 144)

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).

b) 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 hipotesis 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.

Por otra parte, la incompacencia ha de ser injustificada, porque de ser demostrada la causa de la inasistencia y considerar el tribunal que ella resulta excusable, 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 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.

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 (arts. 868 a 875 del Código Civil) y a la pérdida o extinción de ellos (arts.896 a 922) 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 de la instancia, 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).

c) Incomparecencia del demandado

Cuando la ausencia a la audiencia es del demandado, 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 ler 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.

74. Aseguramiento de la prueba. Medidas provisionales

La aplicación supletoria del régimen procesal respectivo permite ampliar, dentro del marco de cognición reducida que tiene el amparo, las medidas provisionales que habitualmente se establecen.

El artículo 15 de la ley 16.986 incluye entre las resoluciones apelables "…*a las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión del acto impugnado*", lo cual no significa que sean éstas las únicas posibilidades precautorias.

En ocasiones, como vemos en la *addenda*, el amparo por sí mismo es un medio efectivo para evitar la producción de un daño previsible.

Asimismo, la tutela constitucional amplía su horizonte en la prueba anticipada y en las acciones que, como providencias anticipatorias, puedan impedir la generación de mayores perjuicios a los que se manifiestan con el acto lesivo.

El proceso de amparo tiene un interés claro y manifiesto desde el preciso momento que la demanda se concreta: *tutelar los derechos que se encuentran alterados o amenazados.*

A estos fines, es común requerir desde el inicio, que mientras se desarrolle el trámite se ordene la suspensión de los efectos del acto cuestionado, o en su caso, una medida de no innovar.

Confrontadas las situaciones posibles, el Juez tendría que resolver:

- 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.

- Si la medida está en cumpliéndose y la lesividad es continua, la precautoria puede suspender la agresión.
- 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.
- 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 solicitada, pero el efecto provisional de la providencia resolvería parcialmente el caso planteado.
>
> El supuesto trae a colación otro asunto debatido con anterioridad a la sanción de la ley 16.986 que era, como recuerda Sagüés, la distinción entre *recurso de amparo y medidas precautorias.* Entre estos dos institutos, existen varias coincidencias, tanto en razón de su origen jurídico (la Constitución, porqué ambos procuran proteger ciertos derechos constitucionales, aunque las medidas cautelares se hallan especializadas en salvaguardar los principios de defensa en juicio e igualdad ante la ley), como por la tónica de urgencia y expeditividad que caracteriza a ambas figuras.
>
> Sin embargo, continúa Sagüés, un importante sector de la doctrina marcó las pautas distintorias: el amparo, sustancialmente, consiste en un proceso propio y principal, es decir, autónomo, mientras que las medidas cautelares, de no innovar, precautorias, etc., constituyen acciones accesorias de otro procedimiento.

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"

Finalmente, 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.

75. El amparo y la prevención del daño. *Addenda*

La reforma constitucional consagró un derecho nuevo que antes era solamente un proceso judicial protector de garantías constitucionales: el amparo.

La redacción del artículo 43 fue clara en algunos pasajes, pero no tanto en otras, donde debió adecuar las declaraciones con las coincidencias básicas que previamente se habían acordado como marco para los cambios en la ley fundamental.

Uno de estos puntos polémicos fue la naturaleza jurídica que tendría el futuro proceso constitucional: ¿Se convertía al amparo en una instancia ordinaria?. El interrogante se basó en la apertura declamada desde el inicio por la norma citada: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo…".

¿Significaba esto la posibilidad de extender el amparo para accionar contra actos o amenazas de autoridades públicas o de particulares, sin analizar la cuestión o materia litigiosa?

Además como la legitimación para obrar fue ampliada con pocas excepciones, era de esperar un terreno más propicio para la siempre beneficiosa libertad de esta garantía.

En suma, el derecho de amparo diseñado trajo formas procesales –aun sin reglamentar- que se fueron conociendo con tipos singulares como el juicio de amparo tradicional, el amparo colectivo, los amparos especiales y las proyecciones del hábeas data y el hábeas corpus.

Sin embargo, frente a los supuestos de amenaza y ante la ausencia de una vía judicial más idónea, el daño potencial, inminente y manifiesto, fue planteado como amparo, y logró la atención jurisdiccional, a pesar de que la materia es de naturaleza común, y como tal no podría transitar por ninguna de estas vías sin afectar la condición del proceso constitucional.

> "La acción de amparo prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional es ajena, en principio, a las pretensiones relacionadas con

> la responsabilidad contractual y con la indemnización de daños" –cfr. CNFed. Civil y Com., Sala I, marzo 16/2000, in re "Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires c/ Edesur".

Hasta aquí, entonces, existiría una limitación absoluta para deducir un amparo persiguiendo la declaración de culpa y la indemnización consiguiente. Sin embargo, coincide la doctrina civilista en que el principio "el daño injustamente causado origina el deber de reparar", ha tornado hacia otro de carácter preventivo que busca evitar el daño, siendo éste derecho tan importante que merece tutela constitucional.

> Dice Zavala de González que esta variable se trata de un principio general de Derecho con rango constitucional: las acciones perjudiciales están sometidas a la autoridad de los magistrados (art. 19, Constitución Nacional) y la protección jurisdiccional de los derechos y garantías no se ciñe a lesiones efectivas sino que comprende las amenazas de lesión (art. 43, al regular la acción de amparo) –cfr. La Tutela Inhibitoria contra Daños, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, nº 1, editorial La Ley, 1999).

De este modo, en lugar de pagar una indemnización que sustituye el dolor a cambio de una suma de dinero, la denominada tutela inhibitoria pretende impedir el perjuicio derivado de un daño potencial.

En síntesis, basados en esta calidad preventiva, se ha confrontado la condición con uno de los presupuestos del amparo: la amenaza, para sostener que este proceso, ante la ausencia de otra vía judicial más idónea, es la pertinente para intentar la finalidad precautoria.

75.1 Nociones sobre la tutela inhibitoria

El tránsito de la reparación ex post facto a la prevención del daño, supone al mismo tiempo, modificar el eje de atención normativo. Mientras ab initio se castigó al autor del ilícito, actualmente se atiende la situación de la víctima. De este modo, el derecho a la indemnización que era un valor equivalente a la ponderación del daño sufrido, ahora se convierte en un derecho creditorio que persigue garantir en su integridad al derecho en sí mismo.

> En el derecho de daños –dice Noemi L. Nicolau-, paulatinamente se ha pasado de considerar la indemnización del daño como una responsabilidad a calificarla como un crédito por reparación. Este proceso supone un avance hacia la justicia, ya que se traslada a la víctima el eje de la responsabilidad civil, que en el siglo XIX se había centrado en el autor del daño. (Cfr. La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, en La Ley, 1996-A, 1245).

El carácter de mandamiento de abstención o la orden de no hacer que con la inhibitoria se busca, enfrenta un conflicto natural con la idea de reparar sin daño causado, porqué la decisión judicial que en tal sentido pudiera ser dictada, tendría que elaborar un fundamento diferente a la definición clásica del hecho ilícito contractual, delictual o cuasidelictual.

> Afirma Lorenzetti que la doctrina se ha concentrado en la redefinición de la causa fuente del crédito: si en el derecho clásico era el hecho ilícito contractual, cuasidelictual o delictual, ahora se avanza hacia la unificación y la sustitución de estos principios por la noción de daño injusto. A ello se le agrega un nexo adecuado de causalidad y un

> factor de atribución de responsabilidad, a fin de configurar finalmente el crédito indemnizatorio (Cfr. La tutela civil inhibitoria, en La Ley, 1995-C, 1217).

La relación daño efectivamente sufrido igual a derecho a la reparación, pierde consistencia en este fenómeno que visualiza la asignación de responsabilidad allí donde haya la probabilidad de un daño injusto, difuminando el sentido objetivo antes consagrado.

Es decir, como lo dice Lorenzetti "todas las responsabilidades son objetivas, todos los daños son resarcibles", pero la precisión conceptual impone modificar los argumentos.

75.2 Modalidades de la tutela inhibitoria

La transformación que trae el derecho sustancial se evidencia en la innovación que tiene pensar en el hombre como tal, antes que en la riqueza frustrada por el daño ocasionado.

Si la dimensión moderna enclava el respeto por la persona humana evitando la indigna relación con su capacidad de producir, este cambio supone otorgar un alcance más genérico al derecho otorgado. No se trata de la reparación única, o de la satisfacción económica integral; ahora, el norte está en la vida humana, como una manifestación vital para la sociedad y esencia de sus semejantes.

> En una sociedad en la cual todo se funda en los réditos del trabajo, en cambio, la invalidez para el trabajo comporta consecuencias patrimoniales enormes, tanto para la víctima cuanto para los que sobreviven en caso de muerte. El daño no está en la pérdida de la vida o en la lesión en sí misma, sino en sus consecuencias patrimoniales negativas determinadas sobre la base de la incapacidad laboral del sujeto. Las demás afecciones, entran en el daño moral (Cfr. Aída Kemelmajer de Carlucci, El daño a la persona ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, nº 1, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé-Buenos Aires, 1995).

Teniendo en cuenta esta dimensión constitucional, las posibilidades de actuación pueden:

- *Impedir la práctica de un hecho ilícito*
- *Impedir la continuación o repetición del hecho ilícito*

En ambos casos, el objeto de la tutela inhibitoria se parece a las medidas cautelares del derecho procesal, aunque tienen diferencias que veremos inmediatamente.

Donde mayor proximidad manifiestan es con los mecanismos procesales de urgencia donde lucen la tutela anticipada (también llamada, cautela material, o tutela urgente) y las medidas autosatisfactivas.

75.3 Tutela jurisdiccional y técnicas de protección anticipada

Así como el derecho de fondo emplaza la revisión de sus criterios, lo mismo sucede en el derecho procesal cuando persigue abandonar su condición

de técnica pura para fomentar un sistema de discusión y debate más próximo con la realidad del conflicto y con un lenguaje más apropiado a lo cotidiano.

> El proceso latinoamericano, y particularmente el argentino, se caracteriza por un conflicto de intereses suscitados entre dos partes, que el Juez presencia sin tener posibilidad de instruir oficiosamente, dado que de admitirse, quebraría el juego limpio que supone otorgar disponibilidad a los litigantes para confirmar cada uno el aserto que porta su pretensión. Algunos sostienen que de tolerarse el activismo judicial, se violarían las reglas de bilateralidad y contradicción.
>
> Esta idea resume, en pocas líneas, un pensamiento típico del siglo XIX en el que se creía encontrar la eficacia del proceso civil en la glorificación del proceso acusatorio. En este la dinámica procesal quedaba abandonada a la iniciativa de las partes y donde el juez intervenía no tanto para dirigir el debate, como para determinar el vencedor del mismo, como si fuera un árbitro encargado de designar un ganador pero sin participar en el juego.

En España se viene reelaborando el concepto de "tutela judicial" adicionando la condición de "efectiva". Esta orientación acentúa la eficacia de la tarea jurisdiccional bosquejando un proceso menos formalista y más certero, porque el derecho a sentirse protegidos y amparados no resulta bastante si la sociedad no confía en los métodos, no conoce sus condiciones ni respeta sus procedimientos.

El formalismo enerva cuando su único soporte es el texto de la ley y un intérprete que la acompaña y pregona como única respuesta. Hoy, decir el derecho (juris dictio) no es bastante para conciliar la paz con la seguridad jurídica.

Está claro que la desformalización viene implícita en un mundo globalizado que tiende a vincularse informáticamente generando un jus comune de la postmodernidad. No se puede persistir con metáforas de la Edad Media ni con aplicaciones para el todo. La adaptación es el reclamo, la actualidad una exigencia, y como decía Francisco Tomás y Valiente, el juez de hoy ha de ser en primer término, guía en el laberinto, orientador en el desconcierto y brújula entre mil nortes.

Los desajustes que ha tenido el método dialéctico del debate procesal son demostraciones claras de como la técnica arrebató la eficacia de los sistemas. Los procesos judiciales se convirtieron en verdaderos combates al punto que en el siglo pasado Savigny decía que era una lucha de hombres armados donde obtenía razón el que mejor utilizara de esas armas llamadas Derecho.

En vías de lograr la preciada eficacia y confianza en la sociedad, la relación entre el derecho procesal y el derecho material deja basarse en la pura aplicación mecánica, donde el primero presta la herramienta para que el segundo trabaje con sus dogmas; para argumentar sobre las necesidades inmediatas que requiere el derecho material.

> No se trata de utilizar la expresión “tutela” por un amor conceptual, o lo que es peor, como simple referencia terminológica, sino de intentar elaborar una construcción dogmática capaz de contar con diferentes necesidades para la adecuada tutela de los derechos, tomando en consideración sus peculiaridades y características y, principalmente, el papel que tiene destinado cumplir en la sociedad (Cfr. Luiz

Ghilerme Marinoni, Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC), editorial Revista Dos Tribunais, 1999, San Pablo, Brasil).

La urgencia cobra vida en el proceso desde diversas manifestaciones, donde especialmente se mencionan, las medidas cautelares; sin embargo no es igual la tutela cautelar que la urgencia de tutela.

Peyrano, con su habitual lucidez y anticipando lo que después otros desarrollaron, efectuó la diferencia precisa. Mientras lo cautelar exige la apariencia del derecho invocado, el peligro en la demora y la prestación de una contracautela; en cambio, lo urgente, si bien requiere el peligro en la demora, no precisa de la verosimilitud sino de una fuerte probabilidad para que sean atendibles las pretensiones deducidas en juicio (Cfr. Lo urgente y lo cautelar, en Jurisprudencia Argentina, 1995-I, 889). Agrega Vargas, citando al profesor Rosarino, que además, el proceso cautelar es "abierto" (es que cualquiera fuere la coyuntura correspondiente –si están reunidos los recaudos referidos- el interesado podrá postular exitosamente que se despache en su favor una diligencia cautelar) y "sirviente" (puesto que sólo puede existir en función de asegurar las eventuales resultas de un proceso principal del cual es accesorio); mientras que el proceso urgente es "autónomo" en el sentido que no es accesorio ni tributario respecto de otro, agotándose en sí mismo (Cfr. Abraham L. Vargas, Estudios de Derecho Procesal, tomo I, editorial Cuyo, 1999).

Es decir, la actuación del juez en el proceso permite que resuelva cuestiones de urgencia sobre la base de lo cautelar (con las medidas específicas que disponga, v.gr.: embargo, secuestro, etc.) o anticipándose a la sentencia definitiva (en cualquiera de las formas de tutela, v.gr.: medidas autosatisfactivas, medidas provisionales), logrando autonomía respecto al modelo clásico de confrontación entre partes.

Las modalidades referidas son:

Actuación cautelar	*y*	*Medidas asegurativas de prueba* *Medidas asegurativas para la ejecución* *Medidas provisionales*
Actuación urgente	*y*	*Sentencias anticipadas que definen la relación jurídica material (subsidiaria)* *Medidas autosatisfactivas (proceso autónomo)*

Enseguida observaremos las características de cada una, bastando por ahora indicar que, mientras lo cautelar exige un proceso principal donde las partes sustancien el conflicto que los enfrenta; en la actuación urgente, la bilateralidad es contingente, porqué puede el Juez, frente a lo manifiesto del caso, resolver de inmediato.

En materia civil, la tutela inhibitoria está diseñada para el primer caso, pero no es una actuación cautelar propiamente dicha, tampoco es un amparo por su propia naturaleza (la tutela inhibitoria no es un proceso constitucional); puede o no ser una medida autosatisfactiva, y con tantas afirmaciones sobre lo que no es, entonces, ¿qué es la tutela inhibitoria?.

75.4 Las acciones inhibitorias en el derecho argentino

Sin presentarse como inhibitorias, el Código Civil contiene numerosas disposiciones que procuran la cesación de daños proferidos o evitar la reiteración de los mismos.

***a) La intimidad**: El art. 1071 bis establece la obligación de cesar en actividades lesivas de la intimidad ajena. ("El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubiere cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias: además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".*

> Como expansión de esta forma de tutela se ha admitido la prohibición de circulación de la publicación lesiva, la supresión de párrafos o textos agraviantes, la autorización de diligencias para impedir la identificación de una persona fotografiada, o la publicación de avisos en varios diarios (Cfr. Julio César Rivera, Derecho a la intimidad, en "Derecho de Daños", libro homenaje a Jorge Mosset Iturrapse, editorial La Rocca, Buenos Aires, 1991).

***b) La propiedad intelectual:** La ley 11.723 (art. 79) tiene previstas medidas de carácter preventivo de protección a los derechos que reglamenta; ellas permiten suspender un espectáculo; decomisar obras antes de su distribución; embargar recaudaciones, etc.*

***c) Derechos reales:** Se trata de derechos vinculados con peligros inminentes o restricciones continuas al ejercicio del dominio o el restablecimiento de derechos acordados.*

Por ejemplo, el artículo 2499 párrafo segundo dice:" Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar el hecho al Juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares". El artículo 2500 agrega que, en tal caso, la acción tiene por objeto "que la obra se suspenda durante el juicio, y que, a su terminación se mande a deshacer lo hecho".

El artículo 2618 faculta al afectado a iniciar juicio sumario por la perturbación que le ocasionen los ruidos molestos, el humo, calor, vibraciones o cualquier hecho generador de daños.

Este aspecto, antes considerado una típica expresión del derecho de propiedad, de carácter sustancial, modifica su calidad para encontrar en la calidad de vida, el sustento constitucional que, eventualmente, admite encausar la pretensión a través del amparo.

Las acciones reales (confesoria y negatoria) propician restaurar aquellos derechos afectados por actos de otros que impiden la plenitud de su utilización efectiva (arts. 2795 a 2799 y 2800 a 2804).

d) Derechos patrimoniales: *El acreedor hipotecario cuenta con la posibilidad de ejercer medidas de protección de su crédito contra aquellos actos de disposición que "directamente tengan por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado" (art. 3157 y 3158).*

e) Leyes específicas: *A su tiempo existen leyes que reglamentan medidas preventivas o restitutivas adecuadas al caso que tienden a tutelar. Entre otras, la ley 23.592 (trato discriminatorio) establece que "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…".*

En materia de propiedad horizontal (Ley 13.512), se prohibe a los propietarios u ocupantes asignar un destino diferente al que corresponde a la unidad funcional, como a realizar dentro del mismo actos que atenten contra la tranquilidad de los vecinos o la seguridad del edificio. En cada caso, el Juez puede tomar las medidas preventivas correspondientes.

La ley del nombre (Ley 18.248) establece acciones que reconocen la elección del nombre, su uso y aplicación, evitando que otros lo usen en su provecho.

La ley 22.262 (Competencia desleal) permite adoptar medidas de no innovar, o el cese o abstención de conductas, cuando éstas puedan causar daños o perjuicios irreparables.

> Afirma Lorenzetti que también en este caso es la vía amplia del amparo referido a la defensa de la competencia, el que permitirá a un empresario atacar normas que afecten el funcionamiento del mercado en condiciones no monopólicas.

La Ley de Defensa del Consumidor (Ley 22.240) admite que tanto el usuario como el consumidor puedan demandar por sus intereses afectados o simplemente amenazados, a través del proceso que sea más rápido y abreviado en la jurisdicción pertinente (arts. 52 y 53). Ello, frente a la dificultad de fórmulas simples y sencillas del proceso ordinario, lleva a repensar el amparo como la vía judicial más idónea.

La ley 23.551 (actividad sindical) tipifica la práctica desleal, como son las conductas contrarias a la ética de las relaciones laborales, sean éstas ejecutadas por los empleadores o sus asociaciones. La medida que se permite radica en un procedimiento particular que busca la decisión judicial de cesar inmediatamente en dicha práctica nociva (art. 55 inciso 4º).

En materia ambiental algunas de las acciones mencionadas (especialmente la de daño temido) encuentra posibilidades de aplicación, que además, han sido respaldadas por la doctrina, como surge de las conclusiones del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata, 1981) que sostuvo: "Debe reconocerse la procedencia de una acción preventiva de toda manifestación que al producir daños, por ejemplo, al medio ambiente o a la

ecología, requiera la enérgica y perentoria neutralización de sus efectos negativos".

> Sostiene Bustamante Alsina que, en consecuencia, ante la instalación de una industria que elimine desechos o efluentes que puedan ser contaminantes del ambiente, ante el solo peligro de que ello se produzca, cualquiera que se halle expuesto a sufrir el perjuicio, puede ejercer la acción denunciando los hechos al Juez, a fin de que éste adopte las oportunas medidas cautelares, ya sea disponiendo la suspensión de las obras, o de la actividad que se propone realizar, hasta comprobar pericialmente que se ha instalado un eficiente sistema de antipolución que garantice en los hechos la no contaminación del ambiente (Cfr. Responsabilidad civil por daño ambiental, La Ley 1994-C, 1052).

El gran desarrollo que en definitiva ha tenido este mecanismo de tutela denominado por la doctrina civilista como inhibitoria, se consolida en las conclusiones de la XIII Conferencia Nacional de Abogados (Reforma del derecho privado. Homenaje al 200º aniversario del nacimiento de Dalmacio Vélez Sarsfield) celebradas en el Colegio de Abogados de San Salvador de Jujuy del 6 al 8 de abril de 2.000. Allí se dijo que:

La tutela inhibitoria es un eficaz medio de evitación, tanto desde el derecho sustancial como desde el procedimental. Tiene sustento constitucional (art. 43, Constitución Nacional), puede aplicarse tanto a las partes en un juicio como a un tercero, consistiendo en una orden de hacer o de abstenerse. Más allá de su reconocimiento de lege ferenda, son numerosos los supuestos ya existentes de lege lata.

75.5 Características de la tutela inhibitoria en relación con el amparo.

En nuestro libro sobre el "Derecho de amparo" (editorial Depalma, 1998/2ª edición) 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 la acción precisa será efectuada por una autoridad jurisdiccional.

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 para 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 estos criterios 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 al 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. Así aparece el amparo, no ya como instrumento técnico (es decir, como proceso), sino como un derecho garantista de la persona.

La síntesis entre ambas proyecciones del amparo (como derecho y como garantía) permite observar a este proceso como el más importante en la defensa y promoción de los derechos humanos, y fundamenta las razones por las que deben encontrarse mecanismos constitucionales y procesales que aseguren su eficacia antes que su restricción.

Con tales fines el punto de partida debe encontrarse en el sistema constitucional previsto para la defensa de las libertades.

a) Presupuestos de la tutela inhibitoria

La acción inhibitoria es preventiva; su admisión depende del peligro actual o inminente que tenga el acto o la amenaza, respectivamente considerados.

El peligro de daño debe ser acreditado sin necesidad de forzar el proceso de prueba, pues debe ser manifiesta la gravedad del hecho o estar apoyado en una fuerte probabilidad para que suceda.

> Para Lorenzetti, tratándose de una norma genérica de la responsabilidad por daños, resulta aplicable el régimen de la causalidad adecuada. De tal modo debe acreditarse que el perjuicio es una consecuencia inmediata o mediata previsible de un acto ya sucedido y que puede repetirse, o que continúa en sus efectos o bien que puede ocurrir en forma previsible. De manera que el elemento a acreditar es la amenaza de daño.

El requerimiento de protección lo puede plantear el afectado, que es quien ostenta el interés directo e inmediato (derecho subjetivo), pero no se puede agregar ningún pedido indemnizatorio porqué no es materia constitucional que pueda ser tutelada a través del amparo. En su caso, si la vía elegida fuera otra, por ejemplo un proceso de conocimiento sumario o sumarísimo, de igual modo habría que dividir las pretensiones entre lo que es urgente y exige una rápida decisión, y aquello que no lleva dicha celeridad para resolver.

También resulta procedente cuando el daño o el peligro inminente afecta a un grupo indeterminado y el interés de éstos se representa como derechos de incidencia colectiva, o derechos de pertenencia difusa. En este supuesto, el amparo colectivo tiene mejor relación con la tutela inhibitoria como veremos más adelante.

> El objeto de la condena inhibitoria es hacer que un sujeto se abstenga o cese en la violación de un interés simple patrimonial o extrapatrimonial –dice Nicolau-. El objeto mediato de la inhibitoria son los intereses simples, lo cual supone incluir los denominados “intereses difusos”.

La tutela inhibitoria, finalmente, se resuelve sin oír a la otra parte, lo que le produce algunas reservas para ubicarlo estrictamente en el terreno del proceso (porqué una de las características esenciales es la bilateralidad y la contradicción, que en el caso, quedan postergadas). Obsérvese que la pretensión se plantea para que se resuelva rápidamente, porqué de otro modo, el daño se puede generar de inmediato. El Juez analiza los hechos, la verosimilitud del derecho, e inmediatamente, decide. Por tanto, la finalidad queda satisfecha con la sentencia que ordena el cese del daño u obstruye con la decisión el peligro que acechaba.

> Por eso, agrega Nicolau, si el sujeto del interés protegido pretende, además, la reparación del daño sufrido, sale de la órbita de la inhibitoria y se introduce en el ámbito de las acciones indemnizatorias.
>
> Coincide Zavala de González, al agregar que como la procedencia de la inhibitoria se subordina simplemente a la existencia de un peligro de daño o de su agravación, no es menester el ejercicio conjunto de una pretensión resarcitoria (el perjuicio puede ser inexistente o bien, cabe que el interés del damnificado se ciña a que no aumente o a que no prosiga el perjuicio ya sufrido).

b)Variables de la tutela inhibitoria

Las modalidades de la inhibitoria que, dicho en otros términos supone encontrar una vía procesal por la que un Juez pueda ordenar medidas inmediatas que eviten la producción de daños o impidan su continuación, puede tener algunas de estas variables:

I. Protección inmediata a través de una medida provisional o definitiva, pero donde el proceso continúa;

II. Protección inmediata que satisface plenamente la pretensión y, como tal, termina el procedimiento con la sentencia.

I) En el primer caso, la tutela opera como medida cautelar dictada en un proceso en trámite, que puede tener cualquiera de las características de la actualmente denominada tutela de urgencia; en el segundo, la protección se otorga sin oír a la otra parte y con una providencia asimilable a los efectos de la cosa juzgada formal (pues la característica es la provisionalidad y la posibilidad de revisión en un juicio pleno).

> La tutela final –sostiene Lorenzetti- está relacionada no tanto con el peligro en la demora sino con la amenaza de daño. De modo que se puede discernir entre un perjuicio derivado del transcurso del tiempo del proceso, que autoriza la cautelar, y otro derivado del hecho ilícito. En este último, el tiempo del proceso no es relevante, no es una variable con aptitud para distorsionar el resultado final

Cuando la pretensión se sustenta dentro de un proceso en trámite, la tutela se puede plantear como medida de no innovar o de innovar, según el caso.

Por ejemplo cuando se demanda por la construcción de un edificio en una zona residencial que no tiene posibilidad de hacerlo en virtud de un probable código específico, la tutela inhibitoria persigue que se ordene el cese

de la obra para impedir el perjuicio que se generaría a los vecinos por la construcción en sí misma, como para el supuesto de una eventual demolición posterior. En el caso, la inhibitoria se concede como medida innovativa, porqué modifica la autorización oportunamente concedida.

El espacio procesal puede ser diferente. Puede tratarse de un juicio ordinario que subordina la cautelar; puede ser un procedimiento precautorio autónomo; se puede dar dentro de un amparo, o bien resolverse en una instancia administrativa con facultades para hacer o actuar la petición respectiva.

> La inhibitoria –dice Nicolau- es siempre la conclusión de un proceso de características singulares, pues se tramita sin audiencia de la parte demandada. Puede tratarse de un proceso judicial o de un trámite administrativo. Al respecto cabe señalar que en la Ley de Defensa de la Competencia, la inhibitoria no se caracteriza por ser la conclusión de un proceso, sino por ser el remedio para el fracaso de una negociación. En efecto, el artículo 24 de esa ley acuerda al presunto responsable del acto lesivo la posibilidad de ofrecer un compromiso referido al cese inmediato o gradual de los hechos investigados y sólo si no ofrece, si es rechazada la propuesta o incumplido el compromiso aceptado, podrá la autoridad administrativa ordenar la abstención.

II) Otra variable es plantear la medida de prevención como pretensión autónoma, en cuyo caso la decisión judicial agota (en teoría, se satisface el objeto procesal) la instancia y termina el proceso.

Por ejemplo, la jurisprudencia destaca el caso resuelto en los autos "Clavero, Miguel Angel c/ Comité Olímpico Argentino" (Juzgado Nacional en lo Civil de feria, Julio/1996) donde se reclamaba la inmediata inscripción de un ciclista para que pudiera intervenir en los XXVI Juegos Olímpicos.

> El caso tuvo amplia difusión periodística. Se trataba de un joven ciclista (Miguel Angel Clavero) con muchos antecedentes deportivos y que había sido nominado para integrar la delegación de ciclismo en los Juegos de la XXVI Olimpíada de Atlanta (EE.UU.). El deportista viajó con pasajes oficiales a Atlanta e inicialmente se alojó en la Villa Olímpica. Sin embargo, al día siguiente e inopinadamente, el jefe de la delegación le habría informado que "por no estar en los listados oficiales, debía retirarse inmediatamente de la villa", lo que provocó su regreso a Buenos Aires. Ante la inminencia de la realización de la puja deportiva de su especialidad, Clavero logró el despacho cautelar siguiente: "Disponer que la demandada arbitre de inmediato las medidas necesarias e idóneas para que, en cuanto de ella dependa, se proceda a la acreditación de Miguel Angel Clavero en su condición de integrante del equipo de ciclistas de nuestro país ante los juegos de la XXVI Olimpíada, solventando a su costo o de quien corresponda el importe del pasaje, alojamiento y viáticos necesarios; debiendo adoptar asimismo las medidas pertinentes en la sede de los juegos olímpicos para la efectiva participación del actor en los mismos (cfr. Arts. 230, 232 y concordantes del CPCC)".

Si bien la medida se articuló dentro de un proceso de amparo, era evidente que la cautelar dictada resolvía el fondo del problema, haciendo inoficiosa la continuidad de las actuaciones.

Agrega Mabel A. De los Santos que esta medida no se dispuso inaudita pars sino que se citó a la demandada a una audiencia para conocer si mediaban reparos relevantes a la pretensión urgente de Clavero y que la misma se ordenó sin contracautela con fundamento en la "fuerte probabilidad" del derecho invocado y la inexistencia de reparos por parte de la accionada, todo lo cual evidencia las diferencias existentes entre este tipo de medidas y las estrictamente cautelares (la profesora las denomina, como el resto de la doctrina, autosatisfactivas) (Cfr. Medida autosatisfactiva y medida cautelar (Semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales), en Revista de Derecho Procesal, nº 1, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998).

III) También suele mencionarse como una alternativa al uso de la tutela inhibitoria, las acciones llamadas "negativas" y "positivas".

Son los casos donde la medida se confronta con las famosas injuction del derecho anglosajón, donde el juez puede ordenar que un acto se produzca con el fin de evitar un perjuicio (mandatory injuction), o prohibir la ejecución de otro con idéntica finalidad (prohibitory injuction).

Se trata de supuestos donde el ilícito se puede concretar a través de una conducta o mediante la omisión; en el primer supuesto, la orden impide la continuidad del daño; en el segundo evita su aparición.

Asimismo, la orden de hacer también se puede aplicar cuando se pretende impedir la reiteración de actos perniciosos o nocivos.

IV) La actitud preventiva puede llegar a instancia del Juez que resuelve en una causa común. Por ejemplo, cuando advierte de los hechos juzgados la posibilidad de causar daños a terceros y ordena, respecto a estos, medidas que impidan esa probabilidad.

Cuando se constata la efectiva producción de un daño y la amenaza fehaciente de su reiteración, puede el magistrado, basándose en el principio de necesidad y urgencia tan aplicado por la administración del Estado, resolver sin caer en el riesgo de la sentencia extra petita o en el llamado obiter dictum.

Por ejemplo, en el caso resuelto por el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual nº 4 (octubre(1989, publicado en Zeus, febrero/1990 boletín 3543) se trataba de una pretensión resarcitoria derivada de la muerte de una persona electrocutada en virtud del mal estado de las líneas de electricidad. El tribunal hace lugar a la demanda, pero además, notifica a la demandada la imperiosa necesidad de sustituir los conductores eléctricos y dio participación al Ministerio Público Fiscal a fin de que tutele los intereses de los terceros.

Criteriosamente Peyrano refiere a esta actuación de oficio como "mandato preventivo" (Cfr. Jorge Walter Peyrano, El mandato preventivo, La Ley 1991-E, 1276).

Sin embargo esta medida adoptada de oficio es resistida por la doctrina que apoya a pie juntillas el principio ne procedat iudex ex oficio. Es decir, no puede el juez actuar allí donde las partes no lo pidan.

No obstante, afirma Matilde Zavala de González que si la amenaza es actual o inminente y enervarla no admite dilaciones, la inhibitoria es factible aun cuando, por defecto de petición de la víctima o porqué quien debe cumplir la medida no ha comparecido a la causa; éste no haya podido ejercer su derecho de defensa. Por sobre la preservación de este derecho debe conferirse primacía, como imperativo de seguridad jurídica, a la tutela urgente de intereses fundamentales (como son los que atañen a la existencia y a la salud de las personas). Por otro lado –agrega-, la oportunidad defensiva se salvaguarda mediante resortes recursivos que no obsten, entre tanto, la vigencia de las medidas de seguridad ordenadas.

> El aspecto cuestionable –sostiene Lorenzetti- es que el juez disponga de oficio estas medidas respecto a terceros que no han comparecido al juicio y que no han tenido oportunidad de defensa. Es probable que si el obligado hubiera planteado la cuestión constitucional habría tenido un resultado favorable a tenor del claro texto del artículo 18 que consagra el derecho a la defensa en juicio.

Inclusive, otros argumentan que se puede ir más allá de la pretensión deducida y declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto o la omisión lesiva, permitiendo así –como afirma Lorenzetti- que la tutela inhibitoria desmonte el andamiaje legal que funda la amenaza de daño.

75.6 Paralelos de la tutela inhibitoria con la tutela urgente

El desarrollo doctrinario de la denominada "tutela inhibitoria" le pertenece al derecho civil, donde lucen varios juristas argentinos como Andorno, Alterini, Galdós, López Cabana, Lorenzetti y Matilde Zavala de González entre otros. Buena parte de ellos toman información y fundamentos del derecho italiano y francés donde existen medidas similares a las que aquí se presentan.

> Es recomendable el trabajo de Patrick Frydman sobre "Las medidas cautelares frente a la administración pública en el régimen jurídico francés" (Cfr. El Derecho, diario del 28 de junio de 2.000) donde destaca los procedimientos de peticiones de urgencia que en Francia se denominan "référé". Estos se tratan de procedimientos cautelares que tienen por objeto adoptar con urgencia, medidas útiles para la resolución de un litigio, y son de cinco tipos: a) la denominada "constatación de urgencia" (que persigue preconstituir prueba y asegurarla porqué existiría la probabilidad de ser imposible de hacerlo en el futuro); b) Las medidas conservatorias (que tienden a prevenir la agravación de una situación perjudicial, disponiendo una suerte de medida de no innovar); c) Las medidas de instrucción (que son medidas de investigación sobre el hecho ilícito, dándose especial interés a las pericias técnicas); d) La provisión de fondos (tiene por objeto permitir al demandante la percepción de un adelanto sobre la suma que reclamará como indemnización), y e) La urgencia precontractual (que faculta al juez a suspender la ejecución de un contrato público o una medida de igual carácter).

El derecho procesal, de su parte, ha discernido esta modalidad de tutela con otras denominaciones, pero que a título general puede llamarse como "tutela de urgencia" o "procesos urgentes".

Esta categoría permite dividir a las medidas cautelares clásicas, de aquellas otras que se presentan nominadas como cautela material, incluyendo entre ellas a las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipatorias.

Las conclusiones de la Comisión VI de las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1996) asentaron que:

1) Corresponde regular legalmente como categoría autónoma y diferenciada al llamado proceso urgente, género que se caracteriza por registrar en su seno un reclamo acentuado de una pronta, expedita y eficiente respuesta jurisdiccional. El mismo está integrado, entre otras, por las siguientes especies: las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias y la variante de esta última especie, constituida por la denominada cautela material.

2) Interin se concreta la regulación legal sugerida puede recurrirse –en casos absolutamente excepcionales- al art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación o normas análogas igualmente consagratorias del poder cautelar genérico, para proporcionar soluciones urgentes no cautelares…

Cada una reporta una finalidad similar pero difieren en sus requisitos y contemplaciones, poniendo entre ellas mismas una suerte de discusión generalizada acerca de si participan o no de los presupuestos generales de las medidas cautelares (es decir, de las características de instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad o flexibilidad).

Las medidas cautelares responden al esquema tradicional del aseguramiento de la eventual sentencia condenatoria. Están sujetas a la condicionalidad de un proceso simultáneo o de producción inmediata –bajo pena de caducidad de las medidas otorgadas-, y no causan estado, es decir que son provisorias y esencialmente fungibles.

La medida autosatisfactiva es una solución que debe tomarse en forma expedita y rápida, no se vincula a proceso alguno diferente, se despacha "et altera pars" y se funda en una fuerte probabilidad de que el planteo formulado sea atendible por su evidencia manifiesta. Su singularidad está en que se agota en sí misma, porqué al despacharse la orden judicial se satisface de inmediato el requerimiento sin necesidad de generar un proceso accesorio o subsidiario.

La medida autosatisfactiva –afirma Peyrano- proporciona una solución orgánica a tres tipos de problemas distintos que constituyen causas próximas de su aparición en el firmamento jurídico:

a) En primer lugar, se procura con ella remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica conforme la cual sólo se puede obtener una solución jurisdiccional a través de la promoción de una cautelar que, ineludiblemente, reclama la ulterior o concomitante iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento de la respuesta jurisdiccional urgente obtenida…

b) Ofrece adecuada respuesta a los interrogantes que plantean muchas disposiciones legales que, a las claras, establecen soluciones urgentes no cautelares…

c) Además, es una inapreciable herramienta para hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho –en curso o inminentes- contrarias a Derecho respecto de las cuales el aparato cautelar

resulta inoperante o, por lo menos, ineficiente…(Cfr.Jorge Walter Peyrano, Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas, en Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart, editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Camacho Costa, Maximinio c. Grafi Graf SRL y otros" (sentencia del 7 de Julio de 1997) reconoció esta modalidad intentada a través de una medida cautelar innovativa, por la cual el demandante reclamó el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos. Allí se dijo que "el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de este tipo de modalidades cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado".

La sentencia anticipatoria, mejor llamada, tutela anticipada, presupone la necesidad de satisfacer de manera urgente, total o parcialmente, la pretensión que se plantea en un proceso, sin que éste deba llegar a su total y absoluta tramitación, pues el tiempo que ello insumiría agravaría el riesgo o tornaría irreparable el daño producido.

La característica de esta resolución jurisdiccional es que se da en un proceso en trámite y atiende, esencialmente, la urgencia que se advierte para decidir, y la manifiesta probabilidad de alcanzar una sentencia favorable.

La cuestión de la defensa en juicio permite distinguir entre aquellas atenciones urgentes que se prestan sin necesidad de oir a la otra parte, y que se fundan en una presunción muy intensa del derecho a la razón definitiva; respecto de otras que mejoran sus posibilidades después de correr traslado al sujeto pasivo y escuchar su posición al respecto.

Adolfo A. Rivas alude a sentencias anticipatorias que vinculadas con el objeto del proceso satisfacen a la pretensión, calificándolas como propias e impropias, según tengan o no sustanciación. Estas últimas, a su vez, las subdivide en impropias por satisfacción (en las que la pretensión se satisface total o parcialmente pero de manera provisional), y las impropias por consumación que agotan el objeto de la pretensión y pueden ser irreversibles ya que o se satisface la pretensión en ese momento o no podrá satisfacerse más, pues la lesión al derecho se habrá consumado irremediablemente. Desde ya que una vez dictada la continuidad del proceso –agrega Rivas- resulta prácticamente una cuestión abstracta, salvo en su aspecto declarativo para determinar una futura responsabilidad o las que pudieren corresponder al régimen de costas (Cfr. La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional, en La Ley actualidad del 22 de junio de 1996).

Las exigencias que se solicitan para estas acciones tutelares son: a) contracautela, b) provisionalidad de las medidas que faciliten su modificación, cambio o sustitución, c) prueba inequívoca de la razón de pedir. Como dice Peyrano: "no basta con una simple verosimilitud siendo, en cambio menester, una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta" (Aspectos concretos…, cit.), y d) Peligro en la demora y riesgo inminente de agravar el daño o tornarlo irreparable.

Esta simple presentación que no pretende ser más que un esbozo, porqué de otro modo, debiera analizarse si existe una auténtica diferencia entre medidas cautelares y materiales en torno a los presupuestos que las caracterizan, la calidad intrínseca que portan respecto al derecho de defensa en juicio, y el alcance de la cosa juzgada, entre otros temas pendientes; decimos que esta síntesis pretende comparar una actuación procesal que es idéntica pero que se confunde con denominaciones y alcances según lo estudie el derecho procesal o el sustancial.

> Al respecto, conviene confrontar el inteligente estudio de Jorge L. Kielmanovich (La cautela material, Jurisprudencia Argentina del 28/6/2000) donde expresa que si bien la tesis que considera a las medidas anticipadas y urgentes con presupuestos diferentes a los de las medidas cautelares parecería haber ganado rápida adhesión en la doctrina, le parece que esa concreta inclusión o exclusión habrá de depender y resolverse a partir de los esenciales caracteres que son propios de las cautelares –en el caso, de su instrumentalidad, provisionalidad y flexibilidad-, y su eventual presencia en las mentadas cautelas materiales.

En suma, la tutela inhibitoria no es más que una forma rápida y expedita de proteger un derecho amenazado a través de alguna de las modalidades procesales que facilitan los procesos urgentes.

Se prefiere hablar de una protección sustancial como una manera de ampliar el horizonte de lo estrictamente civil, y alcanzar así, la tutela constitucional de los derechos, pero ello no modifica la conclusión que precede.

> Zavala de González dice que esta protección sustancial reclama un enriquecimiento de las técnicas procesales, para que la protección sea eficaz y oportuna y, en ocasiones, enérgica y perentoria. Entendiendo que esas vías son las siguientes: a) las medidas cautelares; b) las medidas autosatisfactivas; c) las acciones de de amparo y de hábeas data y d) los procesos inhibitorios comunes (por lo general, sumarios o abreviados).

Ahora bien, este emplazamiento agiliza las facultades del Juez en orden a la eficacia del servicio que presta; admite el criterio de la urgencia como pauta que fundamenta la postergación del contradictorio; pero no tiene en cuenta que las formas procesales se corresponden con procedimientos adecuados para cada pretensión en particular, y la amenaza de producir un daño o impedir su agravamiento, puede o no lesionar, alterar, modificar o restringir, con arbitrariedad o ilegalidad un derecho subjetivo o de incidencia colectiva.

En consecuencia, adoptar la vía del amparo como único transito posible, elimina la plasticidad que tiene el derecho procesal moderno.

75.7 El amparo como régimen pertinente para la tutela inhibitoria: ¿Acierto ó error técnico?

Las coincidencias entre el proceso de amparo y la tutela inhibitoria no son procesales, porque mientras el primero es la vía (en los hechos, la herramienta), la otra es la pretensión (que es el objeto del proceso), de modo tal que obran en armonía si la cuestión constitucional o material lo permite.

Todo proceso constitucional sirve a los derechos y garantías reconocidos en la Norma Fundamental, un tratado o una ley, pero no puede transformarse en un procedimiento común para satisfacer intereses particulares.

El artículo 43 expresamente habilita el carril como forma "rápida y expedita", que supone actuar un proceso sin dificultades de admisión formal y de la manera más urgente, porqué la pérdida de tiempo puede frustrar el objetivo tutelar buscado; en consecuencia si el daño inminente actúa como amenaza que solamente puede evitarse cuando se tenga un proceso tan rápido y expedito como aquél, pareciera que no hay más remedio que aceptar al amparo como instrumento de satisfacción para la tutela inhibitoria.

> Quiroga Lavié interpreta que la exigencia de que "no exista otro medio judicial más idóneo", para que pueda proceder el amparo, implica que, no obstante la amplitud con que ha sido constitucionalizado, no puede sostenerse que se ha ordinarizado un trámite procesal tradicionalmente sumario o de excepción. En este sentido la regla constitucional no ha cambiado en absoluto las prácticas judiciales que han regido en nuestro país hasta el presente (Cfr. Humberto Quiroga Lavié, Constitución de la Nación Argentina comentada, editorial Zavalía (3ª), Buenos Aires, 2000).

Pero ello únicamente sería así cuando las medidas que se pueden lograr a través de la tutela de urgencia (sean medidas autosatisfactivas; o sentencias anticipatorias) no sean aceptadas con autonomía e independencia de tramitar un proceso subsidiario. De resultar así, y ser contempladas como proyecciones de las resoluciones cautelares típicas, evidentemente sería inapropiado y hasta incongruente exigir un proceso adicional. En su caso, podríamos aceptar que sea éste el amparo.

a) El acto lesivo inminente

La inminencia supone proximidad, cercanía o inmediatez con la producción del acto lesivo, que se funda en algo más que una mera conjetura.

Es decir, el proceso de amparo no está para dar explicaciones de carácter dogmático o esclarecedor de situaciones ambiguas en la inteligencia de un derecho o garantía previsto en la Ley Suprema. Se requiere en quien ejerza la función jurisdiccional el estudio previo de las circunstancias y su actualidad.

Lo expuesto indica porqué a través del amparo no se persiguen beneficios restitutivos, sino en la medida de la subsistencia de las conductas arbitrarias o ilegítimas.

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.

> Interesa subrayar –dice Sagüés- que la alegación y demostración del peligro inminente de daño corre a cargo del promotor del amparo. 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 (CS, Fallos, 306:506) (Derecho Procesal Constitucional, Ley de Amparo, editorial Astrea, 1997).

La presunción no basta para fundamentar la operatividad del amparo, pues los hechos inciertos o eventuales no tienen la fehaciencia necesaria que acredite la producción del acto que se pretende evitar.

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.

Nuevamente observamos porqué, en la tutela inhibitoria se consigue esta flexibilidad intelectiva, en la medida que el daño inminente persigue preservar la persona.

b) El concepto de amenaza

La otra cara del acto lesivo es la amenaza; 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 juego en peligro efectivo e inminente.

Por ejemplo, el proceso deducido por la Asociación de Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria contra el Decreto 702/95, a la cual adhirió el Defensor del Pueblo en los términos del artículo 90 inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, carece de aptitud para suscitar el ejercicio de la jurisdicción, pues al no concretar qué efectos habría de tener la concesión de lo peticionado –el cese de la intervención- sobre los intereses de los usuarios del servicio telefónico, la sentencia habría de tener un sentido meramente teórico o conjetural. Tal deficiencia no se ve superada por la argumentación referente a la eventual amenaza de que tales derechos constitucionales se vean vulnerados, pues los recurrentes no han concretado la relación existente entre el acto atacado y el

riesgo de que se ocasione una lesión no definida (CS, mayo 7-998, Consumidores Libres Coop.Ltda. de provisión de servicios de acción comunitaria, LA LEY, 1998-C, 602).

La amenaza se puede concretar en 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.

También, es posible plantear el amparo como amenaza basada en una fuerte probabilidad de concreción, aun sin mediar el acto lesivo concreto, 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.

En los derechos de incidencia colectiva el concepto de amenaza encuentra mayores posibilidades, porque se desplaza la noción de afectación directa por la de derechos colectivos amenazados que se deben resguardar en la acción tutelar prevista.

Así se ha reconocido cuando se ha dicho que la fundación actora se encuentra legitimada para promover el juicio de amparo en cuanto a partir del texto del artículo 43 de la Constitución Nacional recibe acogida el "amparo colectivo" apareciendo en la escena jurídica nuevos tutelados constitucionales como las asociaciones que propendan a los fines explicitados en el segundo párrafo del dispositivo legal señalado, con lo cual la protección de los intereses difusos (colectivos), en el caso del derecho a gozar de un ambiente sano y la protección del mismo, cobra impulso propio, consecuentemente no es necesario que todos los habitantes de las viviendas en que se extrajeron las muestras de agua subterránea contaminada acudan ante el órgano jurisdiccional, como damnificados directos, pidiendo medidas tendientes a la preservación del medio ambiente y la calidad de vida porque la fundación actora lo ha hecho por sí misma y estaba legitimada para ello en cuanto concierne a la protección del medio ambiente (C.Civ. y Com., San Isidro, Sala I, junio 8-998, Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata c/ Municipalidad de Tigre y otro, LLBA, 1998-1118).

75.8 Conclusiones

Denomínase tutela inhibitoria a la pretensión que persigue evitar un daño imninente que se funda en una manifiesta probabilidad de producción. Esa tutela reclamada no exige verosimilitud en el derecho del que lo invoca, bastando el peligro en la demora en pronunciarse para acordarla de inmediato, siendo facultativo del juez oír al sujeto pasivo del hecho ilícito denunciado.

La vía procesal puede ser el amparo, únicamente, cuando no exista un medio judicial más idóneo, como resultaría la tutela urgente acordada a través de medidas autosatisfactivas o sentencias anticipatorias que reclaman para sí autonomía y plenitud científica.

Capítulo XVI: El proceso de amparo: La sentencia

76. La sentencia en el amparo

La sentencia en el amparo es uno de los capítulos más conflictivos, toda vez que sus principios, formas, efectos y particularidades depende del sistema constitucional donde se articule.

En efecto, en los sistemas políticos no hay específicamente una sentencia. Existe una declaración sobre el precepto normativo que no puede catalogarse como decisión jurisdiccional, precisamente, porqué el consejo no tiene esas funciones.

> 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.

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 aplica internamente metodologías de uno y otro sin unificarlas.

> Domingo García Balaúnde, 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.

En líneas muy amplias y a los fines de presentar el meollo del problema podemos destacar que la sentencia debe resolver estos planteos:

1. Cuando el modelo es concentrado (Tribunales Constitucionales) el debate se sostiene acerca de si es jurisdiccional o no el pronunciamiento. 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).

2. 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 al Juez resolver la cuestión de constitucionalidad sin mediar petición expresa de las partes, con el fundamento que los procesos constitucionales llevan implícita esta misión jurisdiccional.

> México, que como hemos dicho tiene uno de los sistemas más amplios para el desarrollo del juicio de amparo, no obstante sostiene que –afirma Juventino Castro- los jueces y tribunales de amparo están revestidos de atributos apropiados para resolver las controversias constitucionales de su conocimiento exclusivo, pero dentro de un campo delimitado que no debe cubrirse parcialmente ni rebasarse al dictar sus sentencias. O sea: tienen una circunscripción respecto a lo que para ellos es “sentenciable”.

76.1 La sentencia de los Tribunales Constitucionales

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 supremacía constitucional.

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 “legislación constitucional”.

La oposición entre ley y sentencia, devanó las inquietudes de la doctrina para encontrar la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional.

> La dificultad para resolver si la sentencia es un acto procesal o un acto legislativo sustancial ha ampliado el debate a otras alternativas. Para Francesco Saja, es inútil intentar establecer los efectos en la sentencia o en la ley; incluso es indiferente la distinción entre objeto del proceso y resolución, para entender que el efecto de las decisiones estimatorias del Tribunal Constitucional no es un problema de derecho sustantivo ni procesal, sino de legislación y jurisdicción ordinaria.

Hoy día, ambos conceptos son interpretados en sus debidas ocupaciones, aunque no se puede negar que, a veces, ley y sentencia aparecen íntimamente ligados (por ejemplo, cuando se declara la inconstitucionalidad).

> Dice Silvestri que cuando la sentencia produce un efecto caducatorio seco, declaración de inconstitucionalidad e inidoneidad de la norma declarada inconstitucional, son efectos simultáneos e inescindibles.

> Fuera de esta hipótesis, la medida cuantitativa y cualitativa de la desaplicación de la norma, depende de la medida y del modo de aplicación de la sentencia.

En definitiva, las sentencias que emite el Tribunal Constitucional se dan en el contexto de un proceso jurisdiccional que, como ocurre en los litigios comunes, crea derecho (la norma individual) que se aplica a las partes (diferencia a establecer cuando los efectos son *erga omnes*).

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.

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.

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 aplicación normativa 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 las partes 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".

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 (Cfr. Art. 55.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español). 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 sentencia favorable y una cosa juzgada específica que se aplica en sus límites objetivos y subjetivos. Obviamente, estos efectos son procesales y no legislativos.

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.

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.

76.2 Las sentencias de la jurisdicción difusa

El proceso constitucional en la jurisdicción difusa 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.

México que, como dijimos, tiene el modelo más facilitado de amparo, reconoce en el artículo 78 de la ley reglamentaria que:

"En las sentencias que se dicten en los juicios de amparo, el acto reclamado se apreciará tal como aparezca probado ante la autoridad responsable, y no se admitirán ni se tomarán en consideración las pruebas que no se hubiesen rendido ante dicha autoridad para comprobar los hechos que

motivaron o fueron objeto de la resolución reclamada. En las propias sentencias sólo se tomarán en consideración las pruebas que justifiquen la existencia del acto reclamado y su constitucionalidad o inconstitucionalidad".

Evidentemente, la técnica dispuesta como la apreciación judicial del foco litigioso, queda sometido en el principio dispositivo, por el cual puede afirmarse que "el proceso es cosa de partes" y el Juez resolverá "*secundum allegata et probata*".

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. Sin embargo, la jurisprudencia consolida un temperamento diferente, impidiendo la intervención de oficio y anulando el debate sobre la constitucionalidad en el proceso de amparo.

Los modifica porqué una cosa es pensar en el amparo como proceso, y otra es analizarlo como la única vía que tiene el justiciable para remediar la amenaza o restricción a sus derechos constitucionales.

Si la mirada se pone en la eficacia de la función y en la perspectiva del derecho de amparo que habilita el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, no debieran crearse restricciones para que el control de legalidad pueda llevarse a cabo.

En nuestro país, esa debiera ser una conclusión lógica, sobre todo cuando se comprueba que el amparo es la única herramienta disponible para remediar la tutela eficaz e inmediata de los derechos fundamentales.

No obstante, el amparo sepulta su ilusión garantista cuando se lo constriñe a superar numerosos requisitos de admisibilidad. En escala se pueden enumerar: la legitimación para obrar; la existencia de una vía judicial más idónea; la demostración de la arbitrariedad o ilegalidad del acto; la actualidad del perjuicio; la competencia del órgano ante el que se plantea la demanda, y la absurda limitación sobre el acto lesivo.

Por ello, la sentencia –cuando llega- tiene que ser planteada de acuerdo con el resultado que alcanza, es decir, si hace lugar o no al amparo; si rechaza la pretensión por cuestiones formales y, en definitiva, si declara la constitucionalidad de la norma o resuelve su inaplicabilidad.

> Menciona Sagüés que cabe distinguir los presupuestos procesales (de forma o rito), de los presupuestos materiales, que hacen al fondo del amparo. Entre los primeros, siguiendo a Devis Echandía, se distinguen los presupuestos de la acción (legitimación *ad processum*

> del actor, su debida representación, investidura del juez y no caducidad de la acción), los presupuestos de la demanda (interposición ante el juez competente, formulación del escrito en forma legal) y los presupuestos del procedimiento (citación y emplazamiento, cumplimiento de los requisitos procesales, etcétera). Respecto de los presupuestos materiales de la pretensión o sentencia de fondo, están la legitimación *ad causam*, el interés para obrar, la correcta formulación de las peticiones, la elección de la vía procesal adecuada, ausencia de cosa juzgada, transacción, caducidad, desistimiento o litispendencia, etcétera. La sentencia favorable al demandante, por último, exige la existencia real del derecho invocado, su prueba en legal forma, la exigibilidad del derecho, la petición de ese derecho y la invocación en la demanda de los hechos que sirven de causa jurídica a la pretensión.

En el modelo que implementa nuestro país, el acto jurisdiccional definitivo debe resolver:

- Si es una amenaza, que ella termine y se resguarde la posibilidad de consumación
- Si es una lesión que ella sea reparada
- Si es una restricción que ella se suprima
- Si es alteración que el derecho se restaure o reponga al estado anterior.

Ahora bien, cada pretensión prevista supone una sentencia condenatoria. El demandado debe hacer algo y, a esos fines, la decisión jurisdiccional debe establecerlo.

> A veces, la sentencia debe impedir que el daño se renueve, aunque no pueda impedir los que ya se produjeron. La jurisprudencia ha dicho que *"el hecho de que al tiempo de interponerse la acción se haya producido el efecto de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta no autoriza, por sí solo, el rechazo de la acción y a remitir al particular ofendido a la satisfacción indirecta de daños y perjuicios. El amparo procura tutelar los daños actuales (ya actuados) reparando, de ser posible* in natura*, en forma rápida y efectiva la lesión a derechos protegidos por la Constitución"* (CNCiv., Sala C, setiembre 21/982, E.D., 102-618, citado por Sagüés).

Como en toda sentencia, los fundamentos son requisitos para su validez constitucional, aunque la jurisprudencia admite que se prescinda de extensas motivaciones en atención a la celeridad y concentración que caracteriza el trámite.

Finalmente, la actualidad del perjuicio obliga a resolver según la situación existente al tiempo de emitir el pronunciamiento, de modo que si el interés no se mantiene, o han variado las condiciones, la cuestión deviene abstracta.

77. La cosa juzgada en el amparo

Dos cuestiones deben estudiarse en este terreno: 1) El alcance de la sentencia a partes y terceros, y 2) El carácter definitivo o reeditable del proceso de amparo. Son, en definitiva, los efectos subjetivos y objetivos de la cosa juzgada.

77.1 Efectos de la sentencia en la jurisdicción concentrada

Por lo general, las sentencias dictadas por los Tribunales Constitucionales producen efectos contra todos. Ello es una consecuencia lógica del carácter que tiene el proceso, donde antes que un conflicto entre partes, se resuelve la legalidad del acto cuestionado que tiene un probable estigma de inconstitucionalidad.

> La Constitución española establece que las sentencias tienen valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación, y si no se limitan a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos (art. 164).

Sin embargo, cuando el conflicto sólo interesa al derecho de las partes –es decir, al recurrente portador del derecho subjetivo y al poder público que provoca el acto lesivo- la extensión de la cosa juzgada se limita. 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, persiguiendo iguales efectos que los ya resueltos en el caso anterior.

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.

> No hay que confundir a la parte a la que la sentencia le viene imputada como cosa juzgada suya y propia, que a los terceros que les viene imputada la cosa juzgada como cosa de otros, y que les repercute sólo en la medida que exista una conexión de relaciones jurídicas…Por otro lado, tampoco hay que olvidar que para entender correctamente la ampliación subjetiva de la cosa juzgada, hay que estudiar el problema no tanto en relación con una mayor amplitud o eficacia del instituto de la cosa juzgada, cuanto en relación con una mayor ampliación del concepto de parte, tal como lo han desarrollado Liebman, Guasp y Carnelutti, entre otros.

De esta forma, la diferencia aparece en que las partes consiguen un efecto jurídico material de la sentencia, que les resulta propio en cuanto les resuelve la aplicación de un precepto jurídico sobre el cual dudaron en su legalidad constitucional; mientras que los terceros obtienen de la declaración genérica de constitucionalidad un juicio tal que se traduce objetivamente para todos.

> Así como la cosa juzgada es el efecto procesal de la sentencia, el efecto *erga omnes*, traduce el material. Maunz ha encontrado en esta diferencia otro elemento decisivo que diferencia a la cosa juzgada del efecto vinculante, el cual advierte en los resultados procesales para las partes y materiales para terceros. El resultado material de la sentencia se adscribe en el *erga omnes*, en la sentencia como "hecho" jurídico material, no en la declaración, que es el acto jurídico de efectos procesales para las partes.

Respecto al carácter de la sentencia cabe distinguir la posibilidad de reedición según el amparo haga lugar a la pretensión (cosa juzgada material); 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.

77.2 Efectos de la sentencia en la jurisdicción difusa

La llamada fórmula de Otero (originada en la Constitución mexicana) consagró el principio según el cual las sentencias que se pronuncian en los juicios de amparo solamente se ocupan de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere.

En su caso, la declaración sobre la validez normativa resulta general respecto a la ley y la decisión únicamente aplicable al caso concreto que resuelve.

> La doctrina mexicana más tradicional, inspirada en las ideas de Manuel Crescencio Rejón, denomina a este principio de relatividad de los efectos de la sentencia, como *principio de concreción*, explicando que las consecuencias que siguen del fallo en amparo quedan circunscriptos al caso concreto materia del juicio, sin tener mayor trascendencia para otros iguales o análogos.

La idea es producto de la estricta aplicación del principio por el cual en el amparo sólo se tutelan derechos subjetivos de la persona afectada, lo cual frente a la expansión de legitimados que encuentra el derecho moderno, pone en dudas la rigidez del precepto y, sobre todo, la validez de continuar con tan significativa restricción.

En Argentina, por ejemplo, el párrafo segundo del artículo 43 constitucional, admite promover el proceso a personas distintas del afectado, apertura que puede tener lecturas distintas. Desde las amplísimas que ven afirmado en la frase "*toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo*…" la instauración de una acción popular; hasta las más acotadas que coligen de la norma categorías específicas de la pretensión (amparos especiales) que obligarían a cada persona o grupo a acreditar su pertenencia para superar las vallas formales de la admisión procesal.

En el medio queda otra interpretación por la cual el amparo permitiría la defensa de los intereses a quienes no son sus titulares específicos del derecho subjetivo, habilitando una categoría nueva de legitimados con un alcance diferente en la cosa juzgada.

> Sostiene Sagüés, que el auténtico sentido del constituyente fue limitar la legitimación en los amparos comunes a los afectados, sin permitir la acción popular, y abrir la legitimación en favor tanto del afectado, como del Defensor del Pueblo y de determinadas asociaciones, para las hipótesis de discriminación, tutela de los usuarios, de los consumidores, de la competencia, del ambiente y de los derechos de incidencia colectiva.

Es evidente, entonces, que reducir los efectos de la sentencia a quienes hayan sido partes, sólo puede aplicarse allí donde los hechos estén debidamente identificados y los derechos individuales suficientemente esclarecidos. Pero, cuando las cuestiones exceden el marco de "lo subjetivo" y trascienden a "lo colectivo" las respuestas tradicionales aparecen insuficientes.

77.3 Efectos de la sentencia y cosa juzgada

El alcance de la sentencia sólo a quienes hayan sido partes en el proceso se complica cuando aquella se proyecta inevitablemente hacia otros. La generalidad que tiene se observa, por ejemplo en los llamados amparos colectivos, donde la defensa jurisdiccional comprende, entre otros, la tutela de la salud pública; la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y de la flora, y la protección del medio ambiente; la preservación del patrimonio cultural y de otros valores estéticos, etc.

En estos casos la sentencia afecta a la sociedad y particularmente a la comunidad donde ocurren los hechos que se persiguen defender. Por ello, el alcance de la sentencia debe, necesariamente, trasvasar la malla de la subjetividad que supone el amparo tradicional y dar un resultado que satisfaga al conjunto.

La cosa juzgada exclusiva para las "justas partes" adolece de imprecisiones muy tangibles cuando se reduce a los legítimos contradictores, pues la legitimación para obrar, desde el primer momento, estaba expandida con tal suerte que las posibilidades de accionar de unos se proyectaba hacia otros, y con la misma intensidad, el beneficio de los interesados se aplica también al conjunto.

El gran interrogante está en los procesos que resultan con sentencia desfavorable, en la medida que la cosa juzgada puede llevar un antecedente que limite la revisión jurisdiccional.

Por tanto, es común en la legislación comparada resolver la siguiente ecuación: *cuando el proceso tiene sentencia favorable, la sentencia afecta y beneficia a todos; si la demanda se rechaza, sólo alcanza efectos de* res judicata *entre partes.*

> El criterio no es nuevo, toda vez que ya en procesos comunes se aplicó la idea de aceptar la comparecencia en juicio de cualquiera de los condóminos de un bien, por asuntos que afectaran a la comunidad, ello siempre y cuando la actividad del actor beneficie a todos los partícipes, pero no cuando los perjudica.
>
> Para Quiroga Lavié, si el afectado no lo es en forma directa, sino difusa, aquí la acción se interpone no a nombre propio, sino a nombre del sector. En este caso el resultado de la acción debe tener efectos *erga omnes* pudiendo sólo los otros afectados hacerse parte en el juicio, con los mismos derechos del afectado que inició la acción.

77.4 La cosa juzgada en el amparo colectivo

La fisonomía del amparo colectivo se caracteriza en dos aspectos: la legitimación procesal y el alcance de la cosa juzgada. La primera porqué habilita a cualquier habitante (toda persona, dice la Constitución Nacional) pretender la defensa de un derecho que pertenece a todos; 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 primera de las cuestiones, 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 incluídos en la dimensión tuitiva como derechos de pertenencia difusa.

> El Código Procesal Constitucional de Tucumán dice, al respecto:” La defensa jurisdiccional de los intereses colectivos comprende la tutela de la salud pública; la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y de la flora, y la protección del medio ambiente de conformidad a los principios contenidos en el artículo 36 de la Constitución Provincial; la preservación del patrimonio cultural y de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos amparados por el inciso 1 del artículo 124 de la Constitución Provincial; la correcta comercialización de mercaderías a la población, la competencia desleal y los intereses y derechos del consumidor y del usuario de servicios públicos; en general, la defensa de valores similares de la comunidad y de cualesquiera otros bienes que respondan, en forma idéntica, a necesidades comunes de grupos comunes a fin de salvaguardar la calidad de la vida social “.

Por eso es posible coincidir con la afirmación de Vigoriti que afirma que es verdad que las acciones colectivas no deben necesariamente ser promovidas por sujetos colectivos, pudiendo perfectamente ser ejercitadas por individuos cotitulares de los intereses comunes, pues lo importante no es la calidad del sujeto activo sino la dimensión del interés deducido”.

Algo similar sucede con la cosa juzgada, donde aparece la misma problemática que presenta definir la legitimación *ad causam* y *ad processum*,

Antes que nada conviene aclarar que, si bien la sentencia dictada en los procesos sumarísimos, de los cuales es tributario el juicio de amparo, no hace cosa juzgada material, es decir, que permite la reiteración del *thema decidendum* en un proceso de conocimiento amplio posterior; también lo es que, en cuanto sea materia de conflicto y ocupe plenitud probatoria, la *res judicata* tiene efectos definitivos e impide su reiteración, pues a este respecto, no ha existido restricción ni limites en la apreciación y valoración judicial.

Por tanto, el motivo central que motiva esta explicación asienta en la extensión de la sentencia a terceros y las probabilidades de otorgarle al pronunciamiento carácter definitivo.

En nuestra legislación constitucional, el artículo 18 declara inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, de donde se deduce -al menos como norma- que la cosa juzgada no puede oponerse al que no ha tenido oportunidad de estar en el proceso, alegar, probar y, esencialmente, ejercer su derecho de defensa.

La regla *res inter allios judicata allius nec nocere prodesse potest* (lo que haya sido juzgado entre dos personas no aprovecha ni perjudica a los terceros), se justifica por el hecho de que el juez no decide mas que el litigio que le está sometido y no tiene ni la intervención, ni el poder de resolver a través de disposiciones generales o reglamentarias.

El rol de los terceros en este enclave varía, por supuesto, no siendo éste el problema que debamos abordar en esta ocasión.

Queda pendiente el apotegma que caracteriza los derechos colectivos y los derechos difusos: su pertenencia indiscriminada.

¿Cómo alcanza la sentencia a estos terceros que integran una sociedad interesada en los resultados de la protección procesal abierta a estos derechos comunes?

La idea dominante, que se transmite en legislaciones recientes como la brasileña, consiste en acordar efectos de cosa juzgada material a los procesos donde la representación ejercida no es dudosa ni existe posibilidad alguna de fraude procesal. Por ejemplo, las defensas por derechos o intereses propuesta a través del Defensor del Pueblo, o el Ministerio Público, o eventualmente, por las asociaciones reconocidas.

En cambio, si la acción es llevada adelante por un particular, una liga de asociados, un grupo heterogéneo, o en síntesis, un agrupamiento de incierta organización, la solución dependerá del enfrentamiento de varios principios jurídicos y lógicos: el principio de economía, de conservación de los actos jurídicos y de identidad pugnan por la extensión; el principio de libertad; de responsabilidad individual, de limitación de la cosa juzgada a las partes, propenden a la restricción de los efectos de la *res judicata* a los intervinientes en el proceso de que se trata.

La conclusión sería que, los alcances de la cosa juzgada o la oponibilidad de la condena, deben tener la potencia expansiva suficiente a tono con la materia que hace al contenido de la tutela jurisdiccional, sin perjuicio de autorizar el nuevo planteo de la misma acción, en un plazo que la ley fijará, cuando la sentencia denegatoria se funde en ausencia de prueba suficiente o falta de legitimación adecuada.

78. El plazo para dictar sentencia

La acción de amparo no tiene por finalidad juzgar hechos pasados sino presentes, por lo que los jueces deben fallar de conformidad con la situación vigente al momento del dictado de la sentencia que admite o deniega la pretensión (ST Santiago del Estero, noviembre 18-1996, *Caballero, Teresa c/ Consejo General de Educación de Santiago del Estero y otros*, LL NOA, 1998-732).

La rapidez que se imprime al trámite obliga a resolver de inmediato, apenas se haya producido la prueba. El artículo 11 de la ley 16.986 establece que *"evacuado el informe a que se refiere el art. 8º o realizada, en su caso, la audiencia de prueba, el juez dictará sentencia dentro del tercer día"*, mientras que si existe prueba pendiente de producción –y ella es esencial- se puede ampliar el plazo por otros tres días.

Una diferencia gravitante proviene del denominado "amparo de puro derecho", porqué en éste, al no tener que realizarse la audiencia de prueba y 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.

Es evidente que la actual ley de amparo –en nuestro criterio vigente sólo para algunas cuestiones- 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.

Por ello, estimamos que no está vigente la ley 16.986 para establecer acotamientos procesales que agreden la eficacia del sistema amparista y vulneran el sentido de proceso rápido y expedito que el artículo 43 persigue.

Bien se ha dicho que esta norma de la Constitución Nacional ha producido una modificación tanto en las condiciones de admisibilidad, como en la estructura del trámite de la acción de amparo, tal como ha sido diseñada en la ley 16.986, y la inexistencia de una nueva reglamentación de la misma, no conduce a la aplicación en bloque de las disposiciones de dicha ley, sino a su mantenimiento en tanto no obstaculice el ejercicio de la garantía constitucionalmente otorgada (Cfr. Juzgado Federal Contenciosoadministrativo nº 3, abril 15-1999, La Ley, 1999-F, 312).

79. La declaración de inconstitucionalidad

El último párrafo de la primera parte del art. 43 destaca que, al sentenciar el amparo *"…. el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de* la norma *en que se funde el acto u omisión lesiva".*

La reforma en el sistema, que elimina el obstáculo antes contenido en el art. 2º, inciso d), de la ley 16.986, coloca en sus propios términos al proceso constitucional de amparo. Era absurdo pensar que, precisamente en un juicio que califica el cumplimiento de los preceptos constitucionales, no pudiera ser declarada la inconstitucionalidad.

No obstante, cabe recordar que la Corte Suprema en el resonado caso "Peralta", sostuvo que, aun siendo el amparo un remedio excepcional y no absoluto, permitía a cualquier tribunal que advirtiera el quebrantamiento de una ley, decreto u ordenanza restablecer de inmediato su plena vigencia, aun frente al obstáculo de la ley reglamentaria. Ello así, porque el art. 2º inc. d), de la ley 16.986, se debe interpretar como un medio razonable concebido para evitar que la acción de amparo sea utilizada caprichosamente con el propósito de impedir la efectiva vigencia de las leyes y reglamentos dictados en virtud de lo que la Constitución dispone; pero no como un sistema tendiente a paralizar los fines que la ley promete, cuando el acto de autoridad arbitrariamente se fundamente en normas que resultan palmariamente contrarias al espíritu y letra de las normas.

La vigilancia en la supremacía constitucional que este antecedente permite, y su actual consagración en el texto de la ley fundamental mantiene las mismas características del sistema difuso, es decir, no se declara la

inconstitucionalidad de las leyes, sino la inaplicabilidad al caso concreto planteado en la causa.

Pero lo verdaderamente importante es que la Constitución admite una vía directa -en el orden federal- para cuestionar normas de alcance general al acompañar la tradición legislativa que tiene el derecho público provincial mediante acciones y recursos de inconstitucionalidad.

79.1 El pedido de parte interesada

La incógnita planteada gira en torno a la redacción del artículo 43 respecto al posible carácter que resulta del término "podrá", el cual puede conducir a creer en una facultad del órgano jurisdiccional, pero no se sabe si esa posibilidad obedece al mecanismo natural del artículo 43 o a una interpretación inteligente del precepto.

Para ir despejando interrogantes hay que tener en consideración que el amparo reconocido en la carta magna significa encuadrar el control de constitucionalidad en una vía directa y no incidental como lo fue hasta ahora. Es decir, aun sin desplazar los buenos y logrados oficios que trajo el recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48), la acción de amparo otorga el derecho a sostener el conflicto de normas generales que, en forma actual o inminente, provoquen o amenacen un acto u omisión lesivo a nuestros derechos y garantías reconocidos en la Constitución, leyes y tratados.

Esta lectura inicial observa como deber de los jueces el de asignar a los derechos la escala correspondiente, tal como lo ordenan los arts. 31 y 75, inc. 22, de la norma fundamental.

Dentro del contorno de las pretensiones que las partes introduzcan, el tribunal tendrá que aplicar el derecho correspondiente, sin poder excluir aquellos que no indiquen, pues está en sus potestades la regla *iura novit curia,* que obsta a que en dos casos iguales se dispongan normas distintas.

Si el amparo previsto en el art. 43 expresamente indica que el juez puede declarar la inconstitucionalidad de las normas, creemos que está diciendo claramente que debe producir las sentencias necesarias para no desvirtuar el contenido superior de los derechos y garantías tutelados.

En tal sentido, cuando el juez declara inconstitucional una norma, sin previa argumentación de la parte, no sentencia *extra petita,* ya que se atiene a las acciones deducidas y a los hechos invocados, condicionando el derecho aplicable a que resulte legitimado por la Constitución, desde que el derecho -Constitución, inclusive- no es una cuestión que se pueda dejar de someter a juzgamiento.

Tampoco se transgrede el derecho de defensa, pues la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas no es imprevisible y no requiere debate previo.

Además, la influencia de la Constitución (arts. 31 y 75, inc. 22) sobre las normas inferiores es vertical, y a pesar de que el amparo trajera otras normas, existe la obvia restricción de la regla *iura novit curia,* y la adecuación implícita

en el deber jurisdiccional previsto en los arts. 34, inc. 4º, y 163, inc. 6º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En realidad, el dilema no está en la posibilidad de declarar oficiosamente la inconstitucionalidad de las normas, decretos u ordenanzas, sino en la extensión y alcance que proyecta la sentencia.

79.2 Necesidad del caso concreto.

Visto desde esta perspectiva, el problema no es tal, pues no ha variado la metodología para suscitar el control de constitucionalidad.

Esto es, que aún se requiere el "caso concreto" y los resultados sólo alcanzan a las partes en conflicto, sin proyectar, *erga omnes,* la eficacia de la decisión.

El caso concreto, es decir, la abstención de pronunciarse en cuestiones abstractas, o puramente académicas, tanto como la demanda oportuna y procedente, y su contestación, sostienen la garantía de defensa en juicio en la órbita de la materia objeto de controversia, más allá de los avatares o crisis internas que afecten la garantía.

La necesidad de actuar en lo concreto surge como un filtro para las cuestiones que no tengan permanencia o actualidad en el perjuicio. Por eso, es común rechazar estas materias si al tiempo de dictarse sentencia ha devenido abstracto el problema.

Por su parte, la demanda de amparo y sus respuestas pertinentes acomodan el litigio en el marco de los derechos o garantías cuestionados.

La aplicación de las normas correspondientes deja de ser un problema de las partes, y, por tanto, si el derecho directamente invocado, o aquel que surgiera aplicable al *sub lite* resulta inconstitucional, parece justo que el juez lo declare en su tiempo y no después. Porque esto es lo que reclama el juicio de amparo, una decisión procesal rápida y expedita.

Por otra parte, no se afecta a nadie que no haya sido parte, pues la inconstitucionalidad se declara genéricamente, y sus efectos se aplican únicamente al caso.

Como en nuestro sistema no rige el mecanismo del *precedente obligatorio (stare decissis)* del sistema americano, tampoco los jueces sufren alteraciones en su derecho-deber de interpretación.

En suma, el principio que admite el actual art. 43 es el siguiente: cuando los tribunales deban aplicar una ley en sentido material, lo primero que deben establecer es su conformidad con las normas fundamentales (Constitución, leyes y tratados), de suerte que si hay colisión de conceptos, si repugna la ley a los principios cardinales, los magistrados deben declarar inaplicable la norma cuestionada o no cuestionada.

79.3 Desarrollo jurisprudencial

A pesar de las posibilidades evidentes que diseña la norma fundamental, la jurisprudencia posterior a la reforma no asume el deber constitucional

expresado. Es común, por ejemplo, reiterar que el artículo 2º inciso d) de la Ley 16.986 impide articular esta cuestión y si bien se admite la iníluencia de la reforma, la mayoría de las sentencias sostienen la valla anterior. En efecto, los tribunales locales dicen que, en principio, la acción de amparo no constituye la vía adecuada para discutir la validez o constitucionalidad de las leyes o reglamentos, a menos que la violación de los derechos o garantías sea evidente, caso en el que los tribunales pueden declarar la inconstitucionalidad en este procedimiento sumario (*Cfr. C.N.* Fed. Contenciosoadministrativa, Sala III, 18/3/95, La Ley, 1996-E,97).

La Corte nacional, aun sin definirse, vislumbra algunas precisiones. Uno de sus ministros ha dicho que la declaración de inconstitucionalidad de normas generales en un proceso de amparo es admisible cuando la invalidez de éstas reviste carácter manifiesto" (Enrique Petracchi en la causa*: "Coechia, Jorge Daniel, c. Estado nacional*", diciembre 12-1993). Criterio que se mantiene en la causa *"Video Club Dreams*", en la que se cuestionan los decretos 2637/91 y 949/92, a los cuales se tildó de manifiestamente inconstitucionales.

> Un interesante precedente, por su desarrollo, lo expone la sentencia que sigue. Allí se dice que "la Constitución reconoce la facultad del juez de declarar, en la acción de amparo, la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva, en virtud de que la esencia de dicha acción es asegurar la efectiva vigencia de aquella. Por tanto, no puede admitirse que por límites legales se impida la finalidad aludida, que requiere precisamente esa función judicial ante un acto arbitrario de la autoridad que se fundamente en normas contrarias al espíritu o la letra de los preceptos de rango superior"(Juz. Civ. y Coro. n' 3, Corrientes, 20/12/95, in re: "*Mamuh, Angel R., c. Comisión Nac. de Telecomunicaciones ylu otro*", Suplemento de Derecho constitucional, "La Ley", 1996-D, 212, con nota nuestra: La *subsidiariedad del amparo*).
>
> El mismo sentido tiene otro precedente, cuando expresa que el amparo es la vía apta en tanto la inconstitucionalidad que se origina en la no aplicación del régimen de compre nacional en la licitación cuestionada surge de modo palmario y no requiere mayor amplitud de debate ni aporte probatorio, pues se trata de una cuestión de puro derecho (C.N. Fed. Contenciosoadminstrativa, Sala 111, Julio 13-1995, in *re: "*Servotron S.A. c. Metrovias S.A. y otros", cit., *passim).*

La actual redacción del art. 43 de la Constitución nacional ha removido el obstáculo que representaba el inc. d), art. 2º, de la ley 16.986, al habilitar, por vía de la acción de amparo, la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva; ello, amén de señalar que, aun antes de la recepción constitucional de tal posibilidad, la jurisprudencia mayor de nuestro país se había pronunciado en favor de la misma, sobre la base de que esa restricción no podía ser entendida de manera absoluta, pues equivaldría a destruir la esencia misma de la institución de amparo, inspirada en el propósito de salvaguardar los derechos sustanciales de las personas cuando no existen otros remedios eficaces al efecto.

79.4 *Los proyectos de ley reglamentaria*

El 13 de marzo de 1996 se elevó a la Cámara de Diputados de la Nación uno de los proyectos reglamentarios del artículo 43 de la Constitución nacional, que contaba con media sanción del H. Senado.

El artículo 8 queda redactado de la siguiente manera:

"Cuando el acto u omisión *lesivos se fundaren en* una *ley u otra norma de alcance general, el Juez podrá declarar la inconstitucionalidad de éstas siempre que mediare expreso requerimiento de parte en tal sentido".*

La norma nos merece un simple comentario.

Es la partida de defunción del amparo como vía para el control de constitucionalidad, toda vez que exige el requerimiento de parte -olvidando los reclamos prácticamente uniformes de la doctrina nacional que preconiza por la actuación oficiosa del juez-, el planteo oportuno -pues habrá de deducirse desde el momento mismo de plantear la demanda, en lugar de posibilitar el estudio analítico de hechos, derechos y prueba sobre cada uno de los aspectos controvertidos-, y la creación artificial de una cosa juzgada que a nadie beneficiará, pues una vez más quedará en el reducto simplista del círculo procesal.

79.5 La vía directa del artículo 43

Tal como lo caracteriza el art. 43, la acción permanece subsidiaria a otras vías idóneas, contingencia que podría señalar la posible deducción de inconstitucionalidad contra leyes o proyectos de leyes, al no tener el ordenamiento jurídico federal un remedio directo de ataque contra ellos.

Sin embargo, nuestro sistema constitucional-procesal (o procesal-constitucional) no instaura el amparo contra todas las leyes, ni contra cualquier acto contrario a la norma esencial para la vigencia y aplicación de los derechos humanos; sólo admite la vía como tutela de la supremacía, es decir, como mecanismo de control constitucional.

Esta defensa del orden superior, que tiene por norte los arts. 31 y 75, inc. 22, solamente tiene posibilidad de desarrollarse cuando existe un caso concreto, un legitimado activo con plenitud procesal, una demanda fundada y oportuna, y, lo que es más importante, un derecho subjetivo (público) vulnerado o afectado por el acto lesivo o la omisión.

Ahora bien, ¿es posible pensar en la inexistencia de estos requisitos cuando se enfrenta una ley o proyecto que se tilda de inconstitucional? En verdad, sólo excepcionalmente. Pero lo extraordinario no autoriza a consumar una acción inexistente, aun cuando se admita la tendencia legislativa iberoamericana en tal sentido.

> Por ejemplo, el amparo contra leyes, previsto en la Constitución política de México, no es un recurso directo en la medida que solicita el presupuesto del gravamen y la demanda oportuna que lo denuncie.
>
> Inclusive la llamada "fórmula Otero", según la cual la sentencia no tiene efectos generales sino particulares, de modo tal que el pronunciamiento declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada, pero en los hechos no la aplica al caso que fue objeto del debate procesal.

De todos modos existe una clara corriente que fomenta la superación de esta doctrina mediante la extensión general de los efectos de la sentencia.

Según Fix Zamudio esta tendencia no se apoya exclusivamente en la experiencia de los tribunales europeos, que pueden parecer lejanos a nuestra tradición jurídica, sino especialmente en la práctica que 'han seguido desde hace tiempo varios ordenamientos latinoamericanos, que han implantado la citada declaración general de inconstitucionalidad sin suprimir la desaplicación en el caso concreto en relación con la cuestión planteada en los procesos ordinarios. En este sentido, podemos señalar la acción popular de inconstitucionalidad que se ha implantado en los ordenamientos constitucionales de Colombia y Venezuela desde los primeros años de este siglo, y, recientemente, en El Salvador y Panamá; pero también se ha establecido en Costa Rica y varias provincias argentinas, y en el Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán.

Capítulo XVII:El proceso de amparo: Recursos contra la sentencia. Costas

80. Recursos admitidos en el amparo

En la jurisdicción concentrada, la sentencia del Tribunal Constitucional sólo admite el recurso de interpretación o de aclaración, de modo que termina la instancia otorgando carácter definitivo. La única excepción se encuentra en los pronunciamientos desestimatorios que, al dejar sin juzgar la cuestión de fondo, permiten el replanteo en un nuevo proceso.

La cuestión varía en el sistema difuso donde el amparo se mueve a través de instancias.

Así es el modelo argentino, donde el ejemplo del amparo federal parte del artículo 15 de la Ley 16.986 que dispone:

"Sólo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3, y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado...".

Más allá de la posible derogación virtual de la ley, el criterio puede servirnos de guía para destacar la restricción de causales para abrir una vía de revisión.

En efecto, los párrafos siguientes de la norma indican que:

"*...El recurso deberá interponerse dentro de las 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".

Ahora bien, cabe interrogarse si la celeridad pensada se cumple en realidad, y en su caso, si los pasos mencionados para el trámite son respetuosos del "debido proceso" constitucional que, precisamente, el juicio de amparo viene a representar en primer plano, de acuerdo con el mandamiento dicho en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Creemos que, aun conservando la restricción impugnativa como una forma específica de contención a la lentitud procesal y, esencialmente, por la rapidez que impone esclarecer derechos fundamentales que están sometidos a una situación de crisis o incertidumbre, el amparo no puede postergar su rol como proceso constitucional.

En tal sentido, el juego operante de figuras creadas para evitar dilaciones innecesarias, tales como resultan, entre otras, 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.

80.1 Los recursos posibles en el amparo argentino

a) Reposición

El recurso de reposición persigue que el Juez revoque una medida dictada por él mismo, cuando se advierte el error incurrido.

Los términos procesales son diferentes a los de la ley de amparo por lo que debiera simplificarse el plazo de interposición persiguiendo la celeridad y pronta decisión.

> Sagüés duda sobre la procedencia, considerando impracticable la vía en razón de la diversidad de plazos y términos, y fundamentalmente, porqué, al poder otorgarse a la reposición el trámite de los incidentes, quedaría en claro su exclusión frente a lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 16.986 cuando dice que *"...no podrán articularse cuestiones de competencia, excepciones previas, ni incidentes*".

La reposición se plantea y decide en la misma instancia donde sucede el agravio, ofreciendo así una rapidez e inmediación que otras impugnaciones no tienen.

No obstante, cuando la revocatoria se plantea 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.

No obstante, si bien es cierto que debiera desecharse por inadmisible (art. 239 parte segunda) al cobrar carácter contradictorio, el planteo tiende a lograr un sentido finalista y utilitario para la celeridad procesal, mientras la impugnación tenga este sentido.

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 nulidades*".

Por su parte, el inciso e) previene que el juez debe "*vigilar para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal*".

b) El pedido de aclaratoria

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).

> Sin embargo, dice Oteiza que, "dado que uno de los presupuestos de este mecanismo procesal consiste en que la resolución no se altere, al permitir que ella sea simplemente mejorada en su redacción,

> pareciera que pocos problemas puede presentar un instituto procesal de estas características. Pero cuando intentamos definir hasta donde puede ir el Juez cuando intenta corregir un error material, aclarar un concepto oscuro o suplir omisiones, vemos que su aplicación puede ofrecer serias dificultades, debido a que estamos trabajando sobre la base de un pensamiento que no ha sido nítidamente expuesto"

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.

c*) El recurso de apelación*

Procede el recurso de apelación contra:

- la sentencia definitiva;
- la resolución que rechaza in limine la demanda;
- las providencias que dispongan medidas de no innovar o las denieguen;
- las decisiones que suspenden los efectos del acto impugnado.

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 la medida paraliza.

El impugnante debe cumplir las siguientes cargas: a) el recurso se presenta por escrito; b) dentro de las 48 hs. de notificada la resolución; c) y con los fundamentos claros y precisos por los cuales motiva el pedido de revocación o modificación del decisorio.

> En esta 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.

Los plazos han provocado algunas dudas, aunque persiste el criterio de contar "en horas" el transcurso de los tiempos.

El quid aparece con los días inhábiles, pues si el plazo se cuenta por horas, es posible que el vencimiento opere en un tiempo de imposible realización.

> Aquí la jurisprudencia oscila porqué, son variadas las contingencias probables. En efecto, si el oficial notificador, por ejemplo, no da cuenta en la cédula de la hora en que notificó, obliga a contar el plazo desde las 24 hs. del día en que se practicó.
>
> No obstante, otros entienden que existe una habilitación tácita del día inhábil. Es el caso del régimen legal de la provincia de Santa Fe, cuando dispone que el recurso de apelación se interpone dentro del término de 48 hs, rigiendo supletoriamente el código para los aspectos no previstos, el que, en tal caso, es aplicable en su art. 71

> in fine, que dice: *"los términos de horas se cuentan desde la siguiente al de la notificación, y correrán aun durante las inhábiles".* Temperamento que es el producto de una corriente de opinión por la cual se acepta que *"los términos de horas no se suspenden durante los días feriados*".
>
> El código federal, supletorio para la ley 16.986 por la remisión hecha en el art. 17, declara que la habilidad de un día se obtiene, únicamente, a través de la declaración expresa del juez que lo ordena (art. 153); razón que explica los motivos por los cuales la notificación practicada en un día inhábil deviene nula (art. 152, primer párrafo). Además, el art. 156 del mismo ordenamiento establece que para el cómputo de los plazos no se cuentan los días inhábiles.

Otro problema con el plazo radica en el "amparo contra actos de particulares", en la medida que el artículo 321 otorga trámite sumarísimo a este tipo de proceso constitucional, donde varían sustancialmente los tiempos y las formas para la apelación y presentación de las memorias (art. 498, CPC).

La concesión del recurso debe resolverse en el término de 48 hs. Genera efectos suspensivos en la sentencia apelada, y determina la iniciación de una instancia superior ante el tribunal *ad quem*. As¡ lo dispone la norma comentada cuando menciona que el recurso se concede "en ambos efectos".

> La remisión de la ley al sistema previsto en el código adjetivo permite deducir que la impugnación debe otorgarse "en relación" (art. 498 inciso 5, CPC), con la particularidad que no abre un término más para la fundamentación de la pieza porqué ésta se encuentra ya motivada en el memorial.

Se produce aquí una notable diferencia con el "amparo contra actos de particulares". En efecto, mientras en la Ley 16.986, por remisión del art. 17, el recurso se concede en ambos efectos, en relación, y fundado al tiempo de presentarlo; en el proceso sumarísimo contemplado para el amparo contra actos privados, dice la norma que:

"...la apelación se concede en relación, en efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiere ocasionar un perjuicio irreparable en cuyo caso se otorgar en efecto suspensivo..." (art. 498 inciso 5, CPC); además el inciso 2 establece que la apelación se funda dentro del quinto día de haberse concedido la apelación.

Finalmente, la atención sobre el recurso admite dos posibilidades inmediatas. O se concede y, en consecuencia, el expediente "*se elevará al respectivo Tribunal de alzada dentro de las 24 hs*..."; o se deniega, en cuyo caso "…*entenderá dicho tribunal en el recurso directo que deberá articularse dentro de las 24 hs. de ser notificada la denegatoria*".

d) El recurso de nulidad

El recurso de nulidad está comprendido dentro del de apelación (art. 253, del Código Procesal) pero mientras la finalidad de este último es lograr la revocación de un pronunciamiento que se estima injusto por errores en la aplicación de normas jurídicas o en la apreciación de los hechos, el objeto del primero es nulificar el trámite cumplido por ocurrencia de errores *in procedendo.*

Ahora bien, como estos errores del ritual se deben alegar a través del incidente respectivo, y siendo inadmisibles en el amparo conforme lo dispuesto por el artículo 16, la única posibilidad que tiene el agraviado es promover desde la apelación sus críticas sobre tales defectos encontrados.

e) Los recursos extraordinarios

Proceden recursos extraordinarios cuando el gravamen se denuncia sobre aspectos que contiene la sentencia definitiva. Si el pronunciamiento no reviste este carácter, queda postergado el camino al estar pendientes de recorrido otras sendas alternativas o complementarias que permiten ampliar el conocimiento logrado en la instancia restringida del amparo.

Así lo declara el art. 13 de la Ley de Amparo cuando establece que:

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".

El problema estriba en resolver que tipo de *res judicata* consigue el amparo, oscilando las respuestas entre las dos variables conocidas de la cosa juzgada formal (que admite reedición) y material (definitividad del fallo).

Ahora bien, el presupuesto o requisito de admisión para el recurso extraordinario federal (art. 14 de la Ley 48) es que se deduzca contra sentencias definitivas emanadas del Superior Tribunal de la Causa, sin perjuicio de otras condiciones de admisibilidad.

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 mismas que muestra el desarrollo de causas diferentes.

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, de acuerdo con lo ya expuesto.

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.

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 excpecionales como la gravedad institucional o la trascendencia del recurso.

> Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, "aun cuando no se exhibe suficientemente cumplido el recaudo atinente a la demostración del carácter definitivo del pronunciamiento que se recurre por la vía del art. 14 de la ley 48, en función de la insuficiencia, imposibilidad o tardía reparación ulterior del agravio alegado, la invocación de gravedad institucional –traducida en la manifestación- acerca de que lo resuelto trasciende el mero interés de las partes por cuanto compromete la recaudación de la renta pública, a los que se añade la importancia de los montos comprometidos, torna procedente en el amparo, el acceso al mentado remedio (CS, junio 16-1994, *F.R.E.C.A. s.a. c/ Estado Nacional –SE.NA.SA.,* La Ley, 1994-E, 206).
>
> Criterio que ha repetido en amparos de tutela sobre derechos de incidencia colectiva, donde agregó que: "la determinación de las repercusiones que sobre el medio ambiente podría acarrear la poda de árboles en un área por cierto extendida, la eventualidad de su reemplazo por otras especies, la ponderación de la adecuación de estas últimas a los fines de preservar aquel medio, entre otras cuestiones, requiere necesariamente de la realización de pruebas cuya complejidad excede claramente el limitado ámbito de conocimiento que importa la vía de amparo, solución que se corrobora si se tiene en cuenta la repercusión de una decisión sobre el punto que no puede seriamente adoptar sin aquellos recaudos" (disidencia de los ministros Levene, Fayt y López, noviembre 17-1994, *Louzán, Carlos A. c/ Estado Nacional –Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos de la Nación*, La Ley 1995-E, 375, con nota de Lino E. Palacio).

81. Las costas en el amparo

El artículo 17 deriva al código procesal como norma supletoria, 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 mortalidad rápida y urgente que pondera el trámite del juicio de amparo.

Respecto a la condena en costas, hemos de observar la regla general que aplica la ley amparista, consagrando el principio objetivo de la derrota, y la excepción cuando el motivo que provoca el proceso constitucional resulta abstracto al tiempo de tener que evacuar el informe.

Esto último, de alguna manera, se asemeja al criterio subjetivo de ponderación causídica, que en el código adjetivo significa liberar al derrotado de las costas procesales cuando el juez interpreta distintos tipos de comportamientos que por su entidad e importancia, permiten la exoneración a pesar de ostentar la calidad de vencido.

No obstante, la ley es clara: si el acto que motivó la promoción cesó al tiempo de contestar el informe, *no procede imponer costas*. Por tanto, también esta apreciación es objetiva e impide utilizar la regla de apreciación del segundo párrafo del artículo 68 del código procesal.

81.1 Cuestiones a resolver

Planteada en estos términos, la cuestión interroga acerca de la posibilidad de aplicar principios jurisprudenciales distintos cuando surgen situaciones donde no existe un claro y objetivo "vencedor".

Asimismo, hemos de recordar que la misma naturaleza del amparo cuestiona su condición de juicio controvertido, calidad esencial y de gran trascendencia para resolver una condena en costas.

La apreciación objetiva puesta de manifiesto, requiere observar –como factor de imputación- el éxito de la pretensión material (constitucional). Asimismo, sólo las partes pueden soportar la obligación dispuesta, y en la medida que exista un pronunciamiento judicial expreso.

a) Naturaleza del amparo a los fines de las costas

Va de suyo que la condena en costas preceptúa un resultado que atiende el enfrentamiento entre intereses en pugna.

En nuestro sistema procesal, la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos a la contraria, aunque ésta no los hubiera pedido, siempre y cuando el juez no encontrara mérito para eximirla total o parcialmente de esta responsabilidad.

El principio general estriba en el hecho objetivo de la derrota, pero deja al magistrado un margen de libertad suficiente que resguarda la equidad de la decisión.

Ahora bien, ¿esta flexibilidad de criterio, se adapta al juicio de amparo?

La condición de proceso controvertido es el único que posibilita encontrar un derrotado, magüer las dificultades de resolución que tiene en el proceso de amparo.

Las distintas singularidades del trámite (v.gr.: no hay una contestación formal y solemne a la demanda, sino un informe circunstanciado que pone en crisis la absoluta identidad con el principio de contradicción) no impiden señalar la bilateralidad del proceso, lo cual indica un procedimiento con pretensiones contrapuestas, suficiente para hallar un vencido a los fines que nos interesa destacar.

b) La calidad de "vencido"

Este concepto tampoco puede tener una lectura común, pues las posibilidades que tiene un proceso permite que la otra parte resulte ser vencedora o vencida según la decisión judicial que se adopte en distintos momentos del proceso.

En razón de ello, las costas son un instituto diferenciado de la sentencia definitiva o de la interlocutoria que decida artículo; gozan de autonomía, al punto que se pueden encontrar "vencidos" en el fondo de la cuestión material considerada, y ser exonerado de los gastos causídicos en atención a contingencias que ponderen llegar a esa decisión.

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 la condena procesal, sino una .justa distribución en el reparto o distribución de los gastos causídicos.

Lo objetivo es una pauta clara y explícita de fácil resolución. Encontrar un vencido, determinar el carácter abstracto de un tema, asignar un resultado, etc.

Lo subjetivo, en cambio, permite manifestar apreciaciones personales de quien decide que**,** debidamente fundamentadas, pueden variar el sentido objetivo que correspondería asignar a una condena en costas.

En materia de amparo, esa subjetividad no es ajena para imputar gastos procesales, porque la regla del art. 14 citado, si bien no persigue definir la intención del derrotado, encuentra numerosas excepciones que elimina la rigidez del precepto.

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.

81.2 Las excepciones al principio objetivo.

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:

a) ***Pronunciamiento expreso sobre costas*****.**

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 no lo hubieren solicitado.

La ausencia de sentencia en costas se resuelve con los remedios procesales pertinentes, y si nada se articula contra la omisión, debe interpretarse que aquellas se han partido en mitades.

La Ley de Amparo no se refiere al respecto, por lo cual debe regirse por las modalidades comunes de la materia. Siendo así, y de no mediar aclaratorio de parte, deben entenderse distribuidas en el orden causado, es decir que cada parte afrontará sus propios gastos y asumirá por mitades los que son comunes.

b) Imposición de costas de acuerdo con la naturaleza de la cuestión.

La naturaleza constitucional del amparo pone ciertas dudas respecto de la posible desinteligencia en las normas que funden la pretensión, al ser éstas suficientemente conocidas y ponderar garantías de notable supremacía sobre los derechos comunes. Sin embargo., no puede soslayarse 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 dudoso derecho.

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 de este camino exonerante, el cual es posible utilizar cuando la conducta del actor es manifiestamente dirigida a sostener un derecho sin suficiente debate y aclaración (V.gr: amparo contra un acto lesivo al honor; derecho a réplica, etc.); o bien, cuando el rechazo del amparo se debe a variaciones jurisprudenciales, o normas de reciente sanción.

c) Eximición de costas por cuestiones de hecho.

Se trata en estos casos de advertir como la confusión incide en el litigante que resulta vencido, a raíz de secuencias sucesivas de la conducta de la contraria que la llevan a plantear la pretensión como una forma de amparar derechos presuntamente desprotegidos.

Serían procesos constitucionales dirigidos a controvertir actos de la administración que son posiblemente solucionables ante esa vía pero que, por la misma burocracia, impiden concretar los acuerdos que al responder el informe, eventualmente, se aleguen.

d) Convicción de obrar ajustado a derecho.

Esta causal es más limitada, y exige de una profunda consideración en el amparo. Ocurre que la existencia de una razón fundada para litigar no tiene

autonomía para concretar la eximición de costas, de manera que su sóla invocación no constituye argumento suficiente para su procedencia.

No obstante la razonable presencia de un derecho fundamental en trance, aun cuando resulte rechazado en el juicio por no tenerlo bajo la premisa de peligro o inminencia de agresión, no supone la imposición consecuente de la regla objetiva, mientras pueda atenderse la buena fé en el obrar.

81.3 Conclusiones

En el proceso de amparo rige el principio objetivo de la derrota, expresado a través de dos manifestaciones posibles:

1) el vencimiento en la pretensión constitucional, que demuestra la instauración de un vencido que habrá de ser condenado en costas; y

2) la cuestión abstracta que toma cuerpo con el cumplimiento de¡ acto al tiempo de tener que ofrecer el informe circunstanciado, originando con ese acto, la no distribución de gastos causídicos.

En este último supuesto, las costas deben entenderse imputadas en el orden causado.

No obstante, no existe rigidez en estos principios, toda vez que la objetivación del caso requiere de un análisis particular de los casos constitucionales planteados, permitiendo encontrar salidas alternativas, debidamente fundamentadas, a través del estudio de los comportamientos en el proceso.

Bibliografía de la segunda parte: Amparo

Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1984.

Andolina, Italo – Vignera, Giusseppe, *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*, editorial Giappichelli, Torino, 1990.

Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos,* editorial Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.

Badeni, Gregorio, *Reforma Constitucional e instituciones políticas*, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1994.

Bandrés Sanchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional,* editorial Aranzadi, Pamplona, 1992.

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

Bidart Campos, Germán J. - Sagüés, Néstor Pedro, ed alter, *El amparo constitucional,* editorial Depalma, Buenos Aires, 1999.

Bidart Campos, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1968, pág. 338.

Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de constitucionalidad*, editorial Bosch, Barcelona, 1995.

Brewer Carías, Allan R., *El derecho de amparo en Venezuela,* en "Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica", editorial UNAM, México, 1992.

Cascajo Castro, José L.- Gimeno Sendra, Vicente, *El recurso de amparo,* editorial Tecnos, Madrid, 1992.

Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva,* editorial Bosch, Barcelona, 1994.

Cordón Moreno, Faustino, *El proceso de amparo constitucional,* editorial La Ley (2ª), Madrid, 1992.

Fernández Segado, Francisco – García Belaúnde, Domingo, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* editorial Dykinson, Madrid, 1997.

Fix Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo,* editorial UNAM, México, 1993.

García Belaúnde, Domingo, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo,* en Revista La Ley, 1998-E, págs. 1175 y ss.

García Morillo, Joaquín, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 1994.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales*, 2ª edición Ediar, Buenos Aires, 1998; *Derecho de Amparo*, editorial Depalma (2ª), Buenos Aires, 1998. *Responsabilidad ambiental,* editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999. *La Justicia Constitucional*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.

Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, editorial Juriscentro, San José de Costa Rica, 1995.

Jimenez, Eduardo, *Garantías Constitucionales,* editorial Suarez, Mar del Plata, 1997.

Marienhoff, Miguel S., *La acción popular,* en Revista La Ley, 1993-D, págs. 682 y ss.

Maunz, Theodor – Schmidt-Bleibtreu, Bruno – Klein, Franz – Ulsamer, Gerhard, *Bundesverfassunggerichtgesetz,* München, 1992.

Morello, Augusto Mario – Vallefín, Carlos, *El amparo. Régimen Procesal,* editorial Platense, La Plata, 1992.

Morello, Augusto Mario, *Posibilidades y limitaciones del amparo,* en Revista El Derecho dedl 22/11/95.

Ortecho Villena, Víctor Julio, *Jurisdicción y procesos constitucionales,* editorial Rodhas (3ª), Lima, 1997.

Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil, tomo VII,* editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982; *La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994,* en Revista La Ley 1995-D, págs. 1240.

Quiroga Lavié, Humberto, *La reforma de la Constitución Nacional*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1994. *El amparo colectivo*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1998. *Actualidad en la jurisprudencia sobre amparo*, Revista La Ley, 1996-E, págs. 1057 y ss.

Rivas, Adolfo Armando, *Amparo*, editorial La Rocca, Buenos Aires, 1987. *El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina,* Revista La Ley 1994-E, págs. 1332. *Vigencia constitucional y derogación de la Ley 16.986*, en Revista Jurisprudencia Argentina, del 4/9/96. *El plazo de caducidad en el amparo*, La Ley del 1/6/2000.

Rondón de Sansó, Hildegard, *Amparo constitucional*, editorial Arte, Caracas, 1988.

Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional-Acción de amparo,* editorial Astrea (5ª)Buenos Aires, 1995; *Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional,* Revista La Ley, 1994-D, pág. 1151 y ss. *La interpretación judicial de la Constitución,* editorial Depalma, Buenos Aires, 1998; *Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario del amparo (a propósito de la voluntad del constituyente)*, en Revista La Ley 1995-D, págs. 1519 y ss.

Saja, Francesco, *L´efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento,* en "Quaderni Costituzionali", Anno IX nº 1, Aprile 1989, págs. 7 y ss.

Salomoni, Jorge L., *Teoría General de los servicios públicos,* editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

Silvestri, Gaetano, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale,* en "Quaderni Costituzionali", Anno IX nº 1, Aprile 1989, págs. 61 y ss.

Vallefín, Carlos A., *El amparo desde la Constitución a la jurisprudencia,* en Revista Jurisprudencia Argentina del 16/6/97.

INDICE GENERAL

1ª Parte: Principios Generales del Derecho Procesal Constitucional

Capítulo I: La autonomía del derecho procesal constitucional

1. Introducción
2. Fundamentos
   2.1 Origen histórico: El control del ejercicio del Poder
   2.2 Origen doctrinario: La jurisdicción constitucional
3. El nombre de la disciplina
4. Ubicación de la ciencia. Autonomía científica
5. Contenidos mínimos de la disciplina
6. Los contenidos desarrollados del derecho procesal constitucional

Capítulo II: Jurisdicción constitucional

7. El significado de la jurisdicción
   7.1 La jurisdicción como poder
   7.2 *La jurisdicción como deber*
8. Las funciones esenciales de la jurisdicción
9. La defensa de la Constitución
10. El control de la constitucionalidad de las leyes
    10.1 El sistema jurisdiccional
    10.2 *El sistema político,*
    10.3 *Los tribunales constitucionales*
11. Las técnicas para efectivizar el control de constitucionalidad
    11.1 La técnica en el control difuso
    11.2 *La técnica en el control concentrado*
    11.3 *El control político*
12. Balance de los sistemas.

Capítulo III. Control de constitucionalidad

13. Requisitos para el control en los sistemas difusos
    13.1 *Pedido de parte interesada; a) La legitimación para plantear la cuestión constitucional*
    13.2 *Actualidad del perjuicio*
    13.3 *Demostración efectiva del conflicto normativo*
    13.4 *Cuestión justiciable*
    13.5 *Caso concreto (no abstracto)*
14. Requisitos para el control de constitucionalidad en los sistemas concentrados
    14.1 *Los bloques de constitucionalidad*

14.2 *Las sentencias del Tribunal Constitucional*

14.3 *La cosa juzgada*

15. El control en los sistemas políticos.

Capítulo IV. La magistratura constitucional

16. Jueces constitucionales

16.1 *¿Tienen jurisdicción?*

16.2 *¿No invaden la tarea legislativa?*

16.3 *¿Se reconocen por la materia o por sus poderes?*

17. Ventajas de los tribunales constitucionales (Addenda).

Capítulo V. Las garantías

18. Concepto

19. Las modalidades de las garantías

20 Clasificación de las garantías

20.1 *Las garantías individuales*

20.2 *El derecho subjetivo público y las garantías individuales*

20.3 *Garantías individuales y derechos humanos*

20.4 *Las garantías colectivas*

20.5 *Las garantías procesales*

21. Codificación de las garantías

22. Suspensión de las garantías. Instrumentos inalterables (Addenda).

Capítulo VI. Garantías constitucionales

23. Nociones previas

24. La acción como garantía constitucional

24.1 *La acción y el derecho a la tutela judicial efectiva*

24.2 *El derecho a la jurisdicción*

25. Garantías de la jurisdicción

26. La protección efectiva de los derechos y garantías de la jurisdicción

26.1 *La garantía de defensa*

26.2 *El derecho a la asistencia jurídica idónea,*

a) *el derecho al abogado*

b) *la defensa técnica idónea*

c) *la autodefensa*

d) *la asistencia jurídica gratuita.*

Capítulo VII. El debido proceso

27. Introducción. Debido proceso "procesal" y "sustancial"

28. Los Tratados y Convenciones supranacionales

29. Garantías generales en el debido proceso

29.1 *El debido proceso y las garantías generales*

29.2 *Autoridad del proceso e imparcialidad*

29.3 *Derecho al proceso rápido, sencillo y eficaz*

30. El debido proceso y las garantías específicas

30.1 *La legitimación: un problema constitucional*

30.2 *El derecho a la prueba*

30.3 *Derecho al recurso (doble instancia)*

30.4 *Efectividad de las sentencias: el derecho a la ejecución.*

Capítulo VIII. El debido proceso sustancial

31. Contenidos mínimos

32. La seguridad jurídica

32.1 *Interpretación del principio*

32.2 *Derechos preferidos en el debido proceso sustancial*

32.3 *El debido proceso sustancial en la doctrina*

33. La oportunidad de audiencia y prueba

34. La fundamentación de las sentencias,

34.1 *El derecho a la fundamentación de todos los actos de decisión jurisdiccional*

34.2 *El principio de legalidad instrumental*

34.3 *La subsanación de los defectos en el proceso constitucional*

35. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

Capítulo IX. El debido proceso penal

36. Objeto a considerar

37. ¿Proceso o garantía?

38. Defensa en juicio y debido proceso,

39. La garantía del Juez natural

40. El derecho a ser informado de la acusación. Principio de congruencia

41. La publicidad del proceso penal

42. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

43. El garantismo procesal y la dualidad de posiciones en el proceso penal

44. El estado de inocencia

44.1 *La valoración de la prueba frente al principio de inocencia*

44.2 *La confesión y el principio de inocencia*

44.3 *Las pruebas de la autoincriminación*

44.4 *La violación de derechos individuales en la persecución de prueba condenatoria*

45. La legalidad de la prueba

45.1 *Los testigos no identificados*

45.2 *La conducta del imputado en el proceso*

46. La reparación por error judicial

2ª Parte: El amparo

Capítulo X: El amparo

47. El amparo como derecho a la tutela judicial
48. El amparo como derecho constitucional
49. El amparo como proceso o garantía específica
50. La influencia de los Tratados y leyes incorporados al texto constitucional
51. Tipos o modalidades en el proceso de amparo
52. Naturaleza jurídica del amparo

Capítulo XI: Admisibilidad del amparo. El acto lesivo

53. Características principales del derecho de amparo
54. ¿Cómo funciona la garantía de los derechos que el amparo promete?
55. El acto lesivo. Presupuestos para la admisión formal
    - 55.1 Acto
    - 55.2 Omisión
    - 55.3 Autoridad pública
    - 55.4 Actos de particulares
    - 55.5 Actualidad
    - 55.6 Inminencia
    - 55.7 Amenaza
    - 55.8 Lesión, alteración o restricción
    - 55.9 La arbitrariedad o ilegalidad
    - 55.10 Ilegitimidad
    - 55.11 Gravedad manifiesta
56. Supuestos de improcedencia
    - 56.1 Actos provenientes del Poder Judicial
    - 56.2 Aplicación de la Ley de Defensa Nacional
    - 56.3 Afectación de servicios públicos o actividades esenciales del Estado
    - 56.4 Necesidad de mayor debate y prueba

Capítulo XII: Admisibilidad del amparo. Vía directa o subsidiaria

57. Vía principal, no subsidiaria
58. Condiciones vigentes no reformadas por la Constitución Nacional
    - 58.1 Las vías previas
    - 58.2 Las vías paralelas o jurisdiccionales
59. Opinión de la doctrina

Capítulo XIII: La legitimación procesal

60. Ideas generales

61. La legitimación procesal en el amparo federal

62. El carácter de afectado

63. Los intereses legítimos en el amparo

63.1 Jurisprudencia general

63.2 Legitimación de consumidores, usuarios y asociaciones

63.3 Legitimación en materia ambiental y demás derechos difusos

63.4 Legitimación del Defensor del Pueblo

63.5 Jurisprudencia complementaria

64. ¿Quién tiene legitimación para reclamar por los disturbios que suceden en el fútbol profesional?

64.1 ¿Proceso común o proceso constitucional?

64.2 La legitimación en los procesos de daños y en el proceso de amparo

64.3 Las acreditaciones que dan paso a la instancia

64.4 ¿La víctima o el afectado?

64.5 El amparo colectivo

64.6 ¿Acción popular?

64.7 Las justas partes

a) El demandado

b) La legitimación en el amparo

64.8 La legitimación de la Asociación del Fútbol Argentino

Capítulo XIV: El proceso de amparo. Etapa de postulación

65. Régimen legal

66. La competencia en el amparo

66.1 Generalidades

66.2 Competencia por razón de grado

66.3 Competencia por razón de la materia

66.4 Competencia por razón del lugar

66.5 Competencia originaria

66.6 La declaración de incompetencia sin petición de parte

67. Los sujetos procesales en el amparo

67.1 El actor

67.2 El demandado

67.3 Bilateralidad del amparo

67.4 La intervención de terceros

68. La demanda de amparo

68.1 Los hechos

68.2 El derecho

69. El rechazo “in limine”. Teoría de la reconducción

70. El plazo para deducir el amparo

Capítulo XV: El proceso de amparo. Etapa de constitución de la litis

71. La “litiscontestatio”. Informe del sujeto pasivo

    71.1 La información simple sin prueba. Efectos sobre la documentación

    71.2 Información y contestación sin prueba. Efectos

    71.3 La omisión del informe ¿Hay rebeldía o incontestación?

72. El ofrecimiento de prueba

    72.1 Medios de prueba

    72.2 Carga de la prueba

    72.3 Control judicial sobre la prueba

73. La audiencia de prueba

    73.1 Problemas que plantea

        a) Notificación de la audiencia
        b) Incomparecencia del actor a la audiencia
        c) Incomparecencia del demandado

74. Aseguramiento de la prueba. Medidas provisionales

75. *El amparo y la prevenciòn de los daños. Addenda*

    75.1 Nociones sobre la tutela inhibitoria

    75.2 Modalidades de la tutela inhibitoria

    75.3 Tutela jurisdiccional y técnicas de protección anticipada

    75.4 Las acciones inhibitorias en el derecho argentino

    75.5 Características de la tutela inhibitoria en relación al amparo

    75.6 Paralelos de la tutela inhibitoria con la tutela urgente

    75.7 El amparo como régimen pertinente para la tutela inhibitoria ¿acierto o error?

    75.8 Conclusiones

Capítulo XVI: El proceso de amparo. La sentencia

76. La sentencia en el amparo

    76.1 Las sentencias de los Tribunales Constitucionales

    76.2 Las sentencias de la jurisdicción difusa

77. La cosa juzgada en el amparo

    77.1 Efectos de la sentencia en la jurisdicción concentrada

    77.2 Efectos de la sentencia en la jurisdicción difusa

    77.3 Efectos de la sentencia y cosa juzgada

    77.4 La cosa juzgada en el amparo colectivo

78. El plazo para dictar sentencia

79. La declaración de inconstitucionalidad

    79.1 El pedido de parte interesada

    79.2 Necesidad de caso concreto

    79.3 Desarrollo jurisprudencial

79.4 Los proyectos de ley reglamentaria

79.5 La vía directa de art. 43

Capítulo XVII: El proceso de amparo. Recursos contra la sentencia. Costas

80. Recursos admitidos en el amparo

80.1 Los recursos posibles en el amparo argentino

a) Reposición
b) El pedido de aclaratoria
c) El recurso de apelación
d) El recurso de nulidad
e) Los recursos extraordinarios

81. Las costas en el amparo

81.1 Cuestiones a resolver

a) Naturaleza del amparo a los fines de las costas
b) La calidad de vencido

81.2 Las excepciones al principio objetivo

a) Pronunciamiento expreso sobre costas
b) Imposición de costas de acuerdo con la naturaleza de la cuestión
c) Eximición de costas por cuestiones de hecho
c) Convicción de obrar ajustado a derecho

81.3 Conclusiones