Parte II

588 blanca

Capítulo VI

Los procesos constitucionales

178. Introducción

178.1. Al final de cada siglo la intensidad de los cambios aparecen más visibles. Quizás sea la esperanza, o se incentive la ilusión, pero en todo tiempo se 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 normativa.

178.2. 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 la influencia política y económica.

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".

En esta parcela, la idea de un derecho global parecido al esquema teórico de los derechos naturales, es propio de ejemplos que se constatan en las garantías jurisdiccionales que influyen en conceptos como el debido proceso, para identificar un sentido común de aplicación. Lo mismo ocurre con la trascendencia en el derecho interno de los fallos de la justicia transnacional.

178.3. 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 eliminado o superado 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.

178.4. 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 a varios interrogantes que enseguida atenderemos.

179. Influencia transnacional de la producción normativa

179.1. En el plano de la evolución normativa existe un punto común donde se reúnen ideales compartidos que han perseguido, desde siempre, afianzar el destino de los hombres a partir del conocimiento de sus derechos.

Fue así como el derecho romano planteó un modelo o arquetipo por el cual cada conflicto hipotético en la sociedad tenía una respuesta legal y un sistema de representación ante los jueces para resolver las controversias suscitadas.

La utopía de la comunidad universal que apresaba el imperio romano entronizó el *jus comune;* éste se proyectaba en sus lugares de poder y dominación bajo la coherencia intrínseca del orden jurídico homogéneo.

Propiamente, era un método destinado a perdurar; una ética o una moral dispuesta como modelo y, en definitiva, un conjunto de reglas afianzadas por la fuerza y la persuasión sobre la conveniencia del respeto.

179.2. Es el mismo temperamento que va a tener la iglesia cuando, en la edad media, confluye con sus principios y modifica los procedimientos conocidos dándoles un profundo sentido religioso. Se conservan las reglas y se compilan las disposiciones de varios siglos, bajo la forma totalizadora del inventario.

Al mismo tiempo sucede el desmembramiento de los imperios. Las regiones y los intereses se agrupan originando normas particulares fuertemente influidas por los usos y costumbres. Germina un nuevo orden jurídico dispuesto hacia adentro, pero sin mayores creaciones o novedades respecto al dogma del derecho tradicional.

179.3. Tiempo después ocurre un hecho trascendente. Se socava la autoridad y el misterio eclesiástico que poseía, sobre todo, la iglesia católica;[1] en adelante, cualquiera podía interpretar el destino mortal de las sagradas escrituras y extraer sus propias conclusiones.

Es el tiempo de las ciencias (Copérnico, Newton, entre otros) y de los descubrimientos, con una gran incidencia en las conductas humanas que comienzan a percibir el valor de las idiosincrasias y las pertenencias singulares.

---

[1] La reforma protestante rompió el dogma del papel intermediario de la iglesia e introdujo la inmediación personal entre el creyente y las escrituras. Las consecuencias de este principio serían inmensas, en especial para el desarrollo de la ciencia, más allá de las suspicacias de Lutero y Calvino (*Cfr*. NÚÑEZ, Carlos Raúl, *Codificación, Tecnología y Modernidad —La muerte de un paradigma—,* Ara, Lima Perú, 1996, pp. 25 y 26.

Surge la noción de "derecho natural" y la fragmentación de los principios totalizadores que tenía hasta allí el mentado *jus comune*. El primero pregonando la tesis de regular matemáticamente las conductas sociales a partir de una serie de proposiciones jurídicas de la naturaleza humana. La segunda, es consecuencia política de la creación de los Estados al requerir un sistema normativo para autorregularse.

179.4. La recopilación de las leyes fue consecuencia lógica y esperada de la acumulación de poder en las autoridades centrales. Cada uno solicitó una sistemática que evitara el uso de las habitualidades como reglas de conductas, o la aplicación de las costumbres, como modelo para resolver los conflictos.

Las recopilaciones no creaban un derecho particular, sólo continuaban las disposiciones de otrora dándoles un orden sin demasiada meticulosidad. Son ejemplos de esta ardua tarea, las leyes de indias, o los digestos, o el *swabspiegel* que era una simetría absoluta con los hasta allí existente.[2]

179.5. A mediados del siglo XVIII se avizora un cambio de mentalidad: el derecho reunido en un orden jurídico no respondía con suficiente certeza por la inseguridad que traía el desconocimiento sobre qué leyes estaban vigentes.

La era de la certidumbre y el orden da lugar al tiempo de la codificación. Bien se ha dicho que:

> [...] la codificación es uno de los productos más acabados y llamativos del Iluminismo y de la cultura occidental moderna, una de sus expresiones formales más genuinas; se trataría de una obra tardía, más que de una producción antigua o medieval. Esta parece ser la posición más razonable. Se pecaría de anacronismo si se conjetura que la codificación es un fenómeno del mundo antiguo o medieval o propio de cualquier civilización que haya condensado sus normas coercitivas. Desde el momento que las condiciones materiales o ideológicas eran diversas, tal propósito constituiría, como ha puntualizado bartolomé clavero, un imposible histórico, y una interpolación fatal habría sido pensar en códigos antes de una innovación tecnológica como el surgimiento de la imprenta.[3]

El código dio respuesta al criterio racionalista que caracteriza el tiempo donde transcurre. Si bien es posible encontrar codificaciones desde el siglo VII, el rol auténtico de estos modelos orquestados a partir de un sistema y un método, son propios del siglo XVIII que es cuando se inicia la obra en Baviera y Prusia.

179.6. Además, no puede descartarse el fenómeno revolucionario de la técnica, que trae consigo importantes manifestaciones y claras repercusiones en la tarea de codificar. En primer lugar, la imprenta permitió eludir (eliminar) el uso del latín dando espacio a los moldes gráficos y a la expansión de los productos impresos. La ley dejaba de ser conocida por algunos para llegar a una dimensión superior. En segundo

---

[2] *Cfr*. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales del derecho privado,* Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1995, p. 11.

[3] BARTOLOMÉ CLAVERO, *Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio (quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno),* Firenze, Italia, 1989. *Cfr*. NÚÑEZ, ob. cit., p. 29.

término, los primeros códigos revirtieron la obra colosal (por su peso y tamaño) de las recopilaciones, al quedar presentados sistemáticamente con contenidos breves aunados en un sólo concepto: la ley.

179.7. Los códigos se redactan con un obsesivo afán de claridad,[4] donde son ejemplos grandilocuentes el Código Napoleón con sus floripondios en el lenguaje, y la belleza gramatical del Código Civil de Andrés Bello. Esta es una diferencia intrínseca con las recopilaciones, que desde otra perspectiva, utilizaron una técnica expresiva barroca, con reiteradas insistencias conceptuales (en razón de compilar leyes de naturaleza diversa —civiles, penales, mercantiles, políticas, fiscales, procesales, etc.— y teñidas de una retórica de difícil lectura.

La codificación tiene un éxito notable. Se difunde por Europa en el siglo XIX y hegemoniza los modelos normativos. Al mismo tiempo, venía acompañando la formación del Estado moderno un suceso paralelo: el constitucionalismo.

Por eso, tanto los códigos como las leyes fundamentales gozan de una similar contextura. Pretenden claridad y orientación y asumen el rol de ser la mejor representación de soberanía de los nuevos Estados. Cada uno tiene su propia constitución y sus códigos de fondo.[5]

De todas maneras, pese al paralelismo histórico, cada Constitución tiene presente en su propia condición una calidad singular. Esta es la aspiración que refleja Häberle cuando dice:

> [...] "el tener siempre bien presente el contenido nacional específico de cada Derecho constitucional de un Estado concreto o país es lo que, en último término, puede evitar que se incurra en el error de reducir "a común denominador" de forma precipitada justamente aquello que debe ser y permanecer "diferente"; piénsese en los preámbulos de textos legales en cuanto a su dimensión de resumen expositivo de la historia nacional, en las garantías de las festividades nacionales y en tantos otros textos repletos de símbolos.[6]

179.8. Desde entonces arrolla un movimiento transformador en la política legislativa. Cada Estado retoma valores y prosapias que busca jerarquizar a partir de un sistema básico de derechos fundacionales y fundamentales. Con el mismo objetivo de asegurar el derecho evitando la incertidumbre, se predica y alienta el esquema meditado de los códigos y las constituciones.

---

[4] NÚÑEZ, ob. cit., p. 27.

[5] Sostiene Núñez que "la identificación de la Constitución y de los códigos con el Estado Nacional al cual pertenecían sería uno de los rasgos centrales de la modernidad jurídica durante más de dos siglos. Por otro lado, la dogmática erigida desde la aparición de los códigos evidenciaría un marcado carácter nacional y habría de referirse prioritariamente a la legislación vigente en el Estado que la producía (ob. cit., p. 49).

[6] HÄBERLE, Peter, *Derecho Constitucional Común Europeo,* trad. de Emilio Muranda Franco, en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*, coordinador Antonio-Enrique Perez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 212.

Ellos tenían la inmutabilidad del paradigma. Es la idea de resolver de una vez y para siempre bajo la sombrilla de la ley por todos conocida y aceptada.

Una semblanza de cada ordenamiento muestra un orden normativo público en el espacio de las leyes fundamentales destinado a regular al Estado; y otro orden jurídico privado que con los códigos obtenía un estatuto orgánico para disciplinar las relaciones de la sociedad.

179.9. En definitiva, había nacido el paradigma. Concepto bien acuñado a partir de la rigidez constitucional, pues debía permanecer en sus términos como un baluarte de ejemplos sociales y políticos a seguir en la medida que, siendo las libertades la base esencial del sistema, no podía pensarse en modificarlos. Por eso y para eso las constituciones fueron leyes fundamentales afianzadas por los modelos de permanencia y eternidad.

El siglo XIX afirmó y desarrolló los sistemas constitucionales. También se consolidaron las normas codificadas del derecho privado. Ambos, aparecían como esquemas sólidos, precisos y eficaces para regular la sociedad civil y el equilibrio entre poderes de un Estado.

Las primeras regulaciones de procedimientos tuvieron la misma intencionalidad: establecer una secuencia ordenada para la presentación y resolución de conflictos intersubjetivos. No había diferencias en la función de los jueces. El deber de juzgar aislado de los hechos y con el peso del derecho fue el don que los caracterizó. *Dura lex sed lex* esa fue la impronta.

179.10. Pero la sociedad no era ya la misma. Existía una clara despersonalización en las relaciones individuales. La explosión demográfica provocaba una sociedad de masas, en la clara definición de Ortega y Gasset; era un tiempo de anonimatos y una modificación profunda en los comportamientos al incentivarse los modelos económicos y las culturas egocéntricas imponiendo modas y predilecciones.

De pronto, la codificación sufre el impacto. Los sistemas de procedimientos creados hasta allí no hacían más que aplicar reglas precisas y mecánicas que la justicia sólo debía cumplir. Esta situación, fundada en la ideología de la revolución francesa que no confiaba en los jueces más que para ser ciegos artífices de la operatividad legal, no era la misma. Llevaba a injusticias manifiestas por la impermeabilidad de la ley a las circunstancias de hecho.

En adelante los jueces debían elaborar un trabajo sistémico de adecuación a los tiempos y necesidades. El problema estaba en que, desde fines del siglo XVII, a la justicia ordinaria le estaba permitido únicamente aplicar las normas, sin darles alcance ni inteligencia. Ese, no otro, era el mensaje acuñado por Montesquieu.

179.11. La aventura hacia una justicia con mayores poderes y deberes queda reflejada, principalmente, en Italia (1940), y prontamente se transmiten los resultados por toda Europa y América.

La inmutabilidad normativa tuvo en los jueces una vía de elusión. En realidad, la interpretación judicial permitió elastizar algunos conceptos y recrear instituciones

que estaban presentadas como programas a elaborar. La jurisprudencia, con su encanto e imaginación, amplió los límites codificados y constitucionalizados.

Esta situación plantea en el siglo XX una auténtica revolución. La sólida estructura de los códigos y la férrea implementación de las leyes fundamentales, perdieron consistencia cuando los jueces iniciaron el proceso de interpretación.

La utilización de legislación extranjera, y la asimilación interna de las sentencias de otros países, era imprescindible por el grado de adelanto que algunos tenían respecto a la lectura aplicada de los cambios ideológicos y las transformaciones industriales.

Era tan fenomenal y rápida la celeridad de los tiempos que no había respuesta eficaz para las renovaciones sociales y sus nuevas pertenencias. Del individualismo dominante en el siglo anterior se posicionaba una cultura que entronizaba lo social.

179.12. De este modo, tanto los códigos con sus monosistemas rígidos y estancos; como las constituciones, con sus declaraciones y principios intangibles para el hombre, observaron como se agrietaron los sistemas.

Desde mediados de siglo, por señalar una fecha caprichosa aunque probable, se encuentra en el mundo una increíble inflación legislativa.

Los pequeños reductos codificados que simplificaron el estudio de las instituciones, se desmorona con la producción normativa individualizada; comienzan los estatutos especiales y una construcción singular que abre surcos en la unidad constitucional o en los códigos vigentes.

Era lógico, la aparición de nuevas tecnologías, un mercado económico diversificado, reglas de abastecimiento y consumo diferentes, la producción de bienes y servicios nuevos, el seguro colectivo, entre tantas manifestaciones, no habían sido previstas en las estructuras legales conocidas hasta entonces.

La visión totalizadora debió replantearse. Ya no era el ciudadano el centro de las preocupaciones; ahora, se despersonaliza para atenderlo en función de sus conductas y necesidades.

179.13. El derecho constitucional también elaboró en sus Normas Fundamentales el mismo concepto de "paradigmas". Esta teoría ha tenido la virtualidad de resaltar que la idea de los derechos humanos se realiza y desarrolla siempre dentro de una tradición cultural masificada y uniforme.[7]

---

[7] Bien se ha dicho que "los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiraron las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ese contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho" (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos*

Claro fue que con las rupturas ideológicas y las situaciones cambiantes en el funcionamiento de las garantías, claramente observado, por ejemplo, en la dinámica de la justicia constitucional, determinó también aquí, que se hablara de una época trastornada. Una sustitución de paradigmas y el tiempo de la descodificación.

Una situación similar se da en el derecho procesal. Y existen muchos ejemplos que testimonian los tiempos de cambio.

Estas son voces a las que tenemos que ir adaptándonos: fin de los paradigmas; sociedad postmoderna; recodificación; códigos modelos; justicia alternativa, cada cual tiene tras suyo un llamado a las coincidencias, una brújula puesta hacia otro rumbo donde no se puede conjeturar sobre ensayos pasados ni principios intangibles e inmutables.[8]

180. Los códigos como esquema rígido

180.1. La vinculación entre el tiempo y el derecho demuestran cómo la idea de orden y seguridad está implícita en la evolución desarrollada superficialmente en los párrafos precedentes. El positivismo es producto de esta ambición por la certidumbre. Pero también momificó la evolución normativa impidiendo su adaptación a las nuevas realidades emergentes.

De todos modos las instituciones fueron modernizándose, tomando de otros las adaptaciones y copiando de sus reglas los principios que todavía se marcaban hacia adentro. Esto equivale a decir que el modernismo institucional fue causado por una importación de principios que se dieron al paso de las generaciones. Aún se registraban los cambios para cada nación, como reducto particular que se acomodaba a los cambios y reclamos sociales.

180.2 La "modernidad" se define como una forma concreta de sociedad, que corresponde a la que la tradición occidental ha vivido y desarrollado en los últimos

---

Humanos y Constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?, en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*, cit., p. 14).

[8] Pertenece a Thomas Kuhn haber planteado en el año 1962 la crisis de los paradigmas (*Cfr. The structure of scientific revolution,* ed. University of Chicago, Chicago, USA). El término "postmodernidad" fue utilizado por los críticos literarios a comienzos de la década del setenta, y luego lo retoman filósofos, politólogos, abogados, entre otros. Una obra guía puede ser la de Gianni Váttimo, *El fin de la modernidad,* Gerisa, Barcelona, 1986). Los códigos modelos son producto de la tarea iniciada en 1967 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que redacta bajo la pluma y dirección de los profesores Enrique Véscovi y Adolfo Gelsi Bidart, ambos de la República Oriental del Uruguay, un anteproyecto de normas procesales para el enjuiciamiento civil que se terminó en el año 1988; también el mismo instituto encomendó en el mismo año (1967) a los profesores argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo la redacción de un código uniforme para el proceso penal. Finalmente, el movimiento denominado de justicia alternativa, pone de relieve las funciones que tienen otros mecanismos diferentes del proceso judicial para solucionar las controversias; se trata del arbitraje, la mediación, la conciliación, los mini juicios, entre muchos más, que en definitiva, permiten mostrar como la "desconfianza en los jueces" lleva a buscar en estos mecanismos una vía de escape o alternativa de composición. Puede señalarse a Mauro Cappelletti como uno de los pioneros en esta semblanza para el cambio.

tres siglos. En consecuencia, la modernidad no es un concepto que describe el proceso genérico y abstracto de cambio sino el contenido social de un proceso de cambio específico. La modernidad es el resultado de una cierta modernización en particular: usamos el término "modernidad" para distinguir, entre todos los cambios y modernizaciones que se han producido en la historia (posiblemente todos con caracteres únicos), uno en particular que da nacimiento a la sociedad que conocemos actualmente como "moderna" dentro del mundo occidental.[9]

180.3. Una de las características manifiestas del modernismo, en materia legislativa, se da en la creación de regulaciones precisas que no toleran ya el tratamiento vertical de los problemas. La horizontalidad, esto es, la regulación para los iguales modificó la estructura normativa tradicional. Se procuró solucionar la crisis del contexto antes que continuar la línea de la determinación híbrida y abstracta.

El Estado, como pilar fundacional y creador de las normas, pierde consistencia al resultar el ciudadano el agente provocador de los cambios y adaptaciones.

En materia procesal, ese cambio de enfoque se profundiza en América latina con la difusión notable de los medios alternativos para la resolución de conflictos, que pretenden desplazar el centro de gravedad del problema, antes ubicado en la razón judicial, y ahora puesto en la negociación entre partes.

Bien expresa Lorenzetti que:

> frente a tal estado de cosas el comportamiento racional de los individuos autosuficientes no es vincularse al Estado. Las clases altas y medias viven en *countries* privados donde el municipio tiene poco que hacer. La policía es sustituida por la guardia contratada; la escuela pública por la privada; el sistema de salud por la medicina prepaga; el crédito estatal por el crédito privado. Últimamente asistimos a la peor deformación: la justicia estatal es sustituida por la justicia privada; la gente se arma y se defiende por sí misma o se contratan policías privados por doquier. Este individuo no necesita al Estado; le molesta, pretende que se lo suprima, porqué él está satisfecho sin necesidad de la "acción pública". El Estado le molesta, le cobra impuestos, la ley le impone cargas, responsabilidades; hay que reducirlo al mínimo.[10]

La legislación sectorizada desmembró la unidad de los códigos y dio origen a la mentada descodificación. Esta política de estrechamiento surcó las ideologías dominantes hasta buena parte del siglo XX. Había llegado una hora nueva: el postmodernismo.

180.4. ¿Qué significa ello y qué influencia tiene para los sistemas normativos y aun para el constitucionalismo?

Algunos sostienen que postmodernidad supone observar la decadencia (o el fin) de las ideologías para dar paso a un nuevo orden totalizador donde se privilegia el pragmatismo antes que el romanticismo político de siglos anteriores.

---

[9] De Trazegnies Granda, Fernando, *Postmodernidad y Derecho*, Ara, Lima, Perú, 1996, p. 19.

[10] Lorenzetti, *Normas fundamentales del derecho privado,* cit., p. 22.

De aceptar este temperamento, los programas declamados en las leyes fundamentales se afectan directamente por el nuevo llamado al cumplimiento estricto de las consignas. Se persigue llegar a los objetivos antes que emplazarlos como paradigmas.

En materia de procedimientos, asumir la regla de lo práctico podría alterar la eficacia y seguridad del sistema que, inevitablemente, requiere de principios y presupuestos que son intangibles y inmutables (Por ejemplo: el derecho de defensa en juicio, no puede postergarse por una celeridad imprudente).

180.5. Una variable demostrativa de la forma como opera el cambio se expone en la eliminación de los adagios medievales que fueron fijados en los códigos y las constituciones como principios generales del derecho. Por ejemplo: *ignorantia juris non excusat y nemo jus ignorare censetur* era un axioma para los jueces. Hoy, es sabido que el conocimiento integral de un ordenamiento jurídico interno es inabordable; sin contar la influencia decisiva para la eficacia de las instituciones que recibe de la legislación internacional y supranacional.

De este modo, los sistemas autosuficientes quedan subsumidos por la pluridimensión de las fuentes de producción legislativa:

> Es muy interesante advertir la distancia que presenta Hayek entre los dos tipos de creación de normas, la que sería igual a la que existiría entre formular principios de viabilidad como tiene un "código de tránsito", y el ordenar donde la gente debe estar; o mejor todavía, entre el organizar un sistema de carteles indicadores de caminos, y prescribir a cada uno qué ruta debe seguir.[11]

En definitiva, el postmodernismo es un análisis dinámico de las estructuras normativas, donde pervive el síndrome de la eficacia antes que la esencia de las cosas. Pareciera elevarse la vanidad que pretende reconstruir desde los cimientos, olvidando todo lo aprendido para comenzar desde la nada.[12]

180.6. Desde esta perspectiva, las constituciones pierden su carácter de norma fundamental de una nación para constituirse en el pilar de todo el ordenamiento jurídico. Ella no pretende ejecutar un proyecto político ni determinar un modelo institucional, pero deja en sus contenidos las bases necesarias para realizarlos.

La misma idea traen los códigos modelos que, auspiciados por el consenso y la necesidad universal para "una justicia de rostro más humano", o "más justa y efectiva", otorgan cimientos sólidos para construir un sistema procesal de alcances universales.

> Podría ser un criterio similar al que plantea Rawls cuando establece las condiciones o características de la "estructura básica" de la sociedad que, a través del *overlapping con-*

---

[11] *Cfr*. IRTI, Natalino Irti, *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 16, donde cita al pensador austríaco que reproducimos.

[12] *Cfr*. TRAZEGNIES GRANDA, ob. cit., p. 49.

sensus" puede servir de base para un acuerdo político informado y voluntario entre ciudadanos entendidos como personas libres o iguales.[13]

181. Distinción entre unificación y armonización normativa

181.1. El fenómeno de la interdependencia normativa, producto del avance incesante de la sociedad, donde están presentes variables tecnológicas, científicas y hasta las más inesperadas fuentes de motivación para el cambio, obligan a replantear la tradición estática del ideal consagrado en una norma básica, al igual que los modelos procesales donde predominan técnicas consagradas por la costumbre antes que por su eficacia intrínseca.

Actualmente las constituciones han recobrado una fuerte presencia en el concierto mundial. Se han despojado de su vida íntima fronteras adentro, para proyectarse y ser modelo de otras cartas superiores, generando la interrelación de valores, principios y normas que venimos comentando.

Un buen ejemplo de esta penetración lo indica el derecho constitucional común europeo que, auspiciado por el sistema de la Unión Europea, propicia un modelo estandarizado de principios y valores.

181.2. Surge una guía conceptual que permite a cada Estado orientarse por el fundamento vecino adaptando en su seno una reglamentación específica. Por ejemplo, una ley fundamental puede entronizar el derecho de propiedad, y legislarse internamente a través de disposiciones particulares para la propiedad urbana, rural, latifundios, minifundios, propiedad horizontal, etcétera.

Implícitamente es un paso de lo individual a lo social. Una solidaridad diferente basada en el respeto de lo singular que no puede colisionar con el derecho de todos.

Este puede ser un principio fundacional nuevo, que no supone abandonar absolutamente el modelo positivista para la regulación legal, sino la recuperación de ciertas partes menos enfatizadas pero esenciales en la tradición explicada.

> La idea de solidaridad introduce un razonamiento social y finalista dentro del campo del derecho privado. Es un hecho patente que este tipo de aproximación ha venido introduciéndose paulatinamente dentro del Derecho Civil, al punto que algunas de sus antiguas ramas clásicas, ante la incapacidad del civilismo para procesar esta injerencia que la siente como extraña a la naturaleza de su disciplina, han abandonado su campo y aun el del derecho propiamente privado para considerarse a sí mismas como parte de una nueva área denominada Derecho Social, que ya no se considera privada aunque todavía no alcanza a ser pública; como si el Derecho Civil, irremediablemente individualista, fuese incompatible con los fines sociales.[14]

---

[13] RAWLS, John, *Justice as fairness: Political not Metaphisical* (Justicia como imparcialidad: política no metafísica), en *Politicial and Public Affairs,* vol.14, nº 3, 1985, p. 230. También en *Teoría de la justicia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1979, pp. 227 y ss.

[14] TRAZEGNIES GRANDA, ob. cit., p. 55.

181.3. Ahora bien, la cooperación indisciplinada de las normas que se nutre de la comparación de resultados antes que de los valores proyectados, no puede resultar absolutamente abierta. No es posible pensar en una gama de derechos únicos que fundan las diversidades cuando el mundo tiene múltiples expresiones de culturas que impiden la formación de un estereotipo.

Pensemos, por el caso, en la libertad como criterio ordenador del orden social. Este es un paradigma que se cae cuando las libertades escogidas difieren entre sí. No es la misma libertad la que prefiere un occidental cristiano respecto a un habitante de países musulmanes; también difiere, a veces, en la consideración regional (*v.gr.* entre Asia y África).

Así las cosas, la unidad preconizada desde los valores fundamentales tiene algo de caótico porqué niega *per se* la creación y la inteligencia aplicada. No obstante, si la influencia se recibe con posibilidades de discusión y sistematización, evidentemente será posible hablar de una coexistencia visible de normas, principios y valores iguales en cualquier parte del mundo.

Pérez Luño resiste esta tendencia sosteniendo que:

> [...] Toda cultura tiende a ofrecer resistencia a aquello que le es ajeno, procurando así perpetuar sus modelos operativos. De ahí que la cultura jurídica tradicional ligada a un método interpretativo orientado hacia la subsunción de los hechos en los esquemas formales de una normativa analítica y casuística, se vea desorientada al tener que proyectar sus métodos interpretativos a las disposiciones constitucionales, enunciadas en términos más generales y amplios para conseguir la máxima fuerza expansiva y flexibilidad.[15]

181.4. Basados en esta prevención, en miras a darle posibilidades reales a un mundo unificado desde las constituciones y sistemas normativos, conviene establecer en que lugares de las normas fundamentales están las orientaciones a seguir, y cuáles serían los modelos procesales que afiancen el cumplimiento de las garantías.

Las cláusulas generales, que en Argentina se manifiestan como "Declaraciones, Derechos y Garantías", constituyen valores superiores —para expresarlo con la fórmula de la constitución española— que no pueden supeditarse a quedar vigentes con la reglamentación precisa.

En tal caso, una norma programática será un principio, porqué requiere de una vía de acción específica. Mientras que los valores son válidos por sí mismos (directamente operativos).[16] Las normas, por su parte, se expresan a través de las garantías mínimas, es decir, las herramientas procesales indispensables para la defensa de los derechos humanos.

---

[15] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución,* Tecnos, Madrid, 1991 (4ª ed.), p. 285.

[16] Se ha convertido en un clásico ineludible la obra de Eduardo García de Enterría, *La Constituciòn como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1981, donde esclarece el concepto diciendo: "Los valores son la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación" (p. 98).

181.5. En conjunto, la constitución es un todo orgánico que tiene presunción de inmediata operatividad, aun en los principios, pues más allá de la obligación que ellas pueden contener en orden a una actividad complementaria, y aunque tal obligación no esté cumplida ni la normativa reglamentaria se dicte, toda norma programática impide actuar o hacer algo en oposición a ellas. La ausencia de consumación, además, genera una *omisión inconstitucional*.

Ahora bien, si a estas normas fundamentales que guían varias disposiciones procesales (*v.gr*. el debido proceso) las ponemos a discusión y consenso, pronto se observará que existen diferencias metodológicas, y estructuras diversas para las potestades y deberes de los jueces, que seguramente, afectarán horizontalmente una planificación general.

Por tanto, si bien estimamos factible unificar desde el punto de vista constitucional un modelo común cuyo piso de asentamiento sean los derechos humanos consolidados en convenios y tratados internacionales; en materia procesal resultaría mejor armonizar los sistemas y permitir adecuaciones puntuales para cada lugar o circunstancia. Esta es la pauta de orden que tienen los procesos constitucionales.

182. La armonización como punto de referencia

182.1. Los derechos humanos han igualado la normativa fundamental de los Estados, otorgando una base similar que progresa y desarrolla las instituciones del constitucionalismo clásico.

Los tratados y convenciones, a su turno, bosquejaron ideales y modelos para la eficacia procesal, tales como la duración razonable del proceso, el derecho a la fundamentación de los fallos judiciales, las garantías de imparcialidad, entre tantas otras que fueron adoptadas por los modernos códigos de procedimientos y ensamblaron perfectamente en la dogmática del derecho procesal constitucional.

Desde esta perspectiva se podría hablar de "unificación" normativa plasmada en las constituciones y en los ordenamientos rituales de enjuiciamientos. Sin embargo, se declaman principios y valores que, puestos en marcha, no tienen la misma inteligencia aplicada.

182.2. De todos modos es innegable la influencia de dichas variables, al punto que algunos autores hablan de un tránsito del Estado de derecho decimonónico al Estado constitucional.

Partiendo de la idea de que el Estado constitucional constituye una versión del Estado de derecho, Zagrebelsky analiza las características esenciales del segundo, para proceder a continuación a efectuar un contraste con la situación actual. Este autor expresa que:

> vivimos en un contexto ideológico todavía dominado por los principios, o por la ideología, del positivismo jurídico, mientras los caracteres del ordenamiento jurídico actual ya no

son conforme a tal ideología [...]. El centro de la construcción jurídico-política ya no radica en el Estado soberano, sino en la Constitución.[17]

El análisis de cada aspecto demuestra la significativa influencia que tiene la norma fundamental en el orden jurídico interno.

No importa hablar del respeto insoslayable que merece el principio de la supremacía constitucional, sino de advertir de qué manera cada principio, normas y valores, determinan la suerte de muchísimas instituciones del derecho de fondo y procesal, llevándolas a adecuar sus precisiones a esa suerte de llamado ideológico que no es posible trastornar.

182.3. Un ejemplo de ello puede encontrarse en el capítulo nuevo de la Constitución Nacional de la República Argentina, que introduce bajo el título de "*nuevos derechos y garantías*" una serie de disposiciones que llevan a resolver el destino de múltiples situaciones, sobre la base de cada principio orientador (*v.gr.* los derechos laborales y las desigualdades económicas; la participación popular en la economía de mercado; la regulación de los derechos derivados del ambiente y la ecología; la defensa del consumidor y del usuario de bienes y servicios; la regulación de la salud y los derechos del paciente; la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; la calidad y eficiencia de los servicios públicos; la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios; los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos y controversias; las garantías procesales; etc., etc.).

En el mismo sentido, la norma fundamental no limita únicamente el obrar del Estado, pues también recae sobre las relaciones entre particulares; por eso se habla de derechos oponibles "frente a los demás".

Bidart Campos dice, al respecto:

[...] Hoy, son muchas las constituciones que, además de reconocer derechos, enuncian *obligaciones o deberes de las personas,* no sólo en sus relaciones con el estado sino frente a otros seres humanos o al conjunto social, lo que carecería de sentido si no se consintiera que la constitución es un complejo normativo cuya fuerza vinculante se dirige ambivalentemente a los poderes públicos y a los particulares.[18]

182.4. Reconociendo el sentido orientador que asumen las constituciones y, fundamentalmente, el sentido finalista que aportan los tratados y convenciones de derecho internacional, se puede teorizar sobre resultados eventuales en un proceso universal.

---

[17] ZAGREBELSKY, Gustavo, "I diritti fondamentali oggi", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXII/1, 1992, p. 187. *Cfr*. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, "¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli", en *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, nº 2, marzo, 1994, pp. 113 y ss.

[18] BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 153.

Es muy importante acotar que la idea para un proceso universal no puede tener polarizada la crítica hacia los sistemas de enjuiciamientos locales. Tal pensamiento pondría en pugna cuestiones que no son analizadas en este libro. De todos modos, es útil no distraerse con este reparo, en la medida que los ideales cosmopolitas, igualitarios y solidarios que son propios del universalismo, cuando se enfrentan a las individualidades y sus reivindicaciones, encuentran, rápidamente, ámbitos y contextos que caracterizan la vida contemporánea. En este aspecto, es muy diferente la situación en América latina respecto a lo que está sucediendo en Europa; mientras el primer continente comienza una era de integración y comunitarismo, desarrolla los derechos humanos declarados y proclamados por cada Estado parte, estabiliza sus economías regionales, afirma las democracias recientes, y también, bloquea mejoras con las situaciones de pobreza emergentes, las desigualdades manifiestas, entre otras penurias de similar gravedad; no obstante todo esto, existe una idea sólida para la integración. En cambio, Europa, sobre todo la oriental, tiene grietas o fisuras evidentes en la universalidad pretendida. Y son lógicas por la aparición de nuevos Estados que quieren su personalidad, sus rasgos distintivos y su propia consideración. Darles un rumbo dirigido desde el derecho común podría significar cierta hostilidad a sus destinos soberanos.

Una demostración de las dificultades puede encontrarse en la aprobación del Tratado de Maastricht, que lleva a las críticas de sectores diversos: *a)* aquellos que en defensa de los viejos estados nacionales, creen que el tratado va demasiado lejos en el camino de la unidad europea (nacionalistas franceses o daneses); o por el contrario, es demasiado tímido hacia el proceso de la unidad (federalistas europeos, en general); *b)* aquellos que consideran que el tratado configura un modelo económico neoliberal (izquierda socialista y sectores sindicales) o los que consideran que el tratado protege excesivamente los derechos sociales y los reequilibrios regionales (conservadores británicos).[19]

Una de las cuestiones esenciales quedaría simplificada de aceptarse que no son los detalles técnicos los que afianzan el sistema hipotético, sino la voluntad auténtica de encontrar un referente común que posibilite la integración procesal.

Por tanto, y en razón de ser ésta la causa principal que obstaculiza el proyecto, es mejor ponderar armonías antes que unificaciones. Si no es posible la homogeneidad por los avatares que sufre un proceso de construcción hacia un sistema aun no consolidado (*v. gr.:* pensar en un código único de garantías sería una idea plausible evidente, pero ausente de toda consideración fáctica, porque Latinoamérica tiene diferentes sistemas para el control de constitucionalidad que tornan diverso el mecanismo de aplicación) pueden encontrarse ordenadores y clarificadores en otros mecanismos impulsores como son la consolidación de valores, normas y principios que pueden actuar en armonía.

183. El paradigma de la universalidad

183.1. Evidentemente, si los derechos humanos reflejan el fenómeno cultural más importante del último milenio, en la medida que han transformado los sistemas

[19] *Cfr.* CARRERAS SERRA, Francesca de, *Por una Constitución Europea,* en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*, cit., p. 234.

legales de protección y defensa del hombre y permitieron, progresivamente, desarrollar el establecimiento de un criterio nuevo para la legitimidad internacional; de suyo, cada norma fundamental adecuada a dichos preceptos, reposa en un derecho internacional contemporáneo que por su capacidad de adaptación no puede quedar vulnerada ni condicionada por subjetivismos internos.

De igual manera, si las garantías o reaseguros de los derechos del hombre provienen de las vías procesales que se instrumenten, sería bueno pensar en un proceso común, o al menos, en un sistema de principios tutores para la eficacia perseguida.

Es decir, asistimos al cumplimiento de la promesa kantiana del "derecho cosmopolita", como "derecho público de la humanidad en general".[20]

Peter Häberle explica minuciosamente el método como se ha ido incorporando en el derecho constitucional, este sistema uniforme, que denomina "teoría de la recepción jurídica".

> Ante todo —dice— se requiere una primera división teórica dicotómica que diferencie entre *vías y procedimientos de recepción entre los actores o Estados receptores*, por un lado (incluyendo aquí desde los poderes constituyentes hasta los votos especiales de los magistrados de los tribunales constitucionales, pasando por los juristas y pensadores clásicos —antiguos y modernos—) y, por otro, entre *materias y contenidos susceptibles de recepción* (todos los cuales se refieren a la temática y materias más relevantes del arquetipo Estado constitucional, sin olvidar aquí las variantes nacionales particulares que abarcan asimismo desde los preámbulos hasta las estructuras federales y regionales y algunos elementos particulares del "derecho eclesiástico, considerado como derecho constitucional cultural). Sus contenidos pueden versar sobre materias y tener forma de textos jurídicos, teorías, sentencias y praxis administrativa.[21]

183.2. Una de las características esenciales de este movimiento consiste en superar la barrera del concepto de "soberanía" plasmado en el siglo XIX. No es el Estado el centro de las construcciones del dogmatismo jurídico, sino la sociedad que reclama y produce desde su propia fuerza, expresada en las variables que encuentra en el modelo pluralista de participación directa y semidirecta de la democracia moderna.

La Constitución abandona así la idea tradicional de ser la suprema orientación del orden jurídico interno. Ahora, tiene un rol más integrado con la mentada globalización, acorde con las realidades emergentes del cambio social y puesta al servicio de todos los habitantes de un país y de todos aquellos que se encuentren en paridad de circunstancias en el concierto universal.

183.3. Además de los derechos humanos, existen otras fuentes de integración normativa que las aporta el derecho comparado. En este campo, vemos como las

---

[20] PUREZA, José Manuel, *¿Derecho cosmopolita o uniformador? Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en la posguerra fría,* en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, ob. cit., p. 123.

[21] HÄBERLE, *Elementos teóricos para un modelo general de recepción jurídica,* en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, ob. cit., pp. 160 y ss.

constituciones van tomando instituciones o principios de otras, amparándose en el concepto de sociedad abierta que les permite adaptar los preceptos a sus necesidades, sin alterar el perfil o finalidad de las normas copiadas.

En este contexto, se involucran con el sistema de implementación ordenada y sistemática, la interpretación judicial de los derechos humanos. Ya sea efectuada por las cortes de justicia transnacional o por los tribunales de cada estado.

183.4. La discrecionalidad para admitir un derecho determinado como fundamental no es habitual ni común en los instrumentos internacionales. El basamento que los involucra parte de la premisa del consenso generalizado, de manera que las diferencias han de hallarse en la aplicación interna, más que en la práctica institucional.

En consecuencia, el significado actual de la constitución es otro. El Estado tiene deberes negativos, como la obligación de abstenerse de ejecutar o provocar actos que atenten contra las libertades fundamentales. Seguidamente, los poderes legislativos cumplen la función de adecuar las necesidades del medio y la sociedad brindándoles a través de una norma expresa, los derechos que reclaman para su justo ejercicio. La jurisdicción, por su parte, tiene el deber de ofrecer un proceso adecuado, que posibilite un acceso sin restricciones, un recurso efectivo, un litigio sustanciado sin sofismas rituales, y un pronunciamiento que tienda a aplicar los derechos superiores que hacen a la conformación humana y a su dignidad.

184. La tarea armonizadora del derecho procesal constitucional

184.1. Emplazados en lo dicho precedentemente, fácilmente se colige que la aspiración de preservar y proteger a los derechos humanos no ofrece resistencias de ninguna naturaleza. Lo mismo sucede cuando se menciona a las constituciones como cartabones elementales de soporte para concretar esa finalidad.

Pero esta característica es un componente medular, casi obvio, por lo cual poco ayuda para diseñar otro aspecto del derecho común perseguido. El fenómeno a resolver consistirá en sostener, con la misma confianza que inspiran los derechos fundamentales, que una vía instrumental como es el proceso puede colaborar en el afianzamiento de esa tutela universal.

Esto es un referente indispensable que no podremos soslayar en razón que, una cosa es implementar un sistema normativo homogéneo y concreto donde se tienen consensuados y aceptados los términos de la vinculación (*v. gr.:* Tratado de Asunción —Mercosur—; Unión Europea; Nafta, entre otros), y otro muy diferente, es lograr que los efectos jurídicos que esas integraciones generen obtengan el mismo consenso que tienen los fines inspiradores de la unificación, cuando se trata de aplicarlos bajo el principio de igualdad.

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

Bien se ha dicho que:

> [...] se puede considerar que el objeto de la idea de Derecho está constituido por la determinación de un sistema de ir transfiriendo progresivamente, en términos jurídicos, contenidos esenciales que reflejan principios de organización que establecen esquemas de actuación que van surgiendo del fondo de la conciencia social y que transmiten la necesidad de llegar a la realidad de un orden que pueda proporcionar soluciones a un contexto social en progresiva y constante evolución, que lleva a actualizar en normas lo que en un momento anterior no eran sino enunciados de principios.[22]

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

184.3. En efecto, todo lo visto hasta ahora muestra que el derecho procesal constitucional no es un programa de aplicación práctica de las garantías, principios y reglas de los procesos constitucionales. Tampoco se restringe a la identificación del funcionamiento de la magistratura constitucional, sino, además, construye con su dogmática una serie precisa de valores constantes que no pueden tener diferencias según el lugar donde se interpreten.

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

184.4. Las familias procesales presentan características diferenciales[23] que permite dividirlas en grupos:

a) *Sistema anglosajón:* donde predomina la oralidad, con amplia facultades de las partes y muy pocas del juez (sólo debe resolver). Es un proceso por audiencias donde las etapas previas tienen gran importancia para la elaboración probatoria. Existe buena disposición para negociar y facilitar acuerdos que eliminan la disputa; así como la sentencia puede ejecutarse a través del tribunal, que para ello, sí tiene potestades importantes (*contempt of court*).

Este sistema del *common law* se rige, esencialmente, por la doctrina de los precedentes jurisprudenciales (*stare decisis*), lo que determina que su estudio sistemático se rige, preferentemente, por el estudio de casos, antes que de normas.

b) *Sistema soviético:* Es un proceso similar, pero con una gran influencia del Estado representado por sus jueces. Es el órgano de gobierno el que los designa y le atribuye potestades y deberes muy exacerbados. Rige en los países de Europa oriental, y en China y áreas de influencia.

---

[22] GIRÓN LARRUCEA, José A., *Cuestiones de Derecho Comunitario Europeo,* pp. Universidad de Sevilla, 1997, p. 22

[23] DAVID, Rene, *Les grands systèmes de Droit contemporains,* 6ª ed., París, 1974. VÉSCOVI, Enrique, "Nuevas tendencias y realidades del proceso civil", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nº 4, Montevideo, 1994, pp. 461 y ss.

c) El *civil law* se divide en dos subgrupos: los que tienen sistemas escritos (casi toda Latinoamérica); y los que han incorporado la oralidad en sus procesos (son predominantemente orales).

En los procedimientos escritos las facultades del juez son muy amplias, pero poco utilizadas. El proceso queda atrapado en etapas bien demarcadas, excesivamente burocráticas, y de una gran lentitud. Los recursos admitidos son demasiados lo cual genera una multiplicidad de instancias que ahogan la esperanza de rapidez y eficacia procesal.

En los sistemas de juicio oral y público del *civil law,* se establece un proceso con régimen de audiencias y claras potestades del juez para dirigir, ordenar y resolver de la forma más ágil y rápida que le resulta posible. Por lo general, tienen una segunda instancia de casación, y en cuestiones de constitucionalidad operan los Tribunales Constitucionales que partieron de la inspiración de Hans Kelsen.

184.5. Estas características propias de los procesos comunes suelen llevarse al conflicto constitucional como si fuera imperioso usar dichas reglas por tratarse de una controversia entre partes.

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

No obstante, en América Latina cada mecanismo se diferencia, aunque puede observarse una tendencia unificadora que nace con el modelo propuesto en el "Código procesal civil modelo"; y en Europa, con el "Código Judicial uniforme".

Estas dos constataciones no elimina la posibilidad que también presenta el sistema soviético, sobre todo si recordamos y tenemos en cuenta los trabajos presentados en el Congreso de Lublin (Polonia) en 1993.

184.6. Sin embargo, la tendencia unificadora encuentra dificultades difíciles de superar. Por ejemplo, en Argentina y México el régimen federal de gobierno permite a cada territorio autonómico (provincias o distritos) tener su propio régimen procesal.

Por eso ha sido preferible razonar sobre la base de principios comunes que se amparan en la armonización. Estos factores aglutinantes[24] conducen hacia cierta preservación de las zonas neutras, es decir, aquellas que no están influenciadas por sistema alguno y que, por su real valía, tienen consideración por sí mismas.

Es el caso de la regla moral, las garantías constitucionales de defensa en juicio, celeridad en los procedimientos y sentencias fundamentadas, entre otras.

También se nutre de las variadas convenciones internacionales que establecen normas de cooperación entre Estados y el reconocimiento y eficacia de las sentencias extranjeras en suelo natal.

---

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

> Los códigos tienen el defecto de clausurar la dinámica de los procedimientos. Se sienta una base es verdad, pero al mismo tiempo, queda sepultado el casuismo renovador con sus alternas posibilidades de solución. Un código es un estereotipo, a veces, una prueba de talento legislativo y doctrinario. Lo peligroso es que se tomen como paradigmas insustituibles.[25]

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

185. Proceso universal. Modelos alternativos

185.1. Diseñar un proceso universal parece muy difícil teniendo en cuenta el grado de evolución y confianza en cada sistema de procedimientos. Pero, a sabiendas de lo conflictivo, puede esbozarse un proyecto que tome en cuenta las actuales deficiencias para encarar, con su rectificación, una política de ajustes que generen un modelo consensual.

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.

No escapa en este modelo procesal el juego rotundo de ficciones que anidan prioritariamente en la doctrina y en el discurso, siendo esencialmente presunciones que, por esa condición, pueden resolverse en contrario mediante prueba contundente o simplemente complementaria.

185.2. La premisa del proceso justo admite morigerar el rígido criterio que establecen las ficciones del proceso. Una de ellas, por tomar al azar un ejemplo, determina la consecuencia legal de tener por notificado a todo aquél que retira un expediente de los actos dictados en aquél, siempre y cuando estuviere comprobado fehacientemente que el mismo estuvo en poder de la parte, aunque fuera por complacencia o extralimitación de los funcionarios encargados de su custodia.

---

[25] RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Codificación, tecnología y posmodernidad (La muerte de un paradigma),* Ara, Lima, 1996, pp. 10 y ss.

Es verdad que, por razones de seguridad jurídica, algunas veces se posterga esa apreciación, pero también lo es, que ello reposa en la mayoría de las ocasiones por el fruto de la duda, o de la carencia de una sólida presunción.

185.3. No obstante, el camino de la seguridad puede correr paralelo con el de la justicia, y no tiene razón alguna para observarlas como avenidas que circulan en direcciones opuestas.

En España se viene reelaborando el concepto de "tutela judicial" adicionando la condición de "efectiva". Sería bueno que, apoyados en un valor semejante, se diera un vuelco a la situación y bosquejáramos 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.

Está claro que la desformalización viene implícita en un mundo globalizado que tiende a vincularse informativamente generando un *jus comune* de la postmodernidad. No podemos 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.

185.4. En los procesos constitucionales la idea que se fomenta razona en dos tópicos esenciales: justicia para todos e igualdad sin fronteras.

El presupuesto inevitable para construir a partir de estos cimientos señala la necesidad de hacerlo reconociendo el grado de avance en que se encuentran los procesos de integración convencional y, en esencia, cuánto se comprende el impacto del derecho procesal constitucional como dogma que anticipa la unificación global.

Surge así con nítida evidencia la asimetría entre los procesos europeos y americanos por tomar sólo la polaridad entre dos continentes que, tradicionalmente, reciben mutuas influencias.

Tomemos como ejemplo cuánto sucede con la justicia comunitaria. Mientras Europa reconoce la necesidad de tener en su base un órgano de justicia comunitaria con cuatro funciones que, progresivamente, desarrollan y facilitan el proceso de integración;[26] América Latina reglamenta como sistema para la solución de contro-

[26] Estas cuatro funciones son: *a)* justicia administrativa, que le permite anular por ilegalidad los actos normativos de las instituciones; o denunciar sus inactividades ilegales; o apreciar la validez de los actos de aquellas por vía de excepción o reenvío a las jurisdicciones locales; o atender recursos de plena jurisdicción: *b)* justicia constitucional, por la cual delimita y defiende las competencias respectivas de los Estados miembros y de las instituciones de la Unión Europea; *c)* justicia internacional, que obliga a los Estados a llevar cualquier tipo de controversias o conflictos ante el órgano comunitario; *d)* justicia reguladora, que desde un punto de vista técnico, resuelve anticipadamente problemas de interpretación a través de una vía prejudicial por la cual se determina el alcance y contenido del derecho comunitario. Además de estas funciones, no debe olvidarse que el órgano jurisdiccional es el tribunal superior de justicia con independencia orgánica y autonomía financiera que, globalmente, genera un sistema judicial propio que no perjudica ni altera las soberanías jurisdiccionales locales (principio de subsidiariedad).

versias un conjunto de normas que no tiene un órgano jurisdiccional determinado, aunque se preferencia el arbitraje como arquetipo.[27]

185.5. A nivel de procesos ordinarios, se ha recreado un modelo de unificación con el "*Código Modelo Tipo*" (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Río de Janeiro, 1998) que tiene la intención de proponer puntos de partida para una reflexión a nivel continental, sobre los principales problemas del proceso que son comunes, para llegar a algunas posibles determinaciones, también comunes, o al menos, emanadas de la deliberación de todos.

Reproducimos, con afán de claridad conceptual, algunas ideas sobre el contenido:

- El juez es un sujeto de derecho esencialmente imparcial, que debe reunir particulares aptitudes en el ramo del derecho y actuar con plena autoridad en el ejercicio de sus funciones.
- Sólo el abogado puede asistir o defender ante la justicia, cualquiera sea la materia o la naturaleza del proceso; su presencia es indispensable en el mismo.
- El poder jurisdiccional corresponde a todos los tribunales por igual. La distribución de su alcance ha de inspirarse por razones de división de trabajo, por el número de asuntos especialmente, alguna especialización y, eventualmente, su modo de actuación (oral o escrito).
- Todo sujeto debe tener libre acceso al tribunal; todo derecho alegado ha de poder sustentarse por aquél y definirse y aplicarse por éste. El proceso es el medio fundamental para la afirmación de los derechos humanos y éstos deben también consagrarse en su programación.
- El proceso es una estructura de sujetos dispares y en él ha de reconocerse su actividad primordialmente conjunta y solo sucesiva cuando se trate de actos fundamentales y unilaterales de cada proceso (*v. gr.:* demanda, contestación, sentencia). A pesar de ello, se procurará la mayor coincidencia temporal de los mismos (preferencia de la audiencia sobre la actuación escrita y sucesiva); enfoque sintético y de conjunto.

---

[27] El reclamo por una justicia comunitaria para el Mercosur tiene múltiples adhesiones. Citamos sólo a los más representativos: BOLDORINI, María Cristina, "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 6, 1994, pp. 471/87; DAVEREDE, Alberto Luis, "El sistema de solución de conflictos en el Mercosur", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, nº 8, 1993 —serie Congresos y Conferencias—; ARBUET VIGNALI, Heber, "La solución de controversias en el Mercosur", en el libro homenaje a Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho internacional en un mundo en transformación,* Fondo de Cultura Económica, Montevideo, 1994, tomo II, pp. 1229/1261; JARDI ABELLA, Martha, "La solución de conflictos en el Mercosur", en *Estudios Multidisciplinarios sobre el Mercosur*, Fondo de Cultura Económica, Montevideo, 1995, pp. 353/383; LANDONI SOSA, Ángel (coord.), *Curso de derecho procesal internacional,* Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, pp. 113/131; BLOCH, Roberto, "Aportes para la resolución de conflictos en el Mercosur", en *Jurisprudencia Argentina*, 1995-II, pp. 881/886; OTEIZA, Eduardo D., "Críticas al sistema arbitral del Protocolo de Brasilia", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1992-1; CAIVANO, Roque J., "El arbitraje y los procesos de integración (Su futuro en el Mercosur)", en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-II, pp. 783/795, entre muchos más.

- La instrumentalidad del proceso, al servicio de todo el derecho sustantivo, no implica diversidad de procesos, sino más bien su unificación; él proceso no tiene preferencia por una u otra materia, ni a ésta corresponde señalar las estructuras procesales, sino meramente sus necesidades (*v. gr.:* importancia de medidas provisionales o cautelares; necesidad de suma abreviación; etc.). Las soluciones son establecidas y brindadas por el derecho procesal. El criterio ha de ser la reducción de las diversas formas, a su mínimo indispensable.
- La reforma del proceso debe procurar su apertura a las posibilidades de la época, cuyos logros científicos deben tener amplia aceptación en el mismo; así, por ejemplo, la apertura de la prueba (todo elemento que sirva para demostrar la existencia de un hecho, ha de ser admitido); la colaboración de técnicos y hombres de ciencia (asistentes sociales, consejeros matrimoniales para la conciliación, psicólogos, etc.); la racionalización del modo de operar de los tribunales como si fuesen modernas empresas; la incorporación de medios actuales de fichaje y registro; etc.
- El proceso en los conflictos sociales y colectivos, nacionales o internacionales, se encuentra en este momento en una encrucijada fundamental para la ´lucha por el derecho`. Para ello se hace indispensable su acercamiento a la vida cotidiana, de modo que las partes ingresen a él, como a un medio racional y comprensible para dilucidar sus derechos y sus posibilidades de real comunicación entre los sujetos del proceso, dando mayor flexibilidad y oportunidad para el intercambio entre el juez y las partes.
- Una de las mayores exigencias de nuestra época radica en la abreviación de los trámites, en la obtención de un resultado relativamente rápido. El proceso actual no está a la altura del ´jet` (no hablemos del espacio) y no puede estarlo, porqué en él no se trata de un pensamiento cristalizado en técnica, sino de un pensamiento que debe lograr elementos del pasado, para en base a su estudio determinarlos y realizar la estimación (jurídica) de las situaciones planteadas. Pero cuando se piensa en la abreviación del proceso, se considera especialmente el tramo a seguir para llegar al ´judicio` realizado aquél (salvo en pocas situaciones de hecho muy complejos o en algunos problemas difíciles de derecho) se desprende de dicha tramitación.
- Para las partes, el proceso es un tránsito obligado pero que podría, en su mente ser prescindible, para llegar al cumplimiento o a la ejecución de la sentencia. La autoridad del Tribunal desaparece si esto no puede asegurarse y verificarse; el problema de la eficacia de la justicia es otro de los temas básicos de la reforma procesal.

185.6. La globalización que menta un proceso universal exige la aplicación de un mismo instrumento en regiones diferentes. Por ello la fórmula debe partir conociendo cada situación particular, advirtiendo en el proceso de incorporación, las dificultades provenientes de las circunstancias que cada país atraviese.

Argentina y México son naciones federadas que impiden la unificación general por la diversidad de códigos y sistemas procesales. No obstante, este sería un obstáculo que puede superarse dando primacía al derecho transnacional, eludiendo el dogma de la soberanía.

Lo mismo puede aplicarse al principio de territorialidad y la jurisdicción competente.

185.7. El segundo inconveniente es el factor político. Puede afirmarse que las posibilidades de desarrollo en este momento dependen más de condiciones políticas y sociales que de variables económicas.[28]

En América latina, y particularmente en Argentina, ni la economía, ni los grupos sociales son los que dominan la estrategia reformista. Todo lo contrario, son los sistemas políticos los que tienen la fuerza y decisión para impulsar toda renovación.

Esta es una cuestión vital en un intento de asimilación procesal extraña, en la medida que los factores políticos pierden hegemonía decisoria al tener que recibir un modelo consensuado. Por ello, al tener que repensar el político su participación en los cambios copernicanos, difícil resulta que acepte sin desafíos el protagonismo que siempre exige.

185.8. De todos modos, también la armonización procesal es una cuestión de imagen institucional. A un país le interesa estar dentro de un movimiento universal. Hoy las apatías son medidas con gestos certeros, donde no manda la simple indiferencia.

La realimentación que proyectan estos modelos hacia el cambio implican, por lo general, aceptar la necesidad de adaptar los sistemas. Inmediatamente, se estudian los efectos de esos instrumentos comunitarios sobre las realidades económicas, sociales y políticas, y así, como una escala de naipes, la iniciativa de uno da lugar a las modificaciones de otros; o a las presiones de grupos para que el país no quede aislado.

Cada ciclo tiene particularidades, pero en todos ellos no se descalifica el proyecto de unificación o armonización, porqué no es de buena imagen rechazar aquello que la comunidad universal acepta. A lo sumo, se postergan las decisiones y comienzan las etapas de transición.

185.9. Por las características descriptas puede colegirse que en América Latina los esfuerzos por conseguir un modelo procesal unificado para la interpretación de los procesos constitucionales tiene numerosos obstáculos.

La distribución de obligaciones entre los Estados para revertir esta situación debiera partir desde abajo hacia arriba. Esto es, procurando que los órganos y mecanismos locales de cada país vayan armonizando sus fisonomías a las que diseña el derecho supranacional.

---

[28] TOURAINE, Alain, "Seis hipótesis sobre América Latina", en *Revista de Derecho del Mercosur*, año 1, nº 1, 1997, La Ley, p. 44.

Un punto de partida distinto sería propiciar una lectura común para las garantías. De este modo, la armonización se realizaría desde la cumbre impuesta hacia abajo, Es decir, obligando a los miembros a adecuar sus procedimientos internos con las normas de carácter transnacional.

186. Tutela procesal de las libertades

186.1. Los procesos constitucionales son los mecanismos de protección de las libertades fundamentales.

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

> [...] Podríamos decir que las garantías son derechos fundamentales pero no todos los derechos fundamentales son garantías. Las garantías se traducen tanto en el derecho de los ciudadanos a exigir de los poderes públicos la protección de sus derechos, como en el reconocimiento de los medios procesales adecuados a tal finalidad (por ejemplo el derecho al acceso a los tribunales para la defensa de los derechos, principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine crimen*, principio de *non bis in idem, iura novit curia,* entre otros).
>
> La básica distinción es que los derechos adjetivados como fundamentales son netamente sustantivos mientras que las garantías son netamente adjetivas. No obstante ambos comparten dentro de la ciencia jurídica su carácter de derechos subjetivos.[29]
>
> Las constituciones no sólo contienen un pormenorizado y meditado elenco de derechos y deberes fundamentales, sino que subdividen entre derechos de la persona en particular y los derechos y deberes inherentes a la vida colectiva, determinándose así, formalmente, la distinción entre derechos individuales y derechos sociales. La incorporación de tales derechos y libertades en el conjunto constitucional es, en la actualidad, obra de la voluntad del constituyente que las consagra en las disposiciones dentro del texto fundamental a igual título que las instituciones y las normas. Tal reconocimiento se traduce en una limitación a los poderes públicos, tanto en lo que hace al respeto de las reglas de forma y de procedimiento, como de las reglas de fondo o derecho sustancial, y esto es así, porque las normas constitucionales consagradoras de los derechos fundamentales, lo mismo que las que regulan las instituciones sólo pueden ser concebidas en el contexto jurídico actual, como resultado de su concretización y funcionalización a través de la obra del legislador y del juez constitucional.[30]

186.2. Quizás el problema sea la distancia que suele establecer la doctrina entre derechos humanos y derechos fundamentales, pero las garantías, y básicamente la única garantía de conservación para todas que es el proceso judicial, no tiene en cuenta esa diferencia teórica.

---

[29] HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, "Constitución y Derechos Fundamentales", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 84, 1995, pp. 126 y ss.

[30] HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 129.

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

El artículo II, con afán pedagógico, precisa los fines que identifican a los procesos constitucionales y que los distinguen de los restantes procesos judiciales. Establece que ellos tienen por finalidad garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Pese a que el proceso de cumplimiento no persigue tales fines, y que en opinión de la doctrina que se reproduce, debería eliminarse.[31]

> Otra novedad es haber contemplado expresamente los principios procesales propios de los procesos constitucionales (artículo III). Se trata con ello de resaltar aquellos que les resultan aplicables y que les permiten cumplir su finalidad trascendente de velar por la supremacía constitucional y el respeto de los derechos humanos. La adecuada interpretación de los derechos constitucionales es un tema que ha preocupado a la Comisión. Por ello se señala que tales derechos deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones jurisdiccionales adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (artículo V). De esta manera, por ejemplo, se reconoce que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe ser aplicada por los jueces.[32]

186.3. En suma, los procesos constitucionales que veremos a continuación son todos aquellos que se reglamentan en cada lugar con particularidades y asimetrías que dependen del tipo de control de constitucionalidad adoptada internamente.

No obstante esas diferencias, en cada caso nos ocuparemos de lo visceral que no puede ser cambiado por interpretaciones de conveniencia, es decir, se preferencia el principio "pro homine" en la aplicación de la cada uno.

186.4. Los principales procesos constitucionales son:

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

b) El proceso de *amparo*, conocido en otras latitudes como recurso de protección (Chile); acción de tutela (Colombia); mandado de segurança (Brasil), y con el mismo

---

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

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

nombre pero con ampliaciones objetivas diferentes (que van desde el originario amplio modelo mexicano al originario restrictivo de Argentina, pero que han revertido exactamente a la inversa en su aplicación práctica, convirtiendo al modelo mexicano en restricto y al argentino en flexible).

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

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

e) El *proceso competencial* (Perú), o *controversias constitucionales* (México), que permite determinar cuál es el órgano competente para dictar un acto o disposición, cuando se suscita un conflicto "positivo" —es decir, cuando dos o más órganos pretenden realizarlo" o "negativo" —cuando todos rehúyen hacerlo—. Con ello se trata de garantizar que la distribución de competencias previsto por la Constitución cuente con una vía procesal que permita su respeto.[33]

f) Los procesos *colectivos,* que tienden a implementar un sistema de protección general de derechos que las normas fundamentales han incorporado como derechos de una nueva generación tales como los derivados del consumo, el medio ambiente, la protección de intereses generales (patrimonio, cultura, salud, educación, etc.). En este terreno anida, asimismo, la *acción popular* que pueden articular las personas contra actos o reglamentos de carácter inferior a la ley.

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

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

> Trejo Jaramillo resume en una completa presentación, las acciones constitucionales de Colombia, diferenciando los que tienen por finalidad la protección concreta de derechos fundamentales —tutela, *habeas corpus* y *habeas data*, de cumplimiento, populares y de

[33] Exposición de Motivos del Código Procesal Constitucional, cit., p. 131.

grupo—, de aquellos cuyo objeto es la defensa del orden jurídico abstracto, vale decir, la acción de nulidad por inconstitucionalidad y la pérdida de investidura.

ACCIÓN DE TUTELA

Se creó en la Carta de 1991, precedida de la consideración por la Asamblea Constituyente de estar "frente a otra de las grandes innovaciones que la nueva Constitución incorpora a nuestro derecho público, como modalidad específica de lo que internacionalmente, y de manera particular en el derecho hispanoamericano, se conoce como amparo de los derechos. Se trata de un mecanismo subsidiario, que sin dar origen a jurisdicciones paralelas prevé un procedimiento preferencial y sumario en beneficio de los particulares. Un aspecto no menos importante, y que seguramente estará llamado a cumplir un papel protagónico, es el referente al hecho de que, en desarrollo de esta norma, todos los jueces de la república quedan habilitados para ejercer la protección directa de los derechos fundamentales. La Carta de derechos dejará de ser letra fría distante para convertirse, en virtud de un control de constitucionalidad concreto en razón de la materia, y difuso por multiplicidad de los agentes de control, en instrumentos cotidianos de promoción de los derechos humanos.

Así como el *habeas corpus* es una protección esencial de la libertad, la acción de tutela tiene como finalidad conceder un cubrimiento pronto para los derechos que, por decisión de la Comisión Codificadora, la propia Constitución enumera como susceptibles de protegerse mediante esta acción, por ser de aplicación directa. Su objeto es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, no de aquellos sin consagración constitucional; su naturaleza es subsidiaria y residual, es decir, sólo resulta procedente en ausencia de otros medios adecuados de salvaguardia. Es clara su improcedencia frente a situaciones consumadas o cuando sobre el tema exista sentencia determinada; pues esta providencia supone el haberse surtido otro medio de defensa.

La institución ha logrado su finalidad en los años de vigencia, no obstante algunas distorsiones generadas, como su utilización temeraria en muchos casos, su admisión contra providencias judiciales y la correlativa congestión en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado. Esto último llevó a promover una iniciativa de reforma constitucional por parte del Consejo de Estado en 1997, que cursó su trámite hasta llegar a la aprobación en segunda vuelta en Comisión, sin surtir las demás etapas requeridas. Sobre ella se logró un buen nivel de consenso, en particular sobre la exclusión de la competencia a los jueces colegiados de la jurisdicción ordinaria o de la contenciosos administrativa, la impugnación de fallo ante el superior funcional, la procedencia excepcional de la tutela contra sentencias, esto es, cuando se incurriera en vías de hecho, temporalmente restringida, y contra dilaciones judiciales injustificadas. Después de cuatro años de haberse tramitado esta iniciativa las bondades de las reformas puntuales propuestas continúan vigentes, tal el caso de la urgencia de descongestión de las Cortes y la necesidad de retomar la esencia subsidiaria y residual de la institución, que hace la tutela improcedente contra sentencias, como desde su gestación se puso de presente en el seno de la Asamblea Constituyente.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Esta modalidad procesal de protección de derechos, a la manera del *writ of mandamus* anglosajón, se incorporó en Colombia con el propósito de combatir la falta de actividad

de la administración. Son frecuentes los casos en los cuales pese a existir un clarísimo deber para que las autoridades desarrollen una determinada acción de beneficio particular o colectivo, las mismas se abstienen de hacerlo. El particular afectado podría, entonces, acudir a esta acción para exigir el cumplimiento del deber omitido. Es consagrada en el artículo 87 de la Constitución: "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a las autoridades renuentes el cumplimiento del deber omitido". El núcleo rector de esta acción, compartido con las demás de similar estirpe, es la eficacia del ordenamiento jurídico y en particular el deber de cumplimiento de la función pública, sin que exista una cualificación propiamente dicha para el sujeto accionante, pues cualquier persona —ya que no se requiere la calidad de ciudadano o persona natural o jurídica, público o privada— puede acudir en ejercicio de su derecho público subjetivo de acción ante el órgano judicial. Tampoco tiene un objeto específico de protección, pues bien, puede tratarse de actos que afecten derecho, fundamentales o no, o que se refieran a situaciones jurídicas particulares o generales.

Constituye un medio de participación que confiere el derecho de poner en movimiento el aparato de la justicia, con el fin de controlar a la autoridad reacia en acatar un acto de jerarquía legal o administrativa, para que el deber en ellos previsto no dependa de arbitrio o voluntad del funcionario o del juicio gubernamental de conveniencia, oportunidad o viabilidad. Quiere evitarse, coercitivamente con el respaldo de la jurisdicción, la arbitrariedad de la administración pública, en general, de cualquier autoridad estatal o de quien ejerce funciones públicas, remisa a cumplir con una responsabilidad derivada del imperio de la rusticidad, manifestada en ley o en acto administrativo, que por inactividad esa autoridad llega a desconocer.

ACCIONES POPULARES

El constituyente las concibió con este tenor (art. 88): "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella" (…). "Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos". Tiene como finalidad, a diferencia de las otras ya comentadas, proteger los derechos colectivos consistentes en garantías para la colectividad o para la humanidad, también llamados derechos solidarios o de tercera generación, para diferenciarlos de los de primera —libertades públicas y garantías individuales— y de los de segunda, asistenciales o prestacionales. Su centro concreto es independiente de la calidad del agente productor de la amenaza o daño, y su objetivo es evitar la vulneración que produce su afectación, al igual que llevar las cosas o situaciones al estado en que se encontraban con anterioridad a la reducción de tal causa; de allí que se advierta una naturaleza preventiva e incluso resarcitoria, en caso de probarse responsabilidad en la causación del daño.

Ya en el derecho civil colombiano se las estimaba como acciones que buscaban favorecer los bienes de uso público y de los usuarios. En efecto, el artículo 1005 del Código Civil (Título XIV - Libro II) establece como acción personería especial, así: "La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá (*sic*) a favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia

de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cuente la demolición enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad".

Bajo la perspectiva de este artículo se considera que él comporta un medio válido de defensa para la preservación del medio ambiente, pues éste tiene la connotación de bien de uso público. La acción puede incoarse contra el Estado o contra los particulares. El accionante, en este caso, recurrirá a favor de los bienes de uso público a las mismas acciones reales y posesorias que el particular tiene derecho a utilizar a favor de su propiedad.

A su vez, el artículo 2359 del Código Civil (Título XXXIV - Libro IV), trae una segunda acción popular, de carácter general, con el fin de evitar el daño contingente y el peligro que pueda amenazar a un grupo de personas indeterminadas. Dice la norma: "Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción".

El Estatuto del Consumidor, decreto 3466 de 1982, en el artículo 36 tipifica la que podemos considerar como una tercera acción popular, encaminada al cobro de perjuicios e indemnizaciones ocasionados cuando se violan las normas legales establecidas a favor del consumidor. Preceptúa tal artículo: "Indemnización de daños y perjuicios. Salvo en caso previsto en el artículo 40, en todos los eventos en que según este decreto sea procedente la indemnización de perjuicios, los consumidores podrán ejercer las acciones indemnizatorias pertinentes por los trámites del proceso verbal prescrito en el título XXIII del Código de Procedimiento Civil, con observancia de las siguientes reglas adicionales…".

ACCIONES DE GRUPO

Su propósito es el resarcimiento de los perjuicios que, con menoscabo de derechos individuales o subjetivos, se generen a un grupo de personas, bien que el derecho sea de origen constitucional o, en su caso, legal. Dispone el inciso 2º del citado artículo 88: "También regula las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares". Se busca obtener la reparación de daños que puedan causar la acción u omisión de una autoridad o un particular; por la vulneración de derechos subjetivos a un grupo de personas, de manera uniforme, comunidad procesal proveniente de la identidad del daño, para conseguir la reparación respectiva de perjuicios con el pago de la indemnización correspondiente, de manera diligente y efectiva. La configuración de esta acción no tiene por destinataria una topología o clase particular, por lo que puede ser objeto de su defensa cualquiera de ellos, fundamentales o no, prestacionales, o asistenciales, con la sola exigencia de tratarse de derechos subjetivos. Debe resaltarse que procesalmente es una acción principal; esto es, no tiene el carácter de residual o subsidiaria —a diferencia de la tutela, por ejemplo; pues puede entablarse sin perjuicio de las acciones individuales, de manera que la legitimación de cada integrante del grupo no es incompatible con su derecho personal de acción.

Adicionalmente a las acciones analizadas, el cometido del constituyente fue el de concebir una protección integral de los derechos, de modo que no se produzca indefensión —a la manera de la Constitución española (Art. 24.1)—, como se desprende del artículo 89 de la Carta según la siguiente atribución legislativa: "Además de los consagra-

dos en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por (*sic*) la integridad del orden jurídico, y por protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas". "Se prospectó aquí el criterio de que no debe existir derecho alguno que carezca de resguardo judicial, por lo cual se dispone en forma genérica un mandato al legislador para establecer las acciones y recursos jurisdiccionales y administrativos que sean necesarios con miras a conseguir una adecuada defensa del orden jurídico y de los derechos que la Constitución y las leyes traen a favor de los particulares. Queda comprendido todo el conjunto de medios procesales de creación legislativa, que en la actualidad se orientan a la protección de los derechos, por ejemplo los procedimientos ante la jurisdicción contenciosa administrativa, y se deja abierta la posibilidad para que la misma ley desarrolle otros, como podrían ser las acciones tendientes a la reclamación judicial por daño colectivo. Por ello, puede afirmarse que las acciones constitucionales no agotan los instrumentos procesales de defensa de derechos.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Acción que corresponde a aquellas medidas las cuales se propende la defensa abstracta del ordenamiento jurídico, más que de derechos individuales, a diferencia de las anteriormente comentadas. Entraña, eso sí, un derecho político de participación de toda persona en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución, cuando pueda ser vulnerada por cualquier decreto expedido por el Gobierno Nacional, salvo aquellos cuya competencia para el juzgamiento corresponda a la Corte Constitucional (arts. 237.2 y 241). Es sabido que nuestro sistema de control constitucional no es de los llamados por la doctrina "concentrado" en un solo órgano, sino "difuso". Aquí el órgano de control de constitucionalidad es el Consejo de Estado. En el proyecto de reforma constitucional, presentado por el gobierno a consideración de la Asamblea Constituyente, se propuso un modelo de control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional, con competencia para decidir la constitucionalidad de actos legislativos por vicios de forma, de leyes, de decretos legislativos, de proyectos de ley objetados por gobierno, de leyes aprobatorias de tratados, de convocatoria a referendos o a asamblea constitucional, de pérdida de la investidura, de recursos de queja por violación de derechos fundamentales y la de atender la "cuestión previa de inconstitucionalidad" cuando un juez, incluidos los de la jurisdicción contenciosa administrativa, estimara que una norma general era contraria a la Carta y no debía aplicarse en un proceso, para plantear el caso ante el juez constitucional. Tendría, también, atribución para resolver sobre los actos administrativos de contenido general y en algunos casos de contenido particular. El Consejo de Estado conservaba su calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, con la función de decidir sobre la legalidad de los actos administrativos de carácter general o particular; en acción de nulidad por ilegalidad. Dentro de esta perspectiva quedaba la Corte Constitucional con la totalidad de la función de control constitucional.

Pero la Asamblea resolvió mantener, e incluso ampliar, las funciones de la justicia administrativa como juez constitucional. Es así como la Constituciones diferencia las funciones del Consejo de Estado para controlar la legalidad de los actos administrativos como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, de la competencia como juez constitucional para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad. Esto ha llevado a la jurisprudencia a distinguir la acción según que la violación de la Constitución

sea directa o no, y la naturaleza del decreto objeto de acusación, pues si entre el acto administrativo y la Carta media una ley, su confrontación ha de hacerse frente a ésta y, en consecuencia, la decisión tendrá por objeto la legalidad del acto; a diferencia de la ausencia de ley, en cuyo caso la confrontación se hará directamente con la Constitución y, por tanto, la acción será de nulidad por inconstitucionalidad. Es decir, se diferencia de la acción de simple nulidad por ilegalidad en la materia normativa objeto de defensa, que es, para el caso, la efectividad del principio medular de la supremacía constitucional y no el de legalidad en sentido estricto, ya que su presupuesto procesal es la trasgresión del precepto superior en forma directa.

ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Es una acción, también de control de constitucionalidad en la medida en que se atribuye privativamente a la jurisdicción contenciosa la vigilancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas. Está reglada en sus principales extremos procesales directamente por la Carta (causales y juez competente), deja a la ley el procedimiento (leyes 5ª de 1992 y 1244 de 1994), y representa otro derecho político, sólo por quien tenga la calidad de ciudadano, además de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente (C.N. art. 184).[34]

[34] http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/TeoriasAccionesConstidrTrejos.html

620 blanca

Capítulo VII

El proceso constitucional de *Habeas corpus*

187. Remisión

187.1. En el parágrafo 113 se tuvo oportunidad de analizar los criterios generales que tiene el *Habeas corpus* como derecho a la libertad individual. Precisamente definen las constituciones latinoamericanas esa identificación objetiva a saber:

187.2. Argentina

Art. 43.—Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial mas idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades publicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. 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 privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. 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 ilegitimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *Habeas 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.

187.3. Bolivia

Art.18.—

I. Toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente perseguida, detenida, procesada o presa podrá ocurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, con poder notariado o sin él, ante la Corte Superior del Distrito o ante cualquier juez de Partido, a elección suya,

en demanda de que se guarden las formalidades legales. En los lugares donde no hubiere juez de Partido la demanda podrá interponerse ante un juez Instructor.

II. La autoridad judicial señalará de inmediato día y hora de audiencia pública, disponiendo que el actor sea conducido a su presencia. Con dicha orden se practicará citación personal o por cédula en la oficina de la autoridad demandada, orden que será obedecida sin observación ni excusa, tanto por aquella cuanto por los encargados de las cárceles o lugares de detención sin que éstos, una vez citados, puedan desobedecer arguyendo orden superior.

III. En ningún caso podrá suspenderse la audiencia. Instruida de los antecedentes, la autoridad judicial dictará sentencia en la misma audiencia ordenando la libertad, haciendo que se reparen los defectos legales o poniendo al demandante a disposición del juez competente. El fallo deberá ejecutarse en el acto. La decisión que se pronuncie se elevará en revisión, de oficio, ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de veinticuatro horas, sin que por ello se suspenda la ejecución del fallo.

IV. Si el demandado después de asistir a la audiencia la abandona antes de escuchar la sentencia, ésta será notificada validamente en estrados. Si no concurriere, la audiencia se llevará a efecto en su rebeldía y oída la exposición del actor o su representante, se dictará sentencia.

V. Los funcionarios públicos o personas particulares que resistan las decisiones judiciales, en los casos previstos por este artículo, serán remitidos por orden de la autoridad que conoció el "*habeas corpus*" ante el juez en lo penal para su juzgamiento como reos de atentado contra las garantías constitucionales.

VI. La autoridad judicial que no procediera conforme a lo dispuesto por este artículo quedará sujeta a sanción con arreglo al Art. 123º, atribución 3ª de esta Constitución.

187.4. Brasil

Art. 5º.—

[...] 60. Nadie será detenido sino en flagrante delito o por orden escrita y fundamentada de la autoridad judicial competente, salvo el de los casos de transgresión militar o delito propiamente militar, definidos en la ley;

61. La detención de cualquier persona y el lugar donde se encuentre serán comunicados inmediatamente al juez competente y a la familia del detenido o a la persona indicada por él;

62. El detenido será informado de sus derechos, entre ellos el de permanecer callado, asegurándose la asistencia de la familia y de abogado;

63. El detenido tiene derecho a la identificación de los responsables de su detención o de su interrogatorio policial;

64. La detención ilegal será inmediatamente levantada por la autoridad judicial;

65. Nadie será llevado a prisión, ni mantenido en ella, cuando la ley admitiere la libertad provisional, con o sin fianza;

66. No habrá prisión civil por deudas, salvo para los responsables por el incumplimiento voluntario e inexcusable de la obligación de alimentos y para los depositarios infieles;

67. Se concederá "*habeas corpus*" siempre que alguien sufriera o se creyera amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder;

187.5. Chile

ART. 19.—La Constitución asegura a todas las personas:

1º. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

2º. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

3º. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

[…]

7º. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia:

a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República , trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;

b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;

c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas;

d) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.

Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público.

Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito;

e) La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesario para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.

La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9°, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple;

f) En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley;

g) No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas;

h) No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales, e

i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia.

ART. 21.—Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la

libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

187.6. Colombia

ART. 29.—El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

ART. 30.—Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el *Habeas Corpus*, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.

ART. 31.—Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

ART. 33.—Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

ART. 86.—Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afectare

grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefección.

ART. 87.—Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

187.7. Costa Rica

ART. 30.—Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado.

ART. 34.—A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.

ART. 35.—Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución.

ART. 36.—En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

ART. 39.—A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.

ART. 42.—Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible. Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.

ART. 48.—Toda persona tiene derecho al recurso de *Habeas corpus* para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

187.8. Cuba

ART. 59.—Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que estas establecen. Todo acusado tiene derecho a la defensa. No se ejercerá violencia ni coacción de clase alguna sobre las personas para forzarlas a declarar. Es nula toda declaración obtenida con infracción de este precepto y los responsables incurrirán en las sanciones que fija la ley.

ART. 61.—Las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando sean favorables al encausado o sancionado. Las demás leyes no tienen efecto retroactivo a menos que en las mismas se disponga lo contrario por razón de interés social o utilidad publica.

187.9. Ecuador

ART. 66.—Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.

2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.

3. El derecho a la integridad personal, que incluye: *a)* La integridad física, psíquica, moral y sexual. *b)* Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. *c)* La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes. *d)* La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos.

[...]

29. Los derechos de libertad también incluyen: *a)* El reconocimiento de que todas las personas nacen libres. *b)* La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad. *c)* Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. *d)* Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

ART. 77.—En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.

3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.

6. Nadie podrá ser incomunicado.

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye: *a)* Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento. *b)* Acogerse al silencio. *c)* Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

8. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.

10. Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso.

11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.

12. Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley.

13. Para las adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas.

14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre. Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios. Para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se aplicará lo dispuesto en la ley.

ART. 78.—Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

ART. 79.—En ningún caso se concederá la extradición de una ecuatoriana o ecuatoriano. Su juzgamiento se sujetará a las leyes del Ecuador.

ART. 80.—Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó.

ART. 81.—La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.

ART. 82.—El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

ART. 89.—La acción de *Habeas corpus* tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad. Inmediatamente de interpuesta la acción, la jueza o juez convocará a una audiencia que deberá realizarse en las veinticuatro horas siguientes, en la que se deberá presentar la orden de detención con las formalidades de ley y las justificaciones de hecho y de derecho que sustenten la medida. La jueza o juez ordenará la comparecencia de la persona privada de libertad, de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona detenida, de la defensora o defensor público y de quien la haya dispuesto o provocado, según el caso. De ser necesario, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurra la privación de libertad. La jueza o juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes a la finalización de la audiencia. En caso de privación ilegítima o arbitraria, se dispondrá la libertad. La resolución que ordene la libertad se cumplirá de forma inmediata.

En caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable. Cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia.

ART. 90.—Cuando se desconozca el lugar de la privación de libertad y existan indicios sobre la intervención de algún funcionario público o cualquier otro agente del Estado, o

de personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, la jueza o juez deberá convocar a audiencia al máximo representante de la Policía Nacional y al ministro competente. Después de escucharlos, se adoptarán las medidas necesarias para ubicar a la persona y a los responsables de la privación de libertad.

187.10. El Salvador

ART. 11.—Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa. Toda persona tiene derecho al *habeas corpus* cuando cualquier autoridad o individuo restrinja ilegalmente su libertad.

ART. 12.—Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.

La persona detenida debe ser informada de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca.

Las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor; quien así las obtuviese y empleare incurrirá en responsabilidad penal.

ART. 13.—Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas. Cuando un delincuente sea sorprendido *in fraganti*, puede ser detenido por cualquier persona, para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente.

La detención administrativa no excederá de setenta y dos horas, dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente, con las diligencias que hubiere practicado.

La detención para inquirir no pasará de setenta y dos horas y el tribunal correspondiente estará obligado a notificar al detenido, a recibir su indagatoria y a decretar su libertad o detención provisional, dentro de dicho término.

Por razones de defensa social, podrán ser sometidos a medidas de seguridad reeducativas o de readaptación, los sujetos que por su actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgos inminentes para la sociedad o para los individuos. Dichas medidas de seguridad deben estar estrictamente reglamentadas por la ley y sometidas a la competencia del Órgano Judicial.

ART. 14.—Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante, la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el juicio correspondiente, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por quince días o con multa, la cual podrá permutarse por un período igual.

ART. 15.—Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.

187.11. Guatemala

ART. 6. *Detención legal*.—Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad. El funcionario, o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la Ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente.

ART. 7. *Notificación de la causa de detención*.—Toda persona detenida deberá ser notificada inmediatamente, en forma verbal y por escrito, de la causa que motivó su detención, autoridad que la ordenó y lugar en el que permanecerá. La misma notificación deberá hacerse por el medio más rápido a la persona que el detenido designe y la autoridad será responsable de la efectividad de la notificación.

ART. 8. *Derechos del detenido*. Todo detenido deberá ser informado inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles, especialmente que puede proveerse de un defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales. El detenido no podrá ser obligado a declarar sino ante autoridad judicial competente.

ART. 9. Interrogatorio a detenidos o presos.—Las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos o presos. Esta diligencia deberá practicarse dentro de un plazo que no exceda de veinticuatro horas. El interrogatorio extrajudicial carece de valor probatorio.

ART. 10. *Centro de detención legal*.—Las personas aprehendidas por la autoridad no podrán ser conducidas a lugares de detención, arresto o prisión diferentes a los que están legal y públicamente destinados al efecto. Los centros de detención, arresto o prisión provisional, serán distintos a aquellos en que han de cumplirse las condenas.

Las autoridades y sus agentes, que violen lo dispuesto en el presente artículo, serán personalmente responsables.

ART. 11. *Detención por faltas o infracciones*.—Por faltas o por infracciones a los reglamentos no deben permanecer detenidas las personas cuya identidad pueda establecerse mediante documentación, por el testimonio de persona de arraigo, o por la propia autoridad. En dichos casos, bajo pena de la sanción correspondiente, la autoridad limitará su cometido a dar parte del hecho a juez competente y a prevenir al infractor, para que comparezca ante el mismo dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles siguientes. Para este efecto, son hábiles todos los días del año, y las horas comprendidas entre las ocho y las dieciocho horas. Quienes desobedezcan el emplazamiento serán sancionados conforme a la ley. La persona que no pueda identificarse conforme a lo dispuesto en este artículo, será puesta a disposición de la autoridad judicial más cercana, dentro de la primera hora siguiente a su detención.

ART. 12. *Derecho de defensa*. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

ART. 13. *Motivos para auto de prisión*.—No podrá dictarse auto de prisión, sin que proceda información de haberse cometido un delito y sin que concurran motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él.

Las autoridades policiales no podrán presentar de oficio, ante los medios de comunicación social, a ninguna persona que previamente no haya sido indagada por tribunal competente.

ART. 14. *Presunción de inocencia y publicidad del proceso*.—Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada. El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer, personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata.

ART. 15. *Irretroactividad de la ley*.—La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en material penal cuando favorezca al reo.

ART. 16. *Declaración contra sí y parientes*.—En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra parientes dentro de los grados de ley.

ART. 17. *No hay delito ni pena sin ley anterior*.—No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda.

ART. 18. *Pena de muerte*.—La pena de muerte no podrá imponerse en los siguientes casos: *a)* Con fundamento en presunciones; *b)* A las mujeres; *c)* A los mayores de sesenta años; *d)* A los reos de delitos políticos y comunes conexos con los políticos; y *e)* A reos cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.

Contra la sentencia que imponga la pena de muerte, serán admisibles todos los recursos legales pertinentes, inclusive el de casación; éste siempre será admitido para su trámite. La pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos. El Congreso de la República podrá abolir la pena de muerte.

ART. 19. *Sistema penitenciario*.—El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas: *a)* Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos; *b)* Deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto. Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado; y *c)* Tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso, con el representante diplomático o consular de su nacionalidad.

La infracción de cualquiera de las normas establecidas en este artículo, da derecho al detenido a reclamar del Estado la indemnización por los daños ocasionados y la Corte Suprema de Justicia ordenará su protección inmediata.

El Estado deberá crear y fomentar las condiciones para el exacto cumplimiento de lo preceptuado en este artículo.

ART. 20. *Menores de edad.*—Los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud. Los menores, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser recluidos en centros penales o de detención destinados para adultos. Una ley específica regulará esta materia.

ART. 21. Sanciones a funcionarios o empleados públicos. Los funcionarios, empleados públicos u otras personas que den o ejecuten órdenes contra lo dispuesto en los dos artículos anteriores, además de las sanciones que les imponga la ley, serán destituidos inmediatamente de su cargo, en su caso, e inhabilitados para el desempeño de cualquier cargo o empleo público.

El custodio que hiciera uso indebido de medios o armas contra un detenido o preso, será responsable conforme a la Ley Penal. El delito cometido en esas circunstancias es imprescriptible.

ART. 22. *Antecedentes penales y policiales.*—Los antecedentes penales y policiales no son causa para que a las personas se les restrinja en el ejercicio de sus derechos que esta Constitución y las leyes de la República les garantizan, salvo cuando se limiten por ley, o en sentencia firme, y por el plazo fijado en la misma.

187.12. México

ART. 13.—Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar mas emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

ART. 14.—A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundara en los principios generales del derecho.

ART. 17.—Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

ART. 19.—Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto desvinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decrete la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

ART. 20.—El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo. En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

187.13. Nicaragua

ART. 25.—Toda persona tiene derecho:

1. A la libertad individual.
2. A su seguridad.
3. Al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica.

ART. 33.—Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal. En consecuencia:

1. La detención sólo podrá efectuarse en virtud de mandamiento escrito de juez competente o de las autoridades expresamente facultadas por la ley, salvo el caso de flagrante delito.

2. Todo detenido tiene derecho:

2.1. A ser informado sin demora en idioma o lengua que comprenda, y en forma detallada, de las causas de su detención y de la acusación formulada en su contra; a que se informe de su detención por parte de la policía, y él mismo a informar a su familia o a quien estime conveniente; y también a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2.2. A ser puesto en libertad o a la orden de autoridad competente dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas posteriores a su detención.

3. Una vez cumplida la pena impuesta, nadie deberá continuar detenido después de dictarse la orden de excarcelación por la autoridad competente.

4. Toda detención ilegal causa responsabilidad civil y penal en la autoridad que la ordene o ejecute.

5. Los organismos correspondientes procurarán que los procesados y los condenados guarden prisión en centros diferentes.

ART. 34.—Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

1. A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la ley.

2. A ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción.

3. A ser sometido al juicio por jurados en los casos determinados por la ley. Se establece el recurso de revisión.

4. A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa.

5. A que se le nombre defensor de oficio cuando en la primera intervención no hubiera designado defensor; o cuando no fuere habido, previo llamamiento por edicto. El procesado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor.

6. A se asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal.

7. A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable.

8. A que se le dicte sentencia dentro de los términos legales en cada una de las instancias del proceso.

9. A recurrir ante un tribunal superior, a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito.

10. A no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme.

11. A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se prohíbe dictar leyes proscriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes.

El proceso penal deberá ser público. El acceso de la prensa y el público en general podrá ser limitado, por consideraciones de moral y orden público.

El ofendido será tenido como parte en los juicios, desde el inicio de los mismos y en todas sus instancias.

Art. 35.—Los menores no pueden ser sujetos ni objeto de juzgamiento ni sometidos a procedimiento judicial alguno. Los menores transgresores no pueden ser conducidos a los centros de readaptación penal y serán atendidos en centros bajo la responsabilidad del organismo especializado. Una ley regulará esta materia.

Art. 45.—Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el recurso de exhibición personal o de amparo, según el caso y de acuerdo con la Ley de Amparo.

187.14. Panamá

Art. 23.—Todo individuo detenido fuera de los casos y a la forma que prescriben esta Constitución y la Ley, será puesto en libertad a petición suya o de otra persona, mediante el recurso de *habeas corpus* que podrá ser interpuesto inmediatamente después de la detención y sin consideración a la pena aplicable.

El recurso se tramitará con prelación a otros casos pendientes mediante procedimiento sumarísimo, sin que el trámite pueda ser suspendido por razón de horas o días inhábiles.

ART. 25.—Nadie está obligado a declarar en asunto criminal, correccional o de policía, contra sí mismo, su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

ART. 31.—Solo serán penados los hechos declarados punibles por Ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado.

ART. 32.—Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, política o disciplinaria.

ART. 50.—Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o no hacer, que viole los derechos y garantías que está constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquiera persona. El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales.

187.15. Paraguay

ART. 14. *De la irretroactividad de la ley*.—Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o al condenado.

ART. 16. *De la defensa en juicio*.—La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.

ART. 17. *De los derechos procesales*.—En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:

1) que sea presumida su inocencia;

2) que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos;

3) que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales;

4) que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal;

5) que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección;

6) que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo;

7) la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación;

8) que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas;

9) que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas;

10) el acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley, y

11) a la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial.

ART. 18. *De las restricciones de la declaración.*—Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unida ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive.

Los actos ilícitos o la deshonra de los imputados no afectan a sus parientes o allegados.

ART. 22. *De la publicación sobre procesos.*—La publicación sobre procesos judiciales en curso debe realizarse sin prejuzgamiento. El procesado no deberá ser presentado como culpable antes de la sentencia ejecutoriada.

ART. 23. *De la prueba de la verdad.*—La prueba de la verdad y de la notoriedad no serán admisibles en los procesos que se promoviesen con motivo de publicaciones de cualquier carácter que afecten al honor, a la reputación o a la dignidad de las personas, y que se refieran a delitos de acción penal privada o a conductas privadas que esta Constitución o la ley declaran exentas de la autoridad pública. Dichas pruebas serán admitidas cuando el proceso fuera promovido por la publicación de censuras a la conducta pública de los funcionarios del Estado, y en los demás casos establecidos expresamente por la ley.

ART. 131. *De las garantías.*—Para hacer efectivos los derechos consagrados en esta Constitución, se establecen las garantías contenidas en este capítulo, las cuales serán reglamentadas por la ley.

ART. 133.—*Del Habeas corpus.*—Esta garantía podrá ser interpuesto por el afectado, por sí o por interpósita persona, sin necesidad de poder por cualquier medio fehaciente, y ante cualquier juez de Primera Instancia de la circunscripción judicial respectiva.

El *Habeas Corpus* podrá ser:

Preventivo: en virtud del cual toda persona, en trance inminente de ser privada ilegalmente de su libertad física, podrá recabar el examen de la legitimidad de las circunstancias que, a criterio del afectado, amenacen su libertad, así como una orden de cesación de dichas restricciones.

Reparador: en virtud del cual toda persona que se hallase ilegalmente privada de su libertad puede recabar la rectificación de las circunstancias del caso. El magistrado ordenará la comparecencia del detenido, con un informe del agente público o privado que lo detuvo, dentro de las veinticuatro horas de radicada la petición. Si el requerido no lo hiciese así, el juez se constituirá en el sitio en el que se halle recluida la persona, y en dicho lugar hará juicio de méritos y dispondrá su inmediata libertad, igual que si se hubiere cumplido con la presentación del detenido y se haya radicado el informe. Si no existiesen motivos legales que autoricen la privación de su libertad, la dispondrá de inmediato; si hubiese orden escrita de autoridad judicial, remitirá los antecedentes a quien dispuso la detención.

Genérico: en virtud del cual se podrán demandar rectificación de circunstancias que, no estando contempladas en los dos casos anteriores, restrinjan la libertad o amenacen la seguridad personal. Asimismo, esta garantía podrá interponerse en casos de violencia física, psíquica o moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad.

La ley reglamentará las diversas modalidades del *Habeas corpus*, las cuales procederán incluso, durante el Estado de excepción. El procedimiento será breve, sumario y gratuito, pudiendo ser iniciado de oficio.

187.16. Perú

ART. 2°.—Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas, o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.

13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

16. A la propiedad y a la herencia.

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional.

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.

21. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República.

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

23. A la legítima defensa.

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

g. Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

ART. 200.—Son garantías constitucionales:

La Acción de *Habeas Corpus*, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

La Acción de Amparo, que procede contra e hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales, emanadas de procedimiento regular.

La Acción de *Habeas Data*, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2° incisos 5, 6, y 7 de la Constitución.

La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley, que procede contra las normas tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de *Habeas corpus* y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

187.17. República Dominicana

ART. 8.—Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos. Para garantizar la realización de esos fines se fijan las siguientes normas:

La seguridad individual.

En consecuencia: No se establecerá al apremio corporal por deuda que no proviniere de infracción a las leyes penales. Nadie podrá ser reducido a prisión ni cohibido en su libertad sin orden motivada y escrita de funcionario judicial competente, salvo el caso de flagrante delito. Toda persona privada de su libertad sin causa o sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta inmediatamente en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona. Toda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad. Todo arresto se dejará sin efecto o se elevará a prisión dentro de las cuarenta y ocho horas de haber sido sometido el arrestado a la autoridad judicial competente, debiendo notificarse al interesado dentro del mismo plazo, la providencia que al efecto se dictare.

Queda terminantemente prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar sin orden escrita y motivada de la autoridad judicial competente.

Toda persona que tenga bajo su guarda a un detenido estará obligada a presentarlo tan pronto como se lo requiera la autoridad competente. La Ley de *Habeas Corpus*, determinará la manera de proceder sumariamente para el cumplimiento de las prescripciones contenidas en las letras *a)*, *b)*, *c)*, *d)*, *e)*, *f)* y *g)* y establecerá la sanciones que proceda.

Nadie podrá ser juzgado dos veces por una misma causa.

Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo.

Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa. Las audiencias serán públicas, con las excepciones que establezca la ley, en los casos en que la publicidad resulte perjudicial al orden público o a las buenas costumbres [...].

ART. 47.—La ley solo dispone y se aplica para lo porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté sub-judice o cumpliendo condena. En ningún caso

la ley ni poder público alguno podrá afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior.

187.18. Uruguay

ART. 12.—Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.

ART. 17.—En caso de prisión indebida el interesado o cualquier persona podrá interponer ante el juez competente el recurso de "*habeas corpus*", a fin de que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el juez indicado.

ART. 20.—Quedan abolidos los juramentos de los acusados en sus declaraciones o confesiones, sobre hecho propio; y prohibido el que sean tratados en ellas como reos.

ART. 21.—Queda igualmente vedado el juicio criminal en rebeldía. La ley proveerá lo conveniente a este respecto.

ART. 22.-Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas.

ART. 254. La justicia será gratuita para los declarados pobres con arreglo a la ley. En los pleitos en que tal declaración se hubiere hecho a favor del demandante, el demandado gozará del mismo beneficio hasta la sentencia definitiva, la cual lo consolidará si declara la ligereza culpable del demandante en el ejercicio de su acción.

187.19. Venezuela

ART. 26.—Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

ART. 27.—Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

188. El procedimiento en el *Habeas corpus* de Argentina[35]

188.1. La Ley 23.098 reglamenta en Argentina el procedimiento para actuar en el proceso constitucional de *Habeas corpus*. A diferencia de otras leyes (como la de amparo) la norma se aplica en todo el territorio nacional, pese a que la reglamentación no obstaculiza la aplicación de las constituciones de provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos de la libertad.

188.2. La aplicación de esta ley corresponderá a los tribunales nacionales o provinciales, según el acto denunciado como lesivo emane de autoridad nacional o provincial.

Cuando el acto lesivo proceda de un particular, la competencia se determina por el lugar o la persona aunque la regla es flexible. Aclara la ley que si inicialmente se ignora la autoridad de quien emana el acto denunciado como lesivo, va a conocer en la causa cualquiera de aquellos tribunales, según las reglas que rigen su competencia territorial hasta establecer el presupuesto del párrafo anterior que determinará definitivamente el tribunal de aplicación.

188.3. El procedimiento de *Habeas corpus* procede cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique: *a)* limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente; *b)* agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.

188.4. Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el artículo 23 de la constitución argentina, el procedimiento de *Habeas corpus* podrá tender a comprobar, en el caso concreto: *a)* la legitimidad de la declaración del estado de sitio; *b)* la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio; *c)* la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas; *d)* el efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del artículo 23 de la Constitución referida.

188.5. La denuncia de *Habeas corpus* podrá ser interpuesta por la persona que afirme encontrarse en las condiciones previstas por la ley o por cualquier otra en su favor.

En su parte pertinente, el art. 43 de la Constitución en cita sostiene que la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolver de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Se puede afirmar que la inclusión en el capítulo de "nuevos derechos y garantías" de este derecho a la libertad no hace más que ponerse a tono con un tiempo

[35] Texto según ley 23.098.

trazado por las aspiraciones mundiales reflejadas en los textos de pactos y tratados que, en nuestro caso, son de aplicación obligatoria (art. 75.22 de la Carta Magna).

Esta amplitud de legitimados puede reclamar por los derechos de una persona que se encuentra en alguna de estas condiciones:

a) libertad física lesionada, restringida, alterada o amenazada (detención ilegal o posibilidad de perder la libertad ambulatoria);

b) desaparición forzada de personas, por autoridades o individuos desconocidos y, obviamente, sin causa sabida por medios fehacientes;

c) condiciones carcelarias justas y apropiadas con la garantía del párrafo final del artículo 18 de la Constitución en cuanto refiere a que "...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".

d) garantías procesales vinculadas con los incisos detallados precedentemente, en cuanto refiera al debido proceso, o a la rapidez y expeditividad con que debe resolverse cualquier situación relacionada con las personas privadas de su libertad.

188.6. Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad, cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional.

188.7. Las sentencias que dicten los tribunales superiores en el procedimiento de *Habeas corpus* serán consideradas definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema. El recurso procederá en los casos y formas previstas por las leyes vigentes.

189. Reglas particulares

189.1. Cuando el acto denunciado como lesivo emane de autoridad nacional conocerán de los procedimientos de *Habeas corpus*: *a)* en la Capital Federal los jueces de primera instancia en lo criminal de instrucción; *b)* en territorio nacional o provincias los jueces de sección, según las reglas que rigen su competencia territorial.

189.2. La denuncia de *Habeas corpus* deberá contener: *a)* nombre y domicilio real del denunciante; *b)* nombre, domicilio real y demás datos personales conocidos de la persona en cuyo favor se denuncia; *c)* autoridad de quien emana el acto denunciado como lesivo; *d)* causa o pretexto del acto denunciado como lesivo en la medida del conocimiento del denunciante; *e)* expresará además en qué consiste la ilegitimidad del acto. Si el denunciante ignorase alguno de los requisitos contenidos, proporcionará los datos que mejor condujeran a su averiguación. La denuncia podrá ser formulada a cualquier hora del día por escrito u oralmente en acta ante el secretario del tribunal; en ambos casos se comprobará inmediatamente la identidad del denunciante y cuando ello no fuera posible, sin perjuicio de la prosecución del trámite, el tribunal arbitrará los medios necesarios a tal efecto.

189.3. El juez rechazará la denuncia que no se refiera a alguno de los casos previstos. Si se considerara incompetente así lo declarará. En ambos casos elevará de inmediato la resolución en consulta a la Cámara de Apelaciones, que decidirá a más tardar dentro de las veinticuatro horas; si confirmare la resolución de incompetencia remitirá los autos al juez que considere competente. Cuando el tribunal de primera instancia tenga su sede en distinta localidad que la Cámara de Apelaciones sólo remitirá testimonio completo de lo actuado por el medio más rápido posible. La Cámara a su vez, si revoca la resolución, notificará por telegrama la decisión debiendo el juez continuar de inmediato el procedimiento. El juez no podrá rechazar la denuncia por defectos formales, proveyendo de inmediato las medidas necesarias para su subsanación, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

189.4. Cuando se tratare de la privación de la libertad de una persona, formulada la denuncia el juez ordenará inmediatamente que la autoridad requerida, en su caso, presente ante él al detenido con un informe circunstanciado del motivo que funda la medida, la forma y condiciones en que se cumple si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en el cual deberá acompañarla, y si el detenido hubiese sido puesto a disposición de otra autoridad a quien, por qué causa, y en qué oportunidad se efectuó la transferencia.

Cuando se tratare de amenaza actual de privación de la libertad de una persona el juez ordenará que la autoridad requerida presente el informe a que se refiere el párrafo anterior: Si se ignora la autoridad que detenta la persona privada de su libertad o de la cual emana el acto denunciado como lesivo, el juez librará la orden a los superiores jerárquicos de la dependencia que la denuncia indique. La orden se emitirá por escrito con expresión de fecha y hora salvo que el juez considere necesario constituirse personalmente en el lugar donde se encuentre el detenido caso en el cual podrá emitirla oralmente, pero dejará constancia en acta.

Cuando un tribunal o juez de jurisdicción competente tenga conocimiento por prueba satisfactoria de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento por funcionario de su dependencia o inferior administrativo, político o militar y que es de temerse sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o que se le hará sufrir un perjuicio irreparable antes de que pueda ser socorrida por un auto de *Habeas corpus*, pueden expedirlo de oficio, ordenando a quien la detiene o a cualquier comisario, agente de policía u otro empleado, que tome la persona detenida o amenazada y la traiga a su presencia para resolver lo que corresponda según derecho.

189.5. La autoridad requerida cumplirá la orden de inmediato o en el plazo que el juez determine de acuerdo con las circunstancias del caso. Si por un impedimento físico el detenido no pudiere ser llevado a presencia del juez la autoridad requerida presentará en el mismo plazo un informe complementario sobre la causa que impide el cumplimiento de la orden, estimando el término en que podrá ser cumplida. El juez decidirá expresamente sobre el particular pudiendo constituirse donde se encuentra el detenido si estimare necesario realizar alguna diligencia y aún autorizar a

un familiar o persona de confianza para que lo vea en su presencia. Desde el conocimiento de la orden el detenido quedará a disposición del juez que la emitió para la realización del procedimiento.

189.6. La orden implicará para la autoridad requerida citación a la audiencia prevista por el artículo siguiente, a la que podrá comparecer representada por un funcionario de la repartición debidamente autorizado, con derecho a asistencia letrada. Cuando el amparado no estuviere privado de su libertad el juez lo citará inmediatamente para la audiencia prevista en el artículo siguiente, comunicándole que, en su ausencia, será representado por el defensor oficial.

El amparado podrá nombrar defensor o ejercer la defensa por sí mismo siempre que ello no perjudique su eficacia, caso en el cual se nombrará al defensor oficial.

En el procedimiento de *Habeas corpus* no será admitida ninguna recusación, pero en este momento el juez que se considere inhabilitado por temor de parcialidad así lo declarará, mandando cumplir la audiencia ante el juez que le sigue en turno o su subrogante legal, en su caso.

189.7. La audiencia se realizará en presencia de los citados que comparezcan. La persona que se encuentra privada de su libertad deberá estar siempre presente. La presencia del defensor oficial será obligatoria. La audiencia comenzará con la lectura de la denuncia y el informe. Luego el juez interrogará al amparado proveyendo en su caso a los exámenes que correspondan. Dará oportunidad para que se pronuncien la autoridad requerida y el amparado, personalmente o por intermedio de su asistente letrado o defensor.

189.8. Si de oficio o a pedido de alguno de los intervinientes se estima necesario la realización de diligencias probatorias, el juez determinará su admisibilidad o rechazo de acuerdo con la utilidad o pertinencia al caso de que se trata.

La prueba se incorporará en el mismo acto y de no ser posible el juez ordenará las medidas necesarias para que se continúe la audiencia en un plazo que no exceda las 24 horas.

Finalizada la recepción de la prueba se oirá a los intervinientes de acuerdo a lo previsto.

189.9. En la audiencia se labrará acta por el secretario, que deberá contener: *a)* nombre del juez y los intervinientes; *b)* mención de los actos que se desarrollaron en la audiencia, con indicación de nombre y domicilio de los peritos, intérpretes o testigos que concurrieron; *c)* si se ofreció prueba, constancia de la admisión o rechazo y su fundamento sucinto; *d)* cuando los intervinientes lo pidieran, resumen de la parte sustancial de la declaración o dictamen que haya de tenerse en cuenta; *e)* día y hora de audiencia, firma del juez y secretario y de los intervinientes que lo quisieren hacer.

189.10. Terminada la audiencia el juez dictará inmediatamente la decisión, que deberá contener: *a)* día y hora de su emisión; *b)* mención del acto denunciado como lesivo, de la autoridad que lo emitió y de la persona que lo sufre; *c)* motivación de

la decisión; *d)* la parte resolutiva, que deberá versar sobre el rechazo de la denuncia o su acogimiento, caso en el cual se ordenará la inmediata libertad del detenido o la cesación del acto lesivo; *e)* costas y sanciones que deban aplicarse; *f)* la firma del juez. Si se tuviere conocimiento de la probable comisión de un delito de acción pública, el juez mandará sacar los testimonios correspondientes haciendo entrega de ellos al ministerio público.

189.11. La decisión será leída inmediatamente por el juez ante los intervinientes y quedará notificada aunque alguno de ellos se hubiere alejado de la sala de audiencia. El defensor oficial que compareciere según el artículo 13, párrafo 2 y 3, no podrá alejarse hasta la lectura de la decisión.

Contra la decisión podrá interponerse recurso de apelación para ante la Cámara en el plazo de 24 horas, por escrito u oralmente, en acta ante el secretario, pudiendo ser fundado.

Podrán interponer recurso el amparado, su defensor, la autoridad requerida o su representante y el denunciante únicamente por la sanción o costas que se le hubieren impuesto, cuando la decisión les cause gravamen. El recurso procederá siempre con efecto suspensivo salvo en lo que respecta a la libertad de la persona que se hará efectiva. Contra la decisión que rechaza el recurso procede la queja ante la Cámara que resolverá dentro del plazo de 24 horas; si lo concede estará a su cargo el emplazamiento previsto en el primer párrafo del artículo siguiente.

189.12. Concedido el recurso los intervinientes serán emplazados por el juez para que dentro de 24 horas comparezcan ante el superior, poniendo el detenido a su disposición. Si la Cámara tuviera su sede en otro lugar, emplazará a los intervinientes para el término que considere conveniente según la distancia.

En el término de emplazamiento los intervinientes podrán fundar el recurso y presentar escritos de mejoramiento de los fundamentos del recurso o la decisión. La Cámara podrá ordenar la renovación de la audiencia oral en lo pertinente, salvando el tribunal los errores u omisiones en que hubiere incurrido el juez de primera instancia.

189.13. Presentada la denuncia se notificará al ministerio público por escrito u oralmente, dejando en este caso constancia en acta, quién tendrá en el procedimiento todos los derechos otorgados a los demás intervinientes, pero no será necesario citarlo o notificarlo para la realización de los actos posteriores. Podrá presentar las instancias que creyere convenientes y recurrirla decisión cualquiera sea el sentido de ella.

El denunciante podrá intervenir en el procedimiento con asistencia letrada y tendrá en él los derechos otorgados a los demás intervinientes.

189.14. Cuando la decisión acoja la denuncia las costas del procedimiento serán a cargo del funcionario responsable del acto lesivo, salvo el caso del artículo 6 en que correrán por el orden causado. Cuando se rechaza la denuncia las costas estarán a cargo de quien las causó, salvo el caso de improcedencia manifiesta declarada en

la decisión en que las soportará el denunciante o el amparado o ambos solidariamente según que la inconducta responda a la actividad de uno de ellos o de ambos a la vez.

190. Sanciones

190.1. El artículo 24 de la ley que se resume (nº 23.091 de *Habeas corpus*) dice: Cuando la denuncia fuere maliciosa por ocultamiento o mendacidad declaradas en la decisión se impondrá al denunciante multa de [...] o arresto de uno (1) a cinco (5) días a cumplirse en la alcaldía del tribunal o en el establecimiento que el juez determine fijadas de acuerdo al grado de su inconducta.

El pronunciamiento podrá ser diferido por el juez expresamente cuando sea necesario realizar averiguaciones; en este caso el recurso se interpondrá una vez emitida la decisión, la que se notificará conforme a las disposiciones del libro primero, Título VI del Código de Procedimientos en materia penal.

La sanción de multa se ejecutará conforme lo prevé el Código Penal, pero su conversión se hará a razón de doscientos pesos argentinos de multa o fracción por cada día de arresto.

Los jueces y los funcionarios intervinientes que incurran injustificadamente en incumplimiento de los plazos que la ley prevé serán sancionados con la multa determinada según el párrafo anterior, sanción que aplicará el juez en la decisión cuando se tratare de funcionarios requeridos y el superior cuando se tratare de magistrados judiciales sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 45 de la Constitución Nacional.

Un excelente estudio de García Belaúnde[36] permite sintetizar este capítulo. Dice el maestro peruano

> [...] El *Habeas Corpus* se incorporó y existe en la actualidad en casi toda la América Latina y se ha desarrollado fundamentalmente por el influjo de la experiencia inglesa, si bien es probable que la experiencia estadounidense se haya extendido más durante el presente siglo. En todos estos países el desarrollo de la institución es similar, con algunas variantes. Conviene con todo, dejar aclarado que el *nomem iuris* es distinto en algunos casos, lo que no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia los reconozcan como *Habeas Corpus* (así en Honduras, El Salvador y Guatemala, recurso de exhibición personal; en Venezuela, amparo a la libertad y seguridad personales; en Chile, recurso de amparo, que protege la libertad personal, mientras que los demás derechos son protegidos por el recurso de protección, etcétera).
>
> Lo primero que hay que destacar es el caso singular de México, porque es en rigor el único país que teniendo un adecuado aparato protector de los derechos de la persona, carece sin embargo del *Habeas Corpus*. México, como se indicó, tiene desde 1841 a nivel local; y luego desde 1847, en concreto desde 1857 a nivel nacional, el amparo, que ha tenido una evolución sumamente compleja y curiosa, y además con velocidad vertiginosa por el enorme desarrollo jurisprudencial y legislativo de los últimos cincuenta años, acom-

[36] García Belaúnde, Domingo, "El *habeas corpus* latinoamericano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 104 (mayo/agosto - 2002).

pañado de una literatura realmente inmanejable. Clásicamente (y así hasta Burgoa) se ha considerado al amparo como un instituto unitario, no obstante sus numerosas variantes en cuanto a alcances protectores y cauces procesales. Pero la teoría más moderna acepta que dentro del amparo, como lo ha señalado Fix-Zamudio, existen diversos sectores, uno de ellos dedicado especialmente a proteger la libertad individual, que el mismo Fix-Zamudio denomina como "amparo-libertad" o "amparo-*Habeas Corpus*", que cautela no sólo la libertad corporal sino la integridad, la deportación, la tortura, etcétera.

Brasil es el país que introduce por vez primera el *Habeas Corpus* en 1830, mucho antes de que fuera consagrado en los Códigos de Livingston de 1837 (aplicados en Guatemala) o el amparo en la Constitución de Yucatán (1841). Ha tenido en ese país una evolución muy curiosa, pues sufrió diversas deformaciones, las que sólo se zanjaron en 1934 cuando fue creado -para la protección de los demás derechos- el famoso mandato de seguridad (mandado de segurança). En Brasil, procede en lo sustancial para proteger a quien sufre o pueda sufrir violencia o coacción ilegal en su libertad de ir y venir.

En Argentina, el *Habeas Corpus* es bastante antiguo, pues se menciona por vez primera —a nivel nacional— en la Ley 48 de 1863, y luego seguirá un camino ascendente y complejo, no obstante que la institución no se encuentra en la Constitución vigente de 1853, aun cuando sí estuvo expresamente en la Constitución peronista de 1949, derogada a la caída de Perón. Pero ello no ha obstado para su desarrollo legislativo, como tampoco para la creación pretoriana del amparo en 1957. Más bien, la reforma constitucional de 1994 ha introducido textualmente el *Habeas Corpus* y el amparo. Adicionalmente, la proliferación legislativa que existe en su interior, propia de un país federal, nos obliga a centrar nuestra exposición en el plano nacional, dejando para otra oportunidad la situación que presenta su derecho público provincial.

También en Argentina, el *Habeas Corpus* se da de manera bastante clásica y vinculada con la libertad personal. En síntesis, procede el *Habeas Corpus* por arresto sin orden de autoridad, pero también se utiliza en otros supuestos cercanos a él: así en el caso de leva sin servicio militar ordenado u obligatorio; por la internación indebida en un nosocomio; por la hospitalización forzosa, por la expulsión de extranjeros, por la negativa a admitir personas en ese país, contra sentencias militares recaídas en civiles y contra lo que afecte la libertad, aun cuando no la anule. En los últimos tiempos se ha utilizado en defensa de los presos, esto es de las personas sentenciadas, pero a las cuales se les ha agravado su condición.

En Perú se sigue también la huella o matriz tradicional, y así figura en la primera ley de *Habeas Corpus* que data de 1897, luego incorporada a las Constituciones de 1920, 1933 y 1979. Al reglamentarse el *Habeas Corpus* y el amparo por Ley 23506 de 1982, ésta señaló en su artículo 12 que se vulnera o amenaza la libertad individual, y en consecuencia procede la acción de *Habeas Corpus*, enunciativamente, en los siguientes casos: guardar reserva sobre convicciones políticas, religiosas, filosóficas o de cualquier índole; la libertad de conciencia y de creencia, el de no ser violentado para obtener declaraciones, el de no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer su culpabilidad en causa penal contra sí mismo ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; el de no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme; el de no ser expatriado ni separado del lugar de su residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería; el de no ser secuestrado; el del extranjero a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso, si peligrase su libertad o seguridad

por el hecho de ser expulsado; el de los nacionales o extranjeros residentes, de ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la ley de extranjería o de sanidad; el de no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en el caso de flagrante delito o el de no ser puesto el detenido dentro de las 24 horas o en el término de la distancia a disposición del juzgado que corresponda; el de no ser detenido por deudas, salvo los casos de obligaciones alimentarias; el de no ser privado del pasaporte dentro o fuera de la república; el de no ser incomunicado, sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito; el de ser asistido por un abogado defensor desde que es citado o detenido por la autoridad; el de hacer retirar las guardias puestas a su domicilio o suspender el seguimiento policial cuando ello atente contra la libertad individual; el de excarcelación en el caso de que un detenido o procesado haya sido amnistiado, indultado, sobreseído, absuelto o declarada prescrita la acción penal o la ejecución de la pena; el de que se observe el trámite prescrito para los funcionarios que señala la Constitución (antejuicio). Una ley posterior ha agregado que también procede el *Habeas Corpus* cuando se dilata la liberación de un detenido, existiendo mandato judicial para ponerlo en libertad.

Como puede verse de esta relación, que tiene un mero carácter enunciativo, el instituto es muy amplio y quizá uno de los más comprensivos dentro de las legislaciones latinoamericanas, ya que permitiría apelar a él en caso de torturas, desapariciones o similares. Tal amplitud se explica si se tiene presente que dicha legislación nace luego de que Perú retorna a la democracia tras doce años de gobierno militar (1968-1980). La reciente Constitución de 1993 en su artículo 200, establece que el *Habeas Corpus* protege la libertad personal, así como los derechos constitucionales conexos, con lo cual ha ratificado constitucionalmente lo que preveía la legislación desde años atrás.

Señalemos finalmente el caso de Costa Rica, que es muy interesante. En efecto, si bien existía el *Habeas Corpus* desde tiempo atrás, al sancionarse en 1989 la Ley de Jurisdicción Constitucional y crearse dentro de la Corte Suprema una Sala Constitucional verdaderamente autónoma, ha creado un órgano especial dentro del Poder Judicial, pero con características afines al denominado "modelo concentrado". La Sala Constitucional, interpretando extensivamente la ley de la materia, ha actuado no sólo en la libertad personal y su defensa, sino que ha llegado incluso hasta intervenir en procesos penales en curso para enmendar yerros o marcar pautas de conducta a la magistratura, considerando que el *Habeas Corpus* procede en cualquier procedimiento penal cuando no se respeta el debido proceso, entendiendo por tal al juez regular, el derecho de defensa, el principio de inocencia, el in dubio pro reo, la libre actuación de las pruebas, la doble instancia, el derecho a la sentencia justa, la eficacia de la sentencia, etcétera. Aún más, Rubén Hernández señala dos casos en los cuales la Sala Constitucional ha anulado dos sentencias penales firmes. Los defensores de esta irrupción de las acciones de *Habeas Corpus* dentro de un proceso penal en curso e incluso para alterar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, han aducido que no se trataba de una incursión de la Sala Constitucional en las salas, cortes o juzgados penales, sino de una incursión de la Constitución en defensa de los derechos humanos, desconocidos por el ordenamiento procesal penal costarricense, del cual dan varios ejemplos. Admitiendo que ese ordenamiento procesal penal fuese represivo y no garantista (no obstante ser un país de gran tradición democrática) y que la jurisprudencia de la Sala Constitucional haya contribuido a enmendar esos extremos, es indudable que como práctica habitual es perniciosa y sólo puede explicarse como un proceder de carácter excepcional ante situaciones gra-

ves, que debería ser minuciosamente reglamentado. Por eso es que con el nuevo Código Procesal Penal de 1996, moderno y garantista, la situación ha cambiado notablemente y tiende a normalizarse.

190.2. Como cierre del tema, es muy importante traer la decisión tomada en "Opinión Consultiva" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 30 de enero de 1987 (OC/8/87), donde expresa la situación como trabaja el *habeas corpus* bajo un régimen de suspensión de garantías.

La consulta fue sometida a la Corte por la Comisión en uso de la potestad que le otorga la Convención conforme a la cual los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la OEA pueden consultar a la Corte, en lo que les compete, sobre "la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos" (art. 64.1). La Comisión es uno de los órganos enumerados en dicho capítulo.

Además, como ya ha manifestado la Corte

> [...] dados los amplios poderes que el artículo 112 de la Carta de la OEA le confiere a la Comisión, en relación con la promoción y observancia de los derechos humanos,... la Comisión posee un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas dentro del marco del artículo 64.1 de la Convención (El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 16).

La solicitud de la Comisión pretende la interpretación de los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención en relación con la última frase del artículo 27.2 de la misma y está, por tanto, incluida en la previsión del artículo 64.1. Como no existió ninguna razón para que la Corte hiciera uso de las facultades de naturaleza permisiva, implícitas en su competencia consultiva, para abstenerse de absolver la consulta ("Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte [art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 31), la Corte la admite y pasa a responderla.

190.3. La Comisión formuló la siguiente consulta a la Corte: ¿El recurso de *habeas corpus*, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una de las garantías judiciales que, de acuerdo a la parte final del párrafo 2 del artículo 27 de esa Convención, no puede suspenderse por un Estado Parte de la citada Convención Americana?

La Comisión desarrolló ampliamente, en su solicitud de opinión, las consideraciones que originan la consulta.

Al respecto dijo, entre otras cosas

> [...] Algunos Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos han entendido que, en situaciones de emergencia, uno de los derechos cuyo ejercicio pueden suspender es el de la protección judicial que se ejerce mediante el *habeas corpus*. Incluso algunos Estados han promulgado una legislación especial o han iniciado una práctica según la cual es posible durante la detención de una persona incomunicarla durante un prolongado período —que en algunos casos puede extenderse hasta 15 días— en el cual

al detenido se le puede privar de todo contacto exterior, no siendo posible, por lo tanto, el recurso de *habeas corpus* durante esos días de incomunicación.

En concepto de la Comisión, es precisamente en esas circunstancias excepcionales cuando el recurso de *habeas corpus* adquiere su mayor importancia. Desde luego, la Comisión admite que en caso de una guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado, el derecho a la libertad personal, conforme al artículo 27 de la Convención Americana, puede transitoriamente suspenderse y la autoridad en la que reside el Poder Ejecutivo puede disponer el arresto temporal de una persona fundada tan sólo en los antecedentes de que dispone para considerar a esa persona un peligro para la independencia o la seguridad del Estado.

Sin embargo, al propio tiempo, la Comisión considera que ni aún bajo una situación de emergencia el *habeas corpus* puede suspenderse o dejarse sin efecto. Como se ha expresado, este recurso tiene por finalidad inmediata poner a disposición de los jueces la persona del detenido, lo que le permite a aquél asegurar si éste está vivo y no se encuentra padeciendo torturas o apremios físicos o sicológicos, lo cual es importante de subrayar, toda vez que el derecho a la integridad personal que reconoce el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es de aquellos derechos que bajo circunstancia alguna pueden suspenderse.

Aún respecto de la libertad personal, cuya suspensión temporal es posible en circunstancias excepcionales, el *habeas corpus* permitirá al juez comprobar si la orden de arresto se apoya en un criterio de razonabilidad, tal como la jurisprudencia de tribunales nacionales de ciertos países que se han encontrado en estado de sitio han llegado a exigirlo. Sostener lo contrario, esto es que el Poder Ejecutivo no se encontraría obligado a fundamentar una detención o a prolongar ésta indefinidamente durante situaciones de emergencia, sin someter al detenido a la autoridad de un juez que pueda conocer de los recursos que reconocen los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención importaría, en concepto de la Comisión, atribuirle al Poder Ejecutivo las funciones específicas del Poder Judicial, con lo cual se estaría conspirando contra la separación de los poderes públicos que es una de las características básicas del estado de derecho y de los sistemas democráticos.

190.4. Los artículos 27.1 y 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención disponen:

ART. 27.—*Suspensión de Garantías: 1)* En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2) La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y

Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

ART. 25.—*Protección Judicial*: 1) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

ART. 7.—*Derecho a la Libertad Personal:* [...] 6) Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

190.5. La interpretación de los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención con respecto a la posibilidad de suspender el *habeas corpus* en los estados de excepción, frente a lo dispuesto en el artículo 27.2, debe hacerse utilizando las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema (*cfr*. Restricciones a la pena de muerte [arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 48 y otras opiniones consultivas de la Corte), de acuerdo con los cuales, un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31.1).

Conviene, además, recordar lo prescrito por el artículo 29 de la Convención, el cual dice:

ART. 29.—*Normas de Interpretación*: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: *a)* Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; *b)* limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; *c)* excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y *d)* excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

La interpretación del artículo 27.2 debe hacerse, pues, de "buena fe", teniendo en cuenta "el objeto y fin" (*cfr*. El efecto de las reservas, *supra* 8, párr. 29) de la Convención Americana y la necesidad de prevenir una conclusión que implique

"suprimir el goce o ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o a limitarlos en mayor medida que la prevista en ella" (art. 29.a).

190.6. En consecuencia, la Corte examina inicialmente algunos de los problemas generales involucrados en la interpretación del artículo 27 de la Convención y, posteriormente, define si los procedimientos regulados por los artículos 25.1 y 7.6 están comprendidos dentro de las "garantías judiciales indispensables" a que se refiere el artículo 27.2.

El artículo 27 contiene determinadas locuciones que merecen ser destacadas a los fines de la presente consulta. Así, el título es "Suspensión de Garantías"; el párrafo primero habla de "suspender las obligaciones contraídas"; el párrafo segundo de "suspensión de los derechos" ; y el párrafo tercero de "derecho de suspensión". Cuando la palabra "garantías" se utiliza en el párrafo segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las "garantías judiciales indispensables".

Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una "suspensión de garantías" en sentido absoluto, ni de la "suspensión de los derechos" ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio. La Corte estimó útil tener presente esas diferencias terminológicas a fin de esclarecer los fundamentos conceptuales sobre los cuales responde la presente consulta, sin perjuicio de las cuales la Corte utilizó la expresión empleada por la Convención de "suspensión de garantías".

190.7. El análisis jurídico del citado artículo 27 y de la función que cumple debe partir de la consideración de que es un precepto concebido sólo para situaciones excepcionales. Se aplica únicamente "en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte". Aun entonces, autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y ello "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación". Las disposiciones que se adopten, además, no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar "discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".

La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos. Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del "ejercicio efectivo de la democracia representativa" a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de "consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones

democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona.

190.8. Resulta claro que ningún derecho reconocido por la Convención puede ser suspendido a menos que se cumplan las condiciones estrictas señaladas en el artículo 27.1. Además, aun cuando estas condiciones sean satisfechas, el artículo 27.2 dispone que cierta categoría de derechos no se puede suspender en ningún caso. Por consiguiente, lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia.

Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a "las exigencias de la situación", resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.

El artículo 27.2 dispone, como se ha dicho, límites al poder del Estado Parte para suspender derechos y libertades, al establecer que hay algunos cuya suspensión no está permitida bajo ninguna circunstancia y al incluir "las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos". Algunos de estos derechos se refieren a la integridad de la persona, como son el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); el derecho a la vida (art. 4); el derecho a la integridad personal (art. 5); la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6) y el principio de legalidad y de retroactividad (art. 9). Está, además, prohibida la suspensión de la libertad de conciencia y de religión (art. 12); de la protección a la familia (art. 17); del derecho al nombre (art. 18); de los derechos del niño (art. 19); del derecho a la nacionalidad (art. 20) y de los derechos políticos (art. 23).

190.9. La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, enten-

der que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables (*cfr*. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 32).

Por ello no fue propósito de la Corte hacer un desarrollo teórico sobre la relación entre derechos y garantías. Le bastó señalar que debía entenderse por garantía en el sentido en que el término está utilizado por el artículo 27.2. Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.

190.10. El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.

Como ha quedado dicho, en condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan "las garantías judiciales indispensables para (su) protección". El artículo 27.2 no vincula esas garantías judiciales a ninguna disposición individualizada de la Convención, lo que indica que lo fundamental es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos.

La determinación de qué garantías judiciales son "indispensables" para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales "indispensables" para asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona necesariamente difieren de aquéllas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender.

190.11. A la luz de los señalamientos anteriores —concluye la Corte— deben considerarse como indispensables, a los efectos del artículo 27.2, aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud.

Las garantías deben ser no sólo indispensables sino judiciales. Esta expresión no puede referirse sino a medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción.

190.12. De allí en más correspondió determinar si, a pesar de que los artículos 25 y 7 no están mencionados en el 27.2, las garantías contenidas en los artículos 25.1 y 7.6, señaladas en la consulta sometida a la Corte, deben o no considerarse entre aquellas "garantías judiciales indispensables" para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión.

El artículo 25.1 de la Convención dispone:

> Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

El texto citado es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención. Puesto que todos los derechos son susceptibles de amparo, lo son también los que están señalados de manera expresa por el artículo 27.2 como no susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia.

190.13. El *habeas corpus* en su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad. En la Convención este procedimiento aparece en el artículo 7.6 que dice:

> Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos, puede afirmarse que *el amparo es el género y el habeas corpus uno de sus aspectos específicos*. En efecto, de acuerdo con los principios básicos de ambas garantías recogidos por la Convención así como con los diversos matices establecidos en los ordenamientos de los Estados Partes, se observa que en algunos supuestos el *habeas corpus* se regula de manera autónoma con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquéllos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad, pero en otras ocasiones el *habeas corpus* es denominado "amparo de la libertad" o forma parte integrante del amparo.

El *habeas corpus*, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o

tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el *habeas corpus* como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Esta conclusión se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. Esa realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el *habeas corpus* es parcial o totalmente suspendido.

190.14. Dijo la Corte que la Comisión estaba persuadida que, así como en el pasado reciente miles de desapariciones forzadas se hubieran evitado si el recurso de *habeas corpus* hubiese sido efectivo y los jueces se hubieran empeñado en investigar la detención concurriendo personalmente a los lugares que se denunciaron como de detención, tal recurso ahora constituye el instrumento más idóneo no sólo para corregir con prontitud los abusos de la autoridad en cuanto a la privación arbitraria de la libertad, sino también un medio eficaz para prevenir la tortura y otros apremios físicos o sicológicos, como el destierro, castigo tal vez el peor, del que tanto se ha abusado en el subcontinente, donde millares de exiliados conforman verdaderos éxodos.

Estas torturas y apremios, como dolorosamente lo ha recordado la Comisión en su último informe anual, suelen ocurrir especialmente durante prolongados períodos de incomunicación, en los cuales el detenido carece de medios y recursos legales para hacer valer sus derechos. Es precisamente en estas circunstancias cuando el recurso de *habeas corpus* adquiere su mayor importancia.

Quienes redactaron la Convención conocían estas realidades, lo que puede bien explicar por qué el Pacto de San José es el primer instrumento internacional de derechos humanos que prohíbe expresamente la suspensión de las "garantías judiciales indispensables" para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos.

190.15. Una pregunta adicional que cabe hacerse más allá de la consideración del *habeas corpus* como una garantía judicial que protege derechos no susceptibles de suspensión según el artículo 27.2 es si tal procedimiento puede subsistir al mismo tiempo como medio de asegurar la libertad individual, aun bajo estado de excepción, a pesar de que el artículo 7 no está entre aquéllos que no pueden ser afectados en situaciones excepcionales.

Si la suspensión de garantías no debe exceder, como lo ha subrayado la Corte, la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente.

La Corte destaca, igualmente, que si la suspensión de garantías no puede adoptarse legítimamente sin respetar las condiciones señaladas en el párrafo anterior, tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder.

Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el *habeas corpus* adquiere una nueva dimensión fundamental.

190.16. Como se ha venido sosteniendo, no es dable admitir la tesis de que el Presidente de la República sería el único facultado para evaluar la situación de quienes se hallan detenidos a su disposición. Si bien es ajeno al ámbito de actividad jurisdiccional lo concerniente a cuestiones eminentemente políticas y no judiciales, no es menos cierto que compete al Poder Judicial de la Nación analizar en casos excepcionales como el presente la razonabilidad de las medidas que adopta el Poder Ejecutivo, lo que halla sustento en el propio artículo 23 de la Constitución Nacional y en los artículos 29 y 95 de la Ley Fundamental.

Debe también armonizarse el interés general y la libertad individual, de modo tal que no es posible siquiera suponer que quienes se hallan privados de su libertad a disposición del Poder Ejecutivo, queden librados a su suerte y al margen de todo control por parte de los Jueces de la Nación, sea cual fuere el tiempo durante el cual se prolongue el arresto.

Frente a la necesidad de optar entre la libertad individual y la hipotética y no demostrada peligrosidad (del detenido), la Corte opta por la primera corriendo los riesgos que ello impone, en salvaguarda de un valor a que ningún argentino ha renunciado (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina, OEA/ Ser.L/V/II.49, doc. 19 del 11 de abril de 1980, p. 252).

190.17. Los razonamientos anteriores llevan a la conclusión de que los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

Por otra parte debe advertirse que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de *habeas corpus* o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.

Por tanto, en respuesta a la pregunta de la Comisión Interamericana sobre la interpretación de los artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención, la Corte es de opinión, por unanimidad, que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.

664 blanca

Capítulo VIII

El proceso constitucional de amparo

Sección 1ª Particularidades del amparo

191. Origen del amparo

191.1. El juicio de amparo se origina, como tantas otras instituciones, en el derecho romano. Operaba mediante el interdicto pretoriano de *homine libero exhibendo,* aunque el objeto de proteger la libertad personal, tiempo después, se consolidó con independencia en el *Habeas corpus*.

Por eso la mayor parte de la doctrina interpreta que el derecho al amparo nace con los procesos forales de la edad media. Los fueros eran prerrogativas especiales que se le daban a los nobles que les permitían establecer impuestos a quienes habitaban sus suelos y conseguir, al mismo tiempo, exenciones de gabelas y otras libertades.

La legislación foral dio herramientas a los súbditos para contrarrestar eventuales arbitrariedades, dando lugar a procesos especiales, donde el de manifestación de personas era el más popular. Éste ponía en marcha la actuación del Justicia de Aragón para evitar la detención arbitraria de una persona por parte de cualquier juez (laico o eclesiástico) o de un particular. La persona "manifestada" era puesta a disposición del Justicia, que le daba "casa por cárcel" o lo custodiaba en la cárcel de manifestados mientras se dilucidaba si la detención era o no injusta.

Antes de 1247 hubo también fueros de ámbito local o comarcal. Los Reyes otorgaron cartas de población y privilegios a muchas ciudades, villas y aldeas, indicando en muchos casos con mayor o menor detalle los "fueros" por los que habían de juzgar y ser juzgados: normas penales, civiles y procesales, fundamentalmente. Los "Fueros de Aragón" (Huesca, 1247) contienen la totalidad del ordenamiento judiciario, es decir, las normas de procedimiento y las sustantivas o de fondo que los jueces han de tener en cuenta al juzgar tanto pleitos civiles como penales.

Como las leyes romanas habían sido prohibidas por los Reyes de Aragón con el argumento que no eran súbditos de los emperadores, por lo que no aplicarían sus leyes, resolvieron buena parte de sus conflictos con el derecho natural y la equidad, a que habían de acudir en defecto de fuero.

El derecho foral constaba de doce libros. Los Fueros de 1247 ocupaban casi la totalidad de los ocho primeros, en los que se encuentran también los Fueros de Ejea de 1265 (origen legal conocido del Justicia de Aragón) y el Privilegio General de 1283. Después, cada Rey añadió un libro con los Fueros que promulgaba, desde Jaime II (1267-1327)

a Martín I (1356-1410). El Libro XII abierto por éste irá engrosando luego con los Fueros aprobados en las Cortes convocadas por la nueva dinastía de los Trastamara (desde 1412).

En los libros de los Fueros se encontraban las normas escritas más importantes que habían de aplicarse en los juicios civiles y criminales. Pero, además, los jueces aplicaban las Observancias, es decir, precedentes judiciales basados más o menos firmemente en la costumbre. Estas Observancias eran coleccionadas por foristas (como Pérez de Salanova o Jaime de Hospital), bajo su propia autoridad.

Los Fueros regulaban toda clase de procesos, con normas que, naturalmente, fueron evolucionando conforme cambiaban los tiempos. Pero se recuerdan especialmente los "cuatro procesos forales", que suele decirse son los de *manifestación, firma, aprehensión* e *inventario* (también, "de agravios" —en lugar de firma—; y se añade a veces el de emparamento).

El más famoso, sin duda, es el de manifestación, que puede considerarse precedente de los recursos de amparo y de *habeas corpus* hoy comunes.

Según Ferrer Mac Gregor:

[…] desde la desaparición de los procesos forales aragoneses no se encuentran vestigios de una auténtica acción, en poder del gobernado, con la finalidad de frenar los abusos y arbitrariedades del poder y lograr la tutela o salvaguarda de sus derechos fundamentales.[37]

191.2. El uso del *Habeas corpus* fue la caja modelo para el amparo. Casi toda Iberoamérica partió de la tutela de la libertad individual para proyectar la defensa hacia otros derechos fundamentales de la persona humana.

Es más, alguna legislación local de Argentina suelen usar la voz "recurso de amparo de la libertad personal" dando testimonio de la confusión. Inclusive, el actual art. 43 constitucional introduce en el párrafo final del artículo destinado a crear el derecho de amparo, la tutela de la libertad personal.

Actualmente en Chile:

[…] también se produce confusión de vocablos en la medida en que el recurso de amparo en realidad constituye un *Habeas corpus* al dirigirse a la protección de la libertad personal, y el genuino amparo se lo denomina *recurso de protección* a partir de su incorporación en la Constitución de 1980.[38]

191.3. En Argentina, la Constitución de 1853/60 (que ha dado en llamarse constitución histórica) sólo reconoció como garantía judicial al derecho de defensa y la libertad ambulatoria; el proceso aludido en forma imprecisa y elíptica, fue el *habeas corpus*, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió sin dificultades como un mecanismo de protección de la libertad física o corporal.

---

[37] FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España,* Porrúa, México, 2002 (2ª ed.), p. 19.

[38] FERRER MAC GREGOR, Eduardo, "Breves notas sobre el amparo iberoamericano (Desde el derecho procesal constitucional comparado)", en *El Derecho de Amparo en el mundo* (FIX ZAMUDIO, Héctor–FERRER MAC GREGOR, Eduardo, coords.), Porrúa, 2006, p. 11.

Los otros derechos fundamentales estaban garantizados por el proceso común u ordinario, de manera que la denegatoria del juicio amparo se fundó básicamente en la noción de que la judicatura estaba inhibida de reemplazarlo sin ley que lo expresara.

En 1956 (cuando la institución en el derecho comparado está consolidada) Ángel Siri, propietario del diario "Mercedes" de esa localidad, fue detenido y clausurado su periódico. 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 *Habeas 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 *Habeas 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 cuál 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 qué casos y con qué 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 S.A. requirió que 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 fue 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 *Habeas 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 *Habeas corpus* sino de amparo o sea que "dedujo una garantía distinta a la que protege la libertad corporal". Sin embargo admitió una semejanza: en ambos casos se trata de "una protección expeditiva y rápida".

Verificada la subsistencia de la lesión a los derechos de trabajo, propiedad y libre actividad, el Tribunal ordenó restituir la fábrica a sus propietarios, invocando su propio antecedente (*Siri*) a pesar de ofrecer dos modalidades diferentes: *a)* La restricción al derecho emanaba de un acto de autoridad privada; *b)* Se había intentado antes otra vía procesal (ante el fuero criminal).

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

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*, que también podríamos nominar como *derecho a la protección judicial*.

191.4. En *Bolivia* la primera constitución nace de la inspiración de Simón Bolívar pero no proclamó expresamente los derechos fundamentales de las personas, para establecer un programa de protección normativo absolutamente estéril ante la falta de contenidos. Solo estaban insinuados hasta que en 1851 se consagran los derechos civiles y políticos, que se amplían con los derechos de la segunda generación en

1938. Pero es recién en la carta reformada en 1967 cuando se introduce el recurso de amparo constitucional que no va a surtir demasiados efectos.

El amparo constitucional de Bolivia se reglamenta como programa en la Norma Básica del Estado y por la ley 1836 del Tribunal Constitucional (1998).

El art. 19 de la Constitución actual dice:

> Fuera del recurso de "*habeas corpus*", a que se refiere el articulo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes.
>
> El recurso de amparo se interpondrá por la persona que se creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente, ante las Cortes Superiores en las capitales de Departamento y ante los Jueces de Partido en las provincias, tramitándoselo en forma sumarísima. El Ministerio Publico podrá también interponer de oficio ente recurso cuando no lo hiciere o no pudiere hacerlo la persona afectada.
>
> La autoridad o la persona demandada será citada en la forma prevista por el artículo anterior a objeto de que preste información y presente, en su caso, los actuados concernientes al hecho denunciado, en el plazo máximo de 48 horas.
>
> La resolución final se pronunciara en audiencia publica inmediatamente de recibida la información del denunciado y, a falta de ella, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el recurrente. La autoridad judicial examinara la competencia del funcionario o los actos del particular y, encontrando cierta y efectiva la denuncia, concederá el amparo solicitado siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados, elevando de oficio su resolución ante la Corte Suprema de Justicia para su revisión, en el plazo de 24 horas.
>
> Las determinaciones previas de la autoridad judicial y la decisión final que conceda el amparo serán ejecutadas inmediatamente y sin observación aplicándose en caso de resistencia, lo dispuesto en el artículo anterior.

Informa Rivera Santivañez que:

> [...] con relación a los derechos tutelados mediante el amparo constitucional, corresponde señalar que el modelo adoptado en el sistema constitucional boliviano es amplio, ya que a diferencia de lo que sucede en la legislación comparada, a través de esta acción tutelar, se protege no sólo los derechos civiles y políticos que generan obligaciones negativas para el Estado, sino también los derechos económicos, sociales y culturales que generan obligaciones positivas para el Estado.[39]

Inclusive tramitan por esta vía las acciones contra los actos u omisiones de particulares. De todos modos, la ampliación de coberturas no elimina el carácter subsidiario del proceso, de forma que solo procede siempre que no hubiera otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías.

El art. 94 de la ley 1836 (Tribunal Constitucional) establece que procede el recurso de amparo constitucional contra toda resolución, acto u omisión indebida de

---

[39] RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio, "El amparo constitucional en Bolivia", en *El Derecho de Amparo en el mundo* (FIX ZAMUDIO, Héctor-FERRER MAC GREGOR, Eduardo, coords.), cit., p. 91.

autoridad o funcionario, siempre que no hubiere otro medio o recurso para la protección inmediata de los derechos y garantías; así como contra todo acto u omisión indebida de persona o grupo de personas particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos o garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y las leyes.

Sostiene Rivera Santibáñez,[4]

> que siendo el control del ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales una de sus funciones principales, el Tribunal Constitucional tiene el desafío de sentar una jurisprudencia clara y uniforme, que establezca las condiciones objetivas para su ejercicio efectivo y genere una verdadera doctrina constitucional sobre los derechos humanos y fundamentales.
>
> El Tribunal Constitucional ha asumido el desafío y entendido su misión de ser el guardián el orden constitucional y la vigencia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, no otra cosa significa la línea jurisprudencial adoptada en esto corto tiempo de ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Como se tiene referido anteriormente, la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Constitucional es la de otorgar una tutela efectiva en forma pronta y oportuna como mecanismo de freno ante los excesos, arbitrariedades o abusos de autoridades públicas y judiciales o los particulares.

191.5. En *Brasil* es famoso su *mandado de segurança* (mandamiento de seguridad), que encuentra precedente en el antiguo derecho portugués caracterizado en la figura de la *seguridad real*. Una suerte de pedido de protección ante amenazas ciertas que data del año 1603.

Sin embargo no consta que el modelo se haya aplicado en la etapa de colonización ni en tiempos imperiales (1824/1889), como sí aparece con la proclamación de la república (1891) con el *habeas corpus*, aunque nada dijo sobre la defensa constitucional de los derechos individuales.

En 1934 la Carta Fundamental acoge la institución (art. 113) con el siguiente enunciado:

> Se otorgará el mandamiento de seguridad para la defensa del derecho cierto e indiscutible, amenazado o vulnerado por un acto manifiestamente inconstitucional o ilegal de cualquier autoridad. El proceso será el mismo que el de *Habeas corpus*, debiendo ser siempre oída la persona de derecho público interesada. El mandamiento de seguridad no perjudica las acciones petitorias competentes.

Luego, la Constitución de 1988 amplió el radio de cobertura, y en el artículo 5º apartados LXIX y LXX dice: LXIX. Se concederá mandamiento de seguridad para proteger un derecho determinado y cierto, no amparado por "*Habeas corpus*" o "*Habeas data*" cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuese una autoridad o un agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público.

---

[40] RIVERA SANTIVAÑEZ, "El amparo constitucional en Bolivia", en *El Derecho de Amparo en el mundo* (FIX ZAMUDIO, Héctor-FERRER MAC GREGOR, Eduardo, coords.), cit., p. 91.

LXX. El mandamiento de seguridad colectivo puede ser impetrado por: *a)* un partido político con representación en el Congreso Nacional; *b)* una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento desde hace un año por lo menos, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.

Es decir que el mandamiento de seguridad puede ser individual o colectivo. Por derechos ciertos y determinados se consideran todos los derechos fundamentales.

Dice Lópes Meirelles que:

> [...] el derecho invocado para ser amparado por el mandamiento de seguridad debe ser expreso en la disposición legal y contener en sí todos los requisitos y condiciones de su aplicación al peticionario. Si su existencia fuera dudosa, o su extensión no estuviera aún delimitada, o su ejercicio dependiera de situaciones y actos aún no determinados, no procederá el mandamiento de seguridad, aunque pueda ser defendido por otros medios legales.[41]

El amparo brasileño es una herramienta excepcional concurrente con el *Habeas corpus* y el *Habeas data*. Cada uno tiene una misión específica y no funcionan complementariamente.

Este recurso es más amplio que otros, pues permite deducir la acción hasta dentro de ciento veinte (120) días, contados desde la afectación o de la toma de conocimiento de la amenaza. Las vías concurrentes obligan a transitar por el proceso ordinario, pero ello solo cuando el derecho alegado no sea líquido y correcto.

Esta desinformalizado porque la vía se abre ante cualquier petición presentada por telegrama, radiograma, fax u otro medio electrónico verosímil, siempre que se compruebe el caso de urgencia.

Los actos que son alcanzados por la tutela son todos los que provienen de una autoridad, inclusive las judiciales, lo que llevó a cierta confusión con los recursos del proceso. Por eso se dictó la ley 9.139 (1995) donde se aclara que la interposición del mandamiento de seguridad produce efectos suspensivos al recurso procesal.

Explica Da Silva que:

> [...] esta jurisprudencia sólo se refiere a la hipótesis de suspensión del agravio de instrumento. Sin embargo hay otras posibilidades en las que una decisión judicial cause lesión al derecho determinado y cierto, sin que él tenga de inmediato un mecanismo procesal hábil para evitar el daño. Entonces es posible utilizar el mandamiento de seguridad para obtener la suspensión de la decisión. En ese caso, el remedio tiene naturaleza de medida cautelar porque no tiene por objeto directamente la corrección de eventual ilegalidad de la decisión, cosa que será objeto de recurso propio, por eso es que se exige la demostración del *fumus bonis iuris et periculum in mora* que son requisitos indispensables para la viabilidad de las medidas cautelares en el orden jurídico brasileño.[42]

---

[41] LÓPES MEIRELLES, Hely, *Mandado de segurança,* Malheiros editores, San Pablo, 1998 (19ª ed. actualizada por Arnoldo Wald), p. 22.

[42] DA SILVA, José Alfonso, "El mandamiento de seguridad en Brasil", en *El Derecho de Amparo en el mundo* (FIX ZAMUDIO, Héctor-FERRER MAC GREGOR, Eduardo, coords.), cit., p. 134.

Cuadra agregar que el mandamiento de seguridad es un remedio previsto en la Constitución y aunque tiene naturaleza de acción civil es una típica herramienta del derecho procesal constitucional.

191.6. En *Colombia*, el amparo se dinamiza como "acción de tutela". De todos los modelos es uno de los más recientes toda vez que aparece con la reforma constitucional de 1991, después regulada en el art. 86 y reglamentada por el Decreto 2591 del mismo año.

Dice Ortiz Gutiérrez que:

> en el ordenamiento constitucional colombiano no se registran antecedentes históricos directos sobre ella, salvo en el caso de algunas manifestaciones de la jurisdicción orgánica de lo Contencioso Administrativo, como son, de una parte, la suspensión o provisional de los actos administrativos por razones constitucionales o legales en caso de evidente y clara violación al ordenamiento superior, y de otra, los efectos *ab initio* o de anulación plena de los actos administrativos ilegales o inconstitucionales.[43]

La norma constitucional dispone que:

> Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
>
> La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacer. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
>
> Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
>
> En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.
>
> La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación renuente o indefensión (art. 86, Constitución Política de Colombia).

La norma fue reglamentada generosamente (decreto 306/92), caracterizando el modelo como uno de los más amplios (y efectivos) en Latinoamérica. Desde el comienzo queda establecida una legitimación abierta, porque el derecho al proceso lo tiene toda persona, en todo momento y lugar, para obrar en un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre.

---

[43] ORTIZ GUTIÉRREZ, Julio César, "La acción de tutela en la Carta Política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia", en *El Derecho de Amparo en el mundo* (FIX ZAMUDIO, Héctor-FERRER MAC GREGOR, Eduardo, coords.), cit., p. 214.

La tutela solo pide que la protección inmediata que se impetra resulte de derechos vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

No hay plazos de interposición, porque todos los días y horas son hábiles. Inclusive, procede aun bajo los estados de excepción.

La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Pero cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.

La preferencia y sumariedad que describe modelos similares se aplican en la tutela.

Asimismo, procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º del decreto reglamentario. También procede contra acciones u omisiones de particulares.

No obstante, el carácter subsidiario que se establece, el mismo no ha entorpecido el buen funcionamiento del sistema.

Limitan el derecho a la tutela: *a)* la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante; *b)* cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de *Habeas corpus*; *c)* cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable; *d)* cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho; *e)* cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

La tutela se dispone como mecanismo transitorio, en el sentido de actuar aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, con el fin de evitar un perjuicio irremediable. En el caso, la acción también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos supuestos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

La tramitación de la tutela estará a cargo del juez, del presidente de la Sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso, y será sustanciada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de *Habeas corpus*. Los plazos son perentorios o improrrogables.

La acción de tutela se ha proyectado con profundo vigor en todo el territorio nacional y en los últimos doce años de vida institucional es el instrumento procesal

de más eficacia y efectividad en el sistema de justicia constitucional colombiano. Ella es una de las más importantes instituciones procesales de rango constitucional en Colombia y la de más uso y aplicación, pues en su corto tiempo de existencia se han tramitado más de un millón doscientas mil (1.200.000) demandas y procesos por la acción de tutela sin que haya significado un verdadero problema de congestión, ni que sea causa del atraso judicial en materias ordinarias. En este sentido, la Corte Constitucional con no poca incomprensión política y resistencia judicial, adoptó el camino de la fundamentalización de algunas manifestaciones de los derechos sociales y económicos y aun de otros derechos colectivos, bajo las reglas de su conexidad con los derechos fundamentales y las del mínimo vital que se han proyectado en materia de protección de los derechos a la salud, a la seguridad social y a la remuneración mínima, vital y móvil.[44]

191.7. En *Chile* el recurso de protección tiene antecedentes en las postrimerías del gobierno de Salvador Allende (1973), pero se consagra recién con el Acta Constitucional nº 3 sobre derechos y deberes constitucionales (1976) que culmina en el art. 20 de la actual constitución chilena.

No es un recurso típico, pero su naturaleza jurídica es procesal que se deduce con el fin de evitar que, ante hechos u omisiones lesivos de derechos constitucionales, se consagre la violación. Es propiamente una acción autónoma e independiente.

El art. 20 dice:

> El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24 °, y 25º podrá recurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.
>
> Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

No obstante, la fuente normativa es constitucional y el fin que persigue no es en esencia recursivo por cuanto no busca modificar, revocar o anular una sentencia judicial; sino provocar que mediando la actuación de los jueces se restablezca la perturbación de los derechos constitucionales afectados. De allí que sea propiamente una acción constitucional acorde con el derecho al recurso sencillo y breve que reclama la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

[44] ORTIZ GUTIÉRREZ, "La acción de tutela en la Carta Política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia", en *El Derecho de Amparo en el mundo* (FIX ZAMUDIO, Héctor-FERRER MAC GREGOR, Eduardo, coords.), cit., p. 219.

Para Nogueira Alcalá:

> [...] la acción tiene un carácter esencialmente constitucional ya que tiene por objeto o finalidad la protección jurisdiccional, que se conoce como derecho a la jurisdicción o derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en los diversos ordenamientos constitucionales como es el caso chileno, en sus arts. 19 nº 3, como asimismo, en las Convenciones sobre derechos humanos, entre ellas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 8. De esta forma la acción se constituye en un derecho humano a la justicia.[45]

El modelo chileno es bastante flexible comparado con los demás modelos latinoamericanos. Tiene legitimación amplia sin convertir al recurso en una acción popular, pero suficiente para que no sufra obstáculos o limitaciones por cuestiones de personalidad procesal. Inclusive pueden promover la acción grupos de personas y entidades o corporaciones.

Las formas lucen sin perturbar desde que la interposición se puede realizar por cualquier vía escrita o fehaciente de comunicación.

Como en el caso brasilero, también contiene una finalidad cautelar, desde que actúa de manera rápida e informal asignando carácter suspensivo al acto que ejecuta una posible violación a derechos fundamentales.

Se amparan los siguientes derechos: 1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. 2º La igualdad ante la ley. 3º El que nadie pueda ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho. 4º El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia. 5º La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. 6º La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. 9º El derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado. 11º La libertad de enseñanza. 12º La libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa. 13º El derecho de reunión pacífica, sin permiso previo y sin armas. 15º El derecho de asociarse sin permiso previo. 16º La libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación. [...] Además, ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. 19º El derecho a sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria. 21º E derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. 22º La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. 23º La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos

---

[45] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El derecho y acción constitucional de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile a inicios del siglo XXI", en *El Derecho de Amparo en el mundo* (FIX ZAMUDIO, Héctor-FERRER MAC GREGOR, Eduardo, coords.), cit., p. 166.

que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. 24° El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. 25º La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

La investigación realizada por Ferrada Bórquez, Bordalí Salamanca y Cazor Aliste, indican que el antecedente más directo del recurso de protección proviene del proyecto de reforma constitucional presentado por los diputados Diez y Arnello en 1972, repuesto un año después por los senadores Diez y Jarpa y finalmente incorporado al ordenamiento jurídico en el Art. 2º del Acta Constitucional Nº 3 de los Derechos y Deberes Constitucionales de 1976 (DL 1552/1976). Este antecedente es fundamental a la hora de comprender las motivaciones que tuvo a la vista el constituyente militar para instaurar este mecanismo procesal y diseñarlo como un instrumento de tutela urgente de derechos fundamentales. En este contexto, si analizamos los fundamentos jurídicos expuestos en el proyecto Diez-Arnello, es claro que su propósito fundamental era crear un mecanismo procesal ágil y expedito de protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y no cubiertos por el Recurso de Amparo, lo que debiera entenderse sin perjuicio de los procedimientos ordinarios civiles y criminales que dispone el ordenamiento. En particular, la propuesta legislativa buscaba amparar los derechos patrimoniales y las libertades políticas reconocidos en la Carta Fundamental de 1925 (Art. 10), pero que hasta ese momento carecían de un mecanismo procesal de protección directo, como el dispuesto —recurso de amparo— para la libertad personal y la seguridad individual (Art. 16 CPE). Ahora bien, para entender esta cuestión debemos necesariamente conectar lo anterior con las circunstancias políticas concretas que se vivían a esa época, en que el conflicto político y social había alcanzado tal entidad, que ello tenía su expresión concreta en el campo jurídico. Así, uno de los ámbitos en que tuvo una particular incidencia fue en las disputas que se producían entre el Gobierno del Presidente Allende y los empresarios industriales, comerciales y agrícolas, ya en relación a las medidas administrativas de intervención y requisición decretadas por el primero, ya en la toma material —sin título jurídico— de los inmuebles por las fuerzas políticas afines al Gobierno. Esto implicaba, a juicio de un sector político y jurídico, una transgresión sistemática de los derechos patrimoniales de estos particulares, dejándolos en una situación de indefensión jurídica.

A la situación de indefensión anterior contribuyó, sin duda, la declaración de incompetencia que hicieron los tribunales ordinarios de justicia para conocer de los asuntos contencioso administrativos. En efecto, a partir de una interpretación estricta del Art. 87 de la Constitución de 1925, en virtud del cual estos asuntos sólo podían ser conocidos por los tribunales especiales dispuestos por éste y, por tanto, mientras no hubiere tribunal competente estos asuntos no tenían en el ordenamiento chileno una vía jurisdiccional de impugnación, se estableció en la cultura jurídica chilena una conciencia de la imposibilidad de tutela judicial de los derechos frente a la actuación administrativa, lo que evidentemente lesionaba seriamente el Estado de Derecho.

En este estado de cosas, el proyecto de reforma legislativa planteado, que posteriormente se recogería en las normas constitucionales, viene a constituirse en un

mecanismo procesal de tutela de derechos, particularmente —aunque no exclusivamente— frente al poder de la Administración del Estado. Así, el denominado "Recurso de Protección" es —al menos en su origen— un sucedáneo del contencioso administrativo ordinario, pero que goza además de los privilegios de un proceso constitucional de tutela urgente de derechos fundamentales. Ambas características conservan en general bajo la actual Constitución de 1980, lo que parece que influye en la aplicación que se hace de éste en este ámbito.[46]

191.8. En *Ecuador*, explica Falconi Puig, procesalista de Guayaquil, que:

> [...]: En la Constitución de 2008, el amparo constitucional comprende varias acciones: la acción de protección; de *habeas corpus*; de acceso a la información pública; de *habeas data*; la acción por incumplimiento; y, la acción extraordinaria de protección. Todas estas acciones proceden cuando hay violación de las garantías constitucionales o derechos fundamentales establecidos en la misma Constitución y contra leyes o actos de las autoridades que violen esas garantías. En otras legislaciones, como la mexicana, por ejemplo, el amparo se extiende no solo a los derechos individuales, pues comprende también toda clase de derechos que estén consagrados en la Constitución. El agraviado puede pedir al órgano constitucional especializado del control constitucional, hoy la Corte Constitucional, antes el Tribunal Constitucional, la tutela de los derechos de los administrados aunque fueren violados por las autoridades públicas, hoy judiciales incluidas. Este es el control real y efectivo de la constitucionalidad que procede respecto de las actuaciones que atentan contra los preceptos constitucionales, incluyendo los de violación indirecta, pues se trata a través de diversas acciones, de garantizar la protección por encima de toda otra consideración. Los actos pueden venir de la decisión y ejecución efectiva de las autoridades, actos positivos, que son generalmente los que originan la mayoría de los reclamos. Pero también existen los actos omisivos, en los que no hay una actuación por parte de las autoridades no obstante que debería haberla, que son los actos que la doctrina denomina inconstitucionalidades por omisión. De otro lado están los actos prohibitivos, que son los que imponen una obligación de no hacer, o los que prohíben una actividad determinada. También hay actos declarativos, que son los que se limitan a una mera declaración sobre una situación jurídica en concreto y que, por sí solos, no modifican derechos o situaciones jurídicas preexistentes. Estos actos pueden dar lugar a una protección o amparo constitucional aunque, en la práctica, generalmente no afectan derechos individuales. Existen, además, los hechos o actos consumados, que son los que una vez ejecutados, obtienen los efectos que buscan. Estos, según algunas legislaciones y comentaristas extranjeros, pueden ser reparables e irreparables. Finalmente, están los actos de tracto sucesivo, también denominados continuados, que no se agotan por haberse llevado a cabo una sola vez sino que se repiten en etapas sucesivas atadas al fin común que hace que se lleven a cabo, como en el arrendamiento. Para su reclamación estos actos se consideran como un solo acto único.[47]

---

[46] FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CAZOR ALISTE, Kamel, "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo", en *Revista de Derecho*, Vol. XIV, julio 2003, pp. 67 y ss.

[47] FALCONI PUIG, Juan, "Amparo Constitucional", publicado en *Diario Hoy*, Guayaquil, del día 5 de junio de 2009.

Para comprender adecuadamente el antecedente es preciso recordar que en la legislación ecuatoriana, la acción de amparo Constitucional se encontraba en el artículo 95 de la Constitución Política del Ecuador que señaló:

> Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.
>
> No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.
>
> También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.
>
> Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles.
>
> El juez convocará de inmediato a las partes, para oírlas en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.
>
> Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional.
>
> La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.
>
> No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho.

La Ley de Control Constitucional nº 99 del 2 de julio de 1997 fue promulgada en base a la Primera Disposición Transitoria de la Constitución Política de la República (del 13 de febrero de 1997) con la finalidad de reglamentar el funcionamiento del Tribunal Constitucional. En el art. 46 se dispuso sobre "el amparo constitucional", en los términos siguientes:

> El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos.

> También podrá ser objeto de amparo la no expedición de un acto o la no ejecución de un hecho, si tales omisiones causaren o puedan causar los efectos señalados en el inciso anterior.

El art. 2 de la Ley de Control Constitucional estableció que carecían de valor las normas de menor jerarquía que fueran opuestas a los preceptos constitucionales, porque "los derechos y garantías señalados en la Constitución no excluyen el que, mediante ley, tratados o convenios internacionales y las resoluciones del Tribunal Constitucional, se perfeccionen los reconocidos o se incluyan cuantos fueren necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que deriva de la naturaleza de la persona".

De esta forma el legislador constitucional se comprometió a ofrecer una vía cierta para concretar el control sobre los actos de la autoridad; aunque se apartó de los principios generales del derecho en materia civil y en materia penal que recaen en su actuación sobre hechos ciertos, sobre realidades consumadas y no sobre posibilidades o circunstancias de inminencia como ocurre en el presente caso. La norma faculta entonces a interponer la acción de amparo a través de un procedimiento específico que se caracteriza por su brevedad, urgencia, inmediación en la adopción de las medidas previstas para tutelar esos derechos. Por tanto concede competencia, apartándose de los procedimientos generales a los jueces de lo civil o los tribunales de instancia de la sección territorial en que se consume o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo violatorio de los derechos constitucionales protegidos. Lo que significa que la regionalización o delimitación territorial de los jueces tanto en materia civil como en materia penal que al momento es de orden cantonal queda superada por esta competencia específica que ya no se refiere a un cantón sino a la sección territorial en que se consume o pueda producir sus efectos ese acto. Siendo otra particularidad del recurso la relativa a la prohibición de inhibición del juez o tribunal ante el cual se interponga el amparo como claramente lo establece el Art. 47 de la Ley de Control Constitucional que viene a ser el cuerpo normativo procesal para la tramitación del amparo constitucional. Es necesario advertir que como excepción la inhibición de un juez para el conocimiento y juzgamiento del amparo está dado por consideraciones de vínculo familiar o de parentesco.

Es importante también indicar —dice Plaza de García—:

> [...] que a veces se emplea la expresión "Recurso de Amparo", pero, como se observo en la comisión de 1994 en que se trató por primera vez de su incorporación a la Ley Suprema, no se trata de un recurso en el sentido del derecho procesal —una apelación o impugnación de una sentencia o de otra orden judicial—, sino de una garantía de los derechos reconocidos por la Constitución, mediante una acción. Mas exacto sería hablar de "Acción de Amparo" o simplemente "Amparo", como lo hace la codificación de 1998. También se emplea en la doctrina y en otros sistemas jurídicos, como Colombia, el término "Tutela" o Tutela Constitucional.[48]

---

[48] PLAZA DE GARCÍA, Norma, *Ley de Control Constitucional,* Revista Jurídica Online de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Católica de Guayaquil, passim.

Ahora bien, en el año 2008 entró en vigencia una nueva Constitución que introduce cambios sustanciales en la eficacia de los derechos. El amparo mudó su nominación al precepto de "acción de protección", regulado en el art. 88 en los términos que siguen:

> La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional N° 52 del 22 de octubre del 2009 derogó expresamente la Ley de Control Constitucional y dispuso en orden a la institución analizada, que la acción de protección tendrá por objeto directo el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de *habeas corpus*, acceso a la información pública, *habeas data*, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena (art. 39).

191.9. En *Paraguay,* el artículo 134 de la Constitución (1992) establece que:

> Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley.
>
> El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.
>
> Si se tratara de una cuestión electoral, o relativa a organizaciones políticas, será competente la justicia electoral.
>
> El Amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales, ni en el proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes.
>
> La ley reglamentará el respectivo procedimiento. Las sentencias recaídas en el Amparo no causarán estado.

La protección por vía de amparo también se articula en el Código Civil.

La reforma Constitucional de Paraguay de 1992, representa sin dudas una revalorización de los derechos fundamentales, tanto desde el punto de vista formal como material. Para Silvero Salgueiro

> [...] una diferencia fundamental con la conceptualización presente en las anteriores constituciones, se verifica en el artículo 1o. de la nueva Constitución, según el cual se establece

expresamente que el orden democrático está basado en el "reconocimiento de la dignidad humana". De este modo, es resaltada la relación inseparable entre el orden estatal y el sistema de derechos fundamentales, los cuales deberán ser entendidos como una unidad jurídica. En este sentido, las normas referidas a los derechos fundamentales —a diferencia de lo que ocurría en el pasado— dejan de estar subordinadas a las normas acerca de la organización del Estado. Además, la función de los derechos fundamentales, como sustento del orden constitucional, se pone de manifiesto a través del hecho de que el reconocimiento de la dignidad humana se establece precisamente en el mismo artículo, en el cual se definen las normas de Estado y de gobierno. Se trata así de establecer límites al poder estatal y determinar su ejercicio a través de los derechos fundamentales. Por otra parte, de las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales, se desprenden asimismo exigencias a la organización del Estado, la cual deberá respetar la libertad e igualdad de las personas.

Desde el punto de vista del derecho, la Constitución confiere significación al bien jurídico "dignidad humana" de varias maneras. Por un lado, se trata de un principio constitucional, el cual tiene especial importancia para la tarea de interpretación constitucional. Esto se desprende del hecho de ser formulado en la carta magna junto a los otros principios constitucionales. Al mismo tiempo, sin embargo, se trata de un derecho fundamental, a partir del cual se derivan derechos subjetivos del individuo, exigibles judicialmente. En este sentido, el artículo 33 garantiza el derecho a la protección de la dignidad de las personas.

La relación entre dignidad humana y orden constitucional influye asimismo sobre la cuestión del carácter jurídico de los derechos fundamentales. Como punto de partida se encuentran la concepción, según la cual la dignidad de personas no es conferida por la Constitución, sino simplemente reconocida por ésta. Lo mismo vale para otros derechos fundamentales (por ejemplo, el artículo 4°) "inherentes" a la persona humana. En ese sentido, los derechos fundamentales son entendidos como derechos preexistentes al Estado y, por tanto, como derechos naturales. Este enfoque se encuentra ciertamente ya en la Constitución de 1967. Así, por ejemplo, el artículo 45 de la actual carta magna fue tomado de la de 1967, el cual establece que los derechos y garantías fundamentales contenidos en la Constitución, no excluyen otros derechos inherentes a la persona humana, aun cuando éstos no estuvieran expresamente consignados en la Constitución.

Con su inclusión en el texto constitucional, sin embargo, se procede a la positivización de los derechos naturales, es decir, ellos pasan a pertenecer al conjunto de derechos constitucionales positivos objetivos, y adquieren así una vigencia efectiva, ya que recién a través de la Constitución se les confiere efecto vinculante para los poderes estatales. En este sentido, la segunda parte del artículo 45 establece que: "La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía".

El carácter vinculante de las normas relativas a los derechos fundamentales, se desprende, además, de la jerarquía de normas establecida en el orden constitucional. Así, el artículo introductorio de la parte relativa a la organización del Estado (artículo 137), consigna que la Constitución representa la ley suprema de la República. "Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso, y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación mencionado".

Además, la vinculación a los derechos fundamentales, por parte de los tres poderes estatales, queda asegurada a través de la obligación de todos los órganos del Estado de cumplir la Constitución (Legislativo: artículo 202, núm. 1; Ejecutivo: artículo 238, núm. 2;

Judicial: artículo 247). La creación de la Sala Constitucional deberá asimismo contribuir a la implementación judicial de las normas referidas a los derechos fundamentales.[29]

La interpretación acerca de los derechos fundamentales, contenida en la Constitución de 1992, plantea ciertamente el problema de su concreción judicial. Esto vale sobre todo para los derechos sociales (por ejemplo, el derecho a la vivienda), los cuales obviamente requieren una acción administrativa y/o legislativa. Por tal motivo, dichos derechos ostentan un efecto vinculante de carácter limitado, sin perder por ello su significado jurídico. Por el contrario, ellos adquieren su efectividad precisamente en el marco del orden constitucional del Estado social de derecho, y, gradualmente, con su implementación a través de la tarea legislativa.[49]

191.10. En *Perú* el proceso de amparo se entroniza dentro del Código Procesal Constitucional, cuyo artículo 37 dispone la vía en defensa de los siguientes derechos: 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole; 2) del ejercicio público de cualquier confesión religiosa; 3) de información, opinión y expresión; 4) a la libre contratación; 5) a la creación artística, intelectual y científica; 6) de la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones; 7) de reunión; 8) del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes; 9) de asociación; 10) al trabajo; 11) de sindicación, negociación colectiva y huelga; 12) de propiedad y herencia; 13) de petición ante la autoridad competente; 14) de participación individual o colectiva en la vida política del país; 15) a la nacionalidad; 16) de tutela procesal efectiva; 17) a la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos; 18) de impartir educación dentro de los principios constitucionales; 19) a la seguridad social; 20) de la remuneración y pensión; 21) de la libertad de cátedra; 22) de acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución; 23) de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida; 24) A la salud; y 25) los demás que la Constitución reconoce.

Un desarrollo tan casuista solo deja fuera del ámbito de protección a aquellos derechos que carecen de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

En líneas generales, el proceso constitucional se desenvuelve con ciertas restricciones de legitimación, que solamente se concede al afectado y con representación suficiente o adecuada, en los términos explicados oportunamente; aunque puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. La legitimación se extiende a la Defensoría del Pueblo.

---

[49] SILVERO SALGUEIRO, Jorge, "La Constitución de la República del Paraguay de 1992", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 92 (mayo-agosto), 1998.

La ley innova respecto de otras legislaciones en orden a sostener que cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar.

El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo. Pero no será exigible el agotamiento de las vías previas si: 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; 2) por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable; 3) la vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o 4) no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

Dice Sáenz Dávalos que:

> [...] si de cambios notorios se trata, definitivamente el Código apuesta por uno de carácter radical al postular el abandono del esquema alternativo —hasta ahora prevaleciente— para ingresar de lleno a lo que se ha venido a denominar modelo subsidiario o residual. En efecto, conforme lo establece el inciso 2) del artículo 5 comentado del cuerpo normativo "no proceden los procesos constitucionales... cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.[50]

191.11. En *Uruguay* la ley 16.011 reglamenta el juicio de amparo, permitiendo a cualquier persona física o jurídica, pública o privada, a deducir la acción contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (art. 72), con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de "*habeas corpus*".

La acción de amparo no procede: *a)* Contra los actos jurisdiccionales, cualquiera sea su naturaleza y el órgano del que emanen. Por lo que refiere a los actos emanados de los órganos del Poder Judicial, se entiende por actos jurisdiccionales, además de las sentencias, todos los actos dictados por los Jueces en el curso de los procesos contenciosos; *b)* contra los actos de la Corte Electoral, cualquiera sea su naturaleza; y *c)* contra las leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción.

191.12. El amparo en *Venezuela* encuentra sus primeros antecedentes en la Constitución de 1811, que entroniza el principio de la supremacía constitucional y

---

[50] SÁENZ DÁVALOS, Luis R., "El proceso constitucional de Amparo", en *Introducción a los procesos constitucionales* (autores: CASTAÑEDA OTSU, Susana-CARPIO MARCOS, Edgar-ESPINOSA SALDAÑA, Eloy y el citado al comienzo), Jurista, Lima, 2005, p. 133.

dispone la nulidad de las leyes contrarias al texto fundamental. A estos fines se permitió desde 1858 (reforma constitucional), una acción directa de inconstitucionalidad contra leyes (control concentrado) que coexistió con el régimen de control difuso imperante en Latinoamérica en el siglo XIX.

> Es importante señalar —dice Ayala Corao—, que la Constitución venezolana de 1858 fue la primera en consagrar el control judicial concentrado de la constitucionalidad de las leyes, en la forma antes descrita, —setenta años antes de que Hans Kelsen expusiera en Europa su tesis sobre el particular—. En sentido inverso a lo establecido en 1858, con la implantación del sistema federal puro, en la Constitución de 1864, se estableció un sistema de protección de la autonomía y derechos de los nuevos Estados, contra los actos del Congreso Nacional o del Ejecutivo Nacional. En efecto, esa Constitución atribuyó a la Alta Corte Federal, la competencia para declarar nulo, a petición de la mayoría de las Legislaturas, "todo acto del Congreso o del Ejecutivo Nacional que viole los derechos garantizados a los Estados en esta Constitución o ataque su independencia" (artículo 92). A partir de la Constitución de 1909, esta atribución de la Alta Corte Federal (y de Casación), se amplió a la protección de la autonomía, no solo de los Estados, sino además de los Municipios, para: declarar "la nulidad de todos los actos de las Cámaras Legislativas o del Ejecutivo Nacional que violen los derechos garantizados a los Estados o que ataquen su autonomía y la de los actos de las Legislaturas o de los Concejos Municipales que colidan con las bases 10, 11, 12 y 13 del artículo 12 de la Constitución" (artículo 112, ordinal 12o); Constitución de 1936 (artículo 123, numeral 11, igual a 1928 pero ampliándose a "todos los actos del Poder Público violatorios de la Constitución"). A partir de la Constitución de 1947 dicha atribución se incluyó dentro del control genérico de la constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, para declarar la nulidad de leyes y demás actos nacionales, estatales y municipales por violación de la Constitución (artículo 220, ordinales 7° y 9°); y en la Constitución de 1961 (artículo 215, ordinales 3° y 6°).[51]

A partir de la constitución de 1961, se introduce la acción de amparo, siendo claramente perceptible la influencia anglosajona y la reglamentación española. Con la primera, el impacto se advierte en la declaración de derechos del proceso de *habeas corpus*; la ascendencia estadounidense se percibe claramente en su formulación no sólo de la rígida división de poderes, sino en el sentido de la limitación de los mismos; así, en el proceso constituyente norteamericano confluyen los factores necesarios para determinar la supremacía de los jueces bajo la reforma de la "judicial review", continuidad de la tradición inglesa que contempla a los jueces como órganos independientes creadores de derecho, y el controvertido concepto de la soberanía parlamentaria que se complementa con la idea de que la Constitución es una ley fundamental ante la que han de someterse el resto de las leyes, y que es función propia de los jueces, no de la legislatura, interpretar y aplicar las leyes. Respecto a la influencia hispánica, sostiene el profesor Núñez, que ésta no es menor que la anglosajona, simplemente diferente, así desde el propio término amparo, que tiene

---

[51] AYALA CORAO, Carlos, "La Justicia Constitucional en Venezuela", en *Ley Orgánica sobre derechos y garantías constitucionales, Caracas*, 1988, pp. 379 y ss.

su origen en el derecho español y que ha sido adoptado por los diversos ordenamientos latinoamericanos.[52]

La influencia más clara en cuanto a protección de derechos, se toma de la del derecho patrio decimonónico, donde acentúa después el texto constitucional de México a través de la constitución de Yucatán de 16 de mayo de 1841, en sus artículos 8, 9, y 62, aunque su ámbito de aplicación se refería sólo al Estado de referencia. El objeto de la introducción de esta institución era proteger a los habitantes del Estado contra actos de la autoridad que violara la Constitución y los derechos fundamentales. El ejemplo mexicano fue seguido por otros ordenamientos latinoamericanos, incluido el venezolano, donde ya se produjeron algunos intentos de establecer una figura similar en la constitución de 1811, aunque su proclamación no se producirá hasta el texto de 1961, en su artículo 49, reglamentándose por la Ley orgánica e Amparo sobre derechos y Garantías constitucionales de 22 de enero de 1988.

No escapa del alcance el mandado de segurança brasileño, solo que se lo tiene en cuenta pero en un ámbito más reducido y específico. En cambio, la evolución muestra una clara tendencia a asimilar as reglas al amparo argentino, sobre todo, en cuanto al alcance y restricción que tiene.

En 1988 se redacta la "Ley Orgánica de amparo sobre derechos y garantías constitucionales", donde se establece que toda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta, podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49[53] de la Constitución (de 1961), para el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. La garantía de la libertad personal que regula el *habeas corpus* constitucional, se regirá por esta Ley.

La acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta ley.

Se entiende como amenaza válida para la procedencia de la acción de amparo aquella que sea inminente; siendo procedente cuando la violación o amenaza de violación deriven de una norma que colida con la norma básica. En este caso, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá apreciar la inaplicación

---

[52] NÚÑEZ, José Cayetano, *Los orígenes del amparo en la República Bolivariana de Venezuela,* extracto de la conferencia pronunciada en la "Jornada Internacional de Derecho Penal", organizada por el Superior Tribunal de Justicia de Venezuela, 24 de noviembre de 2006.

[53] ART. 49.—Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

de la norma impugnada y el juez informará a la Corte Suprema de Justicia acerca de la respectiva decisión.

La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad.

Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional. En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva.

También se admite contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional. Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso-Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio.

> La acción de amparo constituye un medio especial o extraordinario de protección frente a las violaciones a los derechos constitucionales, y su procedencia preferente frente a las vías ordinarias o paralelas está determinada, cuando éstas: 1) No sean idóneas para evitar el daño o la lesión causada a los derechos; o 2) No sean suficientes ("insuficiencias") para reparar el perjuicio causado a los derechos; o 3) No sean oportunas ("operatividad inmediata") para lograr el restablecimiento inmediato de las situaciones jurídicas infringidas. Estos criterios actúan como condiciones alternativas, en el sentido de que cualquiera de ellas es suficiente para justificar la procedencia de la acción de amparo, como medio especial o extraordinario de protección de los derechos y garantías constitucionales. Por argumento en contrario, cuando la lesión o agravio a un derecho constitucional, pueda ser reparada por un medio judicial ordinario, que sea idóneo, suficiente y oportuno (inmediato), resulta improcedente por innecesaria la acción de amparo.[54]

Finalmente la Constitución Bolivariana de Venezuela dispuso en el artículo 27 que:

> Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no

[54] AYALA CORAO, ob. cit., p. 397.

figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

El procedimiento establece que los Tribunales o la Sala Constitucional que conozcan de la solicitud de amparo, por aplicación de los artículos de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, admitirán o no el amparo, ordenarán que se amplíen los hechos y las pruebas, o se corrijan los defectos u omisiones de la solicitud, para lo cual se señalará un lapso, también preclusivo. Todo ello conforme a los artículos 17 y 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Admitida la acción, se ordenará la citación del presunto agraviante y la notificación del Ministerio Público, para que concurran al tribunal a conocer el día en que tendrá lugar la audiencia oral, la cual tendrá lugar, tanto en su fijación como para su práctica, dentro de las noventa y seis (96) horas a partir de la última notificación efectuada. Para dar cumplimiento a la brevedad y falta de formalidad, la notificación podrá ser practicada mediante boleta, o comunicación telefónica, fax, telegrama, correo electrónico, o cualquier medio de comunicación interpersonal, bien por el órgano jurisdiccional o bien por el Alguacil del mismo, indicándose en la notificación la fecha de comparecencia del presunto agraviante y dejando el Secretario del órgano jurisdiccional, en autos, constancia detallada de haberse efectuado la citación o notificación y de sus consecuencias.

En la fecha de la comparecencia que constituirá una audiencia oral y pública, las partes, oralmente, propondrán sus alegatos y defensas ante la Sala Constitucional o el tribunal que conozca de la causa en primera instancia, y ésta o éste decidirá si hay lugar a pruebas, caso en que el presunto agraviante podrá ofrecer las que considere legales y pertinentes, ya que este es el criterio que rige la admisibilidad de las pruebas. Los hechos esenciales para la defensa del agraviante, así como los medios ofrecidos por él se recogerán en un acta, al igual que las circunstancias del proceso.

La falta de comparecencia del presunto agraviante a la audiencia oral aquí señalada producirá los efectos previstos en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. La falta de comparecencia del presunto agraviado dará por terminado el procedimiento, a menos que el Tribunal considere que los hechos alegados afectan el orden público, caso en que podrá inquirir sobre los hechos alegados, en un lapso breve, ya que conforme al principio general

contenido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 14 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en materia de orden público el juez podrá tomar de oficio las providencias que creyere necesarias.

En caso de litisconsorcio necesario activo o pasivo, cualquiera de los integrantes que concurran a los actos, representará al consorcio. El órgano jurisdiccional, en la misma audiencia, decretará cuáles son las pruebas admisibles y necesarias, y ordenará, de ser admisibles, también en la misma audiencia, su evacuación, que se realizará en ese mismo día, con inmediación del órgano en cumplimiento del requisito de la oralidad o podrá diferir para el día inmediato posterior la evacuación de las pruebas.

Debido al mandato constitucional de que el procedimiento de amparo no estará sujeto a formalidades, los trámites como se desarrollarán las audiencias y la evacuación de las pruebas, si fueran necesarias, las dictará en las audiencias el tribunal que conozca del amparo, siempre manteniendo la igualdad entre las partes y el derecho de defensa. Todas las actuaciones serán públicas, a menos que por protección a derechos civiles de rango constitucional, como el comprendido en el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se decida que los actos orales sean a puerta cerrada, pero siempre con inmediación del tribunal.

Una vez concluido el debate oral o las pruebas, el juez o el Tribunal en el mismo día estudiará individualmente el expediente o deliberará (en los caso de los Tribunales colegiados) y podrá:

a) Decidir inmediatamente; en cuyo caso expondrá de forma oral los términos del dispositivo del fallo; el cual deberá ser publicado íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó la decisión correspondiente. El fallo lo comunicará el juez o el presidente del Tribunal colegiado, pero la sentencia escrita la redactará el ponente o quien el Presidente del Tribunal Colegiado decida. El dispositivo del fallo surtirá los efectos previstos en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, mientras que la sentencia se adaptará a lo previsto en el artículo 32.

b) Diferir la audiencia por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho (48) horas, por estimar que es necesaria la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental para decidir el caso, o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público. Contra la decisión dictada en primera instancia, podrá apelarse dentro de los tres (3) días siguientes a la publicación del fallo, la cual se oirá en un sólo efecto a menos que se trate del fallo dictado en un proceso que, por excepción, tenga una sola instancia. De no apelarse, pero ser el fallo susceptible de consulta, deberá seguirse el procedimiento seguido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esto es, que la sentencia será consultada con el Tribunal Superior respectivo, al cual se le remitirá inmediatamente el expediente, dejando copia de la decisión para la ejecución inmediata. Este Tribunal decidirá en un lapso no mayor de treinta (30) días. La falta de decisión equivaldrá a una denegación de justicia, a menos que por el volu-

men de consultas a decidir se haga necesario prorrogar las decisiones conforme al orden de entrada de las consultas al Tribunal de la segunda instancia.

Cuando se trate de causas que cursen ante tribunales cuyas decisiones serán conocidas por otros jueces o por esta Sala, por la vía de la apelación o consulta, en cuanto a las pruebas que se evacuen en las audiencias orales, se grabarán o registrarán las actuaciones, las cuales se verterán en actas que permitan al juez de la Alzada conocer el devenir probatorio. Además, en la audiencia ante el Tribunal que conozca en primera instancia en que se evacuen estas pruebas de lo actuado, se levantará un acta que firmarán los intervinientes. El artículo 189 del Código Procedimiento Civil regirá la confección de las actas, a menos que las partes soliciten que los soportes de los actas se envíen al Tribunal Superior.

Los Jueces Constitucionales siempre podrán interrogar a las partes y a los comparecientes.

Cuando el amparo sea contra sentencias, las formalidades se simplificarán aún más y por un medio de comunicación escrita que deberá anexarse al expediente de la causa donde se emitió el fallo, inmediatamente a su recepción, se notificará al juez o encargado del tribunal, así como a las partes en su domicilio procesal, de la oportunidad en que habrá de realizarse la audiencia oral, en la que ellos manifestarán sus razones y argumentos respecto a la acción. Los amparos contra sentencias se intentarán con copia certificada del fallo objeto de la acción, a menos que por la urgencia no pueda obtenerse a tiempo la copia certificada, caso en el cual se admitirán las copias previstas en el artículo 429 del Código Procedimiento Civil, no obstante en la audiencia oral deberá presentarse copia auténtica de la sentencia.

Las partes del juicio donde se dictó el fallo impugnado podrán hacerse partes, en el proceso de amparo, antes y aún dentro de la audiencia pública, mas no después, sin necesidad de probar su interés. Los terceros coadyuvantes deberán demostrar su interés legítimo y directo para intervenir en los procesos de amparo de cualquier clase antes de la audiencia pública.

La falta de comparecencia del juez que dicte el fallo impugnado o de quien esté a cargo del Tribunal, no significará aceptación de los hechos, y el órgano que conoce del amparo, examinará la decisión impugnada.

191.13. El listado Latinoamericano de instrumentos que siguen la línea del amparo es muy amplio, pero a los fines de comprender un fenómeno particular de incidencia e influencia recíproca es imprescindible comprender el *amparo mexicano*.

Se dice que el modelo de este país es la cuna del juicio de amparo, desde que fue creado en la carta federal del 5 de febrero de 1857 evolucionando de manera permanente sobre la base de tres notables condicionamientos cuya nefasta consecuencia hemos desarrollado al estudiar "debido proceso".[55]

---

[55] Nos referimos a dos órdenes en particular. Por un lado, Latinoamérica legisló los procedimientos teniendo como ejemplo las leyes españolas, sin advertir que allí (y en casi toda Europa) la tarea jurisdiccional claramente dividía la tarea entre jueces comunes, tribunales constitucionales, justicia administrativa

La influencia referida en primer lugar asienta en el modelo de control de constitucionalidad, que México resuelve siguiendo el sistema difuso americano; el siguiente escala en el mecanismo procesal, donde se prefiere el modelo español (con bases en el derecho foral), y finalmente, en orden a lo puramente tuitivo, se advierte el influjo del derecho francés por conducto de la Declaración de los Derechos del Hombre que dieron sustento para la protección esencial de los derechos individuales.

La autorizada opinión de Fix Zamudio y Ferrer Mac Gregor sostienen que:

> además, en cuanto respecta a los factores de carácter nacional, éstos se tradujeron en la convicción de los hombres públicos y juristas mexicanos de crear un instrumento procesal que tutelara los derechos fundamentales de los gobernados frente al poder público, que incluyera la impugnación de las leyes que se estimaran inconstitucionales [...]. El amparo mexicano se creó de manera paulatina en tres etapas sucesivas, por conducto de las cuales se perfiló y perfeccionó la institución: *a)* En primer término, el amparo surgió, inclusive con ese nombre, en la Constitución de Yucatán del 31 de marzo de 1841, y según el proyecto elaborado en el mes de diciembre de 1840 por el ilustre jurista mexicano y nativo de dicha entidad federativa, Manuel Crescencio Rejón, estimado con toda razón como uno de los creadores de nuestra máxima institución procesal... *b)* En el ámbito nacional, el amparo fue establecido en el documento denominado Acta Constitutiva y de Reformas expedido el 18 de mayo de 1847, que introdujo modificaciones a la Constitución Federal de 1824, cuya vigencia había sido restablecida. La citada Acta de Reformas se inspiró de manera indiscutible en el proyecto redactado por otro distinguido jurista y político mexicano, Mariano Otero, considerado como el segundo padre del derecho de amparo[56]... *c)* La tercera etapa es la del reconocimiento constitucional del 5 de febrero de 1857 que fueron regulados en los arts. 101 y 102, los que se deben considerar como la etapa final del nacimiento de este instrumento tutelar.[57]

---

y, más recientemente, la jurisdicción comunitaria y transnacional. Cada sistema tenía su propio diseño formal y un método particular para desarrollar el conflicto. En cambio, nosotros, tomamos íntegramente la ley de enjuiciamiento y la adaptamos con sus reglas y solemnidades para resolver todo tipo de cuestiones. El juez americano es, a un mismo tiempo, juez de causas comunes, constitucionales, administrativas, provocando que la función jurisdiccional pensada se deforme y entorpezca al confundir permanentemente la tarea primordial que cada situación tiene (*v. gr.:* no se puede adoptar iguales reglas procesales y menos aun homogeneizar la tarea de interpretación cuando se trata de confrontar en causas eminentemente privadas o públicas de contenido constitucional).

Por otra vertiente aparece el problema del control de constitucionalidad. Recién en las últimas décadas se han efectuado cambios al modelo tradicional del control difuso, donde tienen potestad y deber de fiscalización todos los jueces. Se sublimó *Marbury vs. Madison* sin percatarse que el *stare decisis* (doctrina del precedente obligatoria) americano daba un tinte singular a la actividad política del juez. Latinoamérica hizo caso omiso a esta nota peculiar del sistema y derivó en los inconvenientes conocidos de no poder controlar desde la Ley ni desde la Constitución toda una época oscura e ingrata de dictaduras y gobiernos *de facto*.

[56] La llamada *"fórmula Otero"* que todavía subsiste, establece que la sentencia que admite el amparo no puede tener declaraciones generales, de manera que si se trata de inconstitucionalidad de disposiciones legislativas, la decisión se reduce a la inaplicación de la ley al caso concreto.

[57] Fix Zamudio, Héctor-Ferrer Mac Gregor, Eduardo, coords., "El derecho de amparo en México", en *El Derecho de Amparo en el mundo*, cit., pp. 465 y ss.

Las tres dimensiones ubicaron al juicio de amparo originario como un esquema predispuesto para la tutela exclusiva de los derechos fundamentales, y especialmente, contra aquellos actos de cualquier autoridad que violaran la ley o la supremacía constitucional. Por eso, había dos niveles de actuación, uno que le correspondía a la Suprema Corte de Justicia cuando la cuestión fuera de validez constitucional; y otra propia de los tribunales colegiados de circuito para realizar el control de legalidad.

La evolución antepuesta la explicas Fix Zamudio sosteniendo que:

> [...] Esta institución, la más importante del derecho procesal mexicano, se creó después de una lenta y a veces atormentada evolución, en la cual se combinaron influencias externas con el desarrollo de instrumentos consagrados en documentos constitucionales mexicanos. El resultado fue un instrumento híbrido, resultado del trasplante de una institución norteamericana, perteneciente a la familia o tradición del *common law*, en un procedimiento inspirado en la legislación hispánica, situada en la familia o tradición continental europea, de origen romano-canónico. Por otra parte, una vez consolidado, el amparo mexicano sufrió transformaciones esenciales que modificaron de manera sustancial su estructura procesal. Si pasamos breve revista a los antecedentes externos, descubrimos, en primer término, la influencia del derecho constitucional de los Estados Unidos, tanto por lo que se refiere al *habeas corpus* de origen británico, consagrado en las diversas constituciones de las antiguas colonias inglesas, como especialmente la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*), tal como fue descrito en el clásico libro del tratadista francés Alexis de Tocqueville, La democracia en América del Norte, cuya traducción castellana de Sánchez de Bustamante, aparecida en París en el año de l836, fue conocida ampliamente por los juristas y políticos mexicanos de la época.
>
> Pero la denominación deriva de la tradición hispánica, en virtud de que el nombre de "amparo", considerado como "castizo, evocador y legendario", de acuerdo con la certera frase del conocido constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez, se inspira en dos instituciones del mismo nombre, que se originan tanto en el derecho castellano, que era el aplicable en las colonias españolas en América (además de las llamadas "Leyes de Indias"), como en los procesos forales aragoneses, en ambos casos como instrumentos protectores de los derechos de los gobernados.
>
> También podemos descubrir algunas instituciones francesas que influyeron directa o indirectamente en el amparo mexicano. En primer término, por medio del llamado Supremo Poder Conservador, órgano político establecido en las Leyes Constitucionales centralistas de 1836, que tenía por objeto declarar la nulidad de los actos o leyes de los poderes públicos a petición de alguno de ellos, y que constituyó un intento infructuoso de trasplantar el "Senado Conservador" de la Constitución francesa de 1799. En segundo lugar, y de manera más importante, la casación francesa, que se injertó en el amparo contra resoluciones judiciales, en cuanto se aceptó la procedencia del propio amparo contra las decisiones de todos los jueces y tribunales del país.
>
> Después de varios intentos que se hicieron en las Constituciones mexicanas, tanto de carácter federal como unitario, en las cuales se advierte una tendencia a superar el sistema de tutela de las normas constitucionales por parte de organismos políticos, ya sea el

mismo Legislativo, de acuerdo con el precedente de la Constitución española de Cádiz de 1812 (en la carta federal de 1824), como por instrumentos específicos (el citado Supremo Poder Conservador), y atribuir a los tribunales, en especial a los federales, la protección de las normas fundamentales, que consagraban los derechos humanos, de acuerdo con la tradición norteamericana.

Según esta evolución, el juicio de amparo mexicano fue introducido en tres etapas: en primer lugar en la Constitución del Estado de Yucatán expedida en mayo de 1841, inspirada en el pensamiento de Manuel Crescencio Rejón; posteriormente, y en el ámbito nacional, en el documento llamado "Acta de Reformas" (a la Constitución Federal de 1824), promulgado a iniciativa de Mariano Otero y, finalmente, en la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857, en la cual se consagró de manera definitiva. En las exposiciones de motivos de estos tres documentos fundamentales se expresó que, con el nombre de amparo, se pretendía la introducción de la revisión judicial norteamericana, tal como se dio a conocer en el citado libro de Alexis de Tocqueville, el cual se invocaba directamente. Dicha obra se consideró tan importante, que se hizo una reimpresión de la traducción castellana en el año de 1855, en el cual se convocaron las elecciones para el Congreso Constituyente que redactó la carta federal de 1857.[58]

La constante adaptación de la Norma Básica del Estado a las cambiantes situaciones socio-políticas imperantes fueron renovando las instituciones y ampliando los objetivos del amparo.

192. El amparo y el control de constitucionalidad

192.1. En Argentina, el nacimiento jurisprudencial del amparo admite la influencia del sistema americano de control de constitucionalidad (difuso); pero las restricciones impuestas parecen llegar de aquellos modelos que tienen Tribunales Constitucionales. En éstos, 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.

Es cierto que en la actualidad la distancia entre los mecanismos no es tan evidente, porque desde 1920, fecha en que se crearon los primeros Tribunales Constitucionales de Checoslovaquia y Austria, hasta hoy, la configuración de estos Tribunales en los países que los han adoptado, ha evolucionado, en lo que se refiere a sus funciones, hacia fórmulas mixtas, que reúnen características de ambos sistemas. Los modernos Tribunales Constitucionales han adoptado, del modelo americano, la protección de derechos individuales en casos concretos; y del modelo kelseniano la defensa y protección abstracta del orden constitucional.

---

[58] Fix Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 77, mayo-agosto, 1993.

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

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

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

El paso más importante que se puede dar en esta materia es hilvanar argumentos en pos de un "amparo constitucional", que tiene en Latinoamérica una posibilidad abierta merced a la trascendente influencia del sistema interamericano. Todos los Estados ratificaron el llamado Pacto de San José de Costa Rica, que asienta en el eje de los arts. 8 y 25 el derecho a tener un recurso sencillo y eficaz, que en la mayoría de los ordenamientos se refleja en el amparo.

Dice Ayala Corao que:

> el derecho a la protección judicial de los derechos humanos consagrado en ese instrumento internacional, se debe ejercer en la jurisdicción de dichos Estados partes, fundamentalmente a través del amparo constitucional o sus equivalentes, y las demás acciones o recursos judiciales especializados. En efecto, la Convención Americana consagra el derecho de toda persona, a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, para que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Convención.[59]

Este derecho constituye un estándar mínimo común para los Estados partes de la Convención Americana, que consiste en la obligación de garantizar la protección judicial de los derechos consagrados en la propia Convención (además de sus Constituciones y leyes), mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos. Este derecho es en definitiva, una determinación específica de la obligación internacional asumida por todos los Estados partes de esa Convención, de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

> [...] La obligación de los Estados partes de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), que deben ser sustanciados con la reglas del debido proceso (artículo 8.1), está comprendida en la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.

192.5. En relación al derecho consagrado en el artículo 25.1 de la Convención y su vinculación con la institución de amparo constitucional, el mismo órgano del sistema interamericano dice que el texto citado es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención.

De todos modos, cada proceso constitucional regulado como amparo tiene ampliaciones y limitaciones que ocasionan situaciones de desigualdad; de allí la necesidad de orquestar pilares comunes y salvaguardas generales con el fin de establecer, con seguridad y previsión, el control efectivo de la constitucionalidad de las leyes.

193. Los tipos de amparo en Argentina

193.1. El proceso de amparo tiene asimetrías en las formas previstas para su desarrollo. El punto neurálgico de las diferencias aparece con las libertades que se

---

[59] AYALA CORAO, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, editorial Jurídica Venezolana, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Caracas/San José de Costa Rica, 1998, pp. 100 y ss.

otorguen a los jueces para actuar y de las posibilidades de concretar un trámite rápido y expedito que no siempre es la regla. En México, por ejemplo, el amparo funciona como un proceso ordinario (si bien acelerado y preciso), mientras que en Argentina se lo reserva para situaciones excepcionales.

En Argentina cada provincia tiene su ley de amparo, pero la guía se ha tomado de la ley federal nº 16.986 que reglamentó en su tiempo el juicio de amparo que hasta entonces se desarrolló con estándares jurisprudenciales; pero después de la reforma constitucional de 1994, el nuevo artículo 43 creó un "amparo constitucional" destinado a funcionar ante una diversidad de actos lesivos contra derechos fundamentales. Las coberturas que se ofrecen 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", "amparo ambiental", "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) Habeas Data

g) Habeas Corpus.

193.2. La división muestra como el juicio de amparo evoluciona de ser originariamente una defensa jurisdiccional actuada mediante un procedimiento hacia un derecho fundamental, una garantía específica, que como tal, es anterior al conflicto y establece un derecho al amparo. Dicho en términos amplios, es el derecho a la tutela, a la protección, a la seguridad individual y colectiva, para comprender cada una de las fisonomías que definen en América a esta institución.

193.3. Comparados los sistemas el amparo se puede fraccionar en dos sectores: el que lo captura como herramienta de protección contra los derechos individuales que el Estado —a veces también, el particular— amenaza o vulnera; y el que lo aplica como defensa del orden constitucional permitiendo en esta vía integrar el silencio legislativo o pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes.

Asimismo el amparo puede ser *individual* o *colectivo* y observar los efectos de esta división en la puerta de entrada al proceso, es decir, en la legitimación para obrar y en la cosa juzgada (*inter partes* o *erga omnes).*

También los modelos varían con relación al objeto, porque no todos muestran coincidencias en orden a permitir que se pretenda:

a) La omisión inconstitucional

b) La inconstitucionalidad de las leyes

c) La ilegalidad administrativa

d) La ilegitimidad de los actos

e) La arbitrariedad fáctica

f) La defensa del debido proceso

Inclusive, el uso como herramienta del proceso no es común, porque no todos aceptan que se pueda aplicar como recurso contra decisiones judiciales. Igual asimetría surge cuando el amparo se interpone contra actos de particulares.

Para Nogueira Alcalá:

> [...] el derecho de amparo, protección o tutela de derechos fundamentales puede ofrecer varios tipos de procedimientos que requieren de regulaciones específicas, teniendo una base o piso común en los principios del debido proceso o racional y justo procedimiento, según el lenguaje de nuestra Carta Fundamental (Chile), en su artículo 19 N° 3 o de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta diversidad está dada por: *a)* Amparo, protección o tutela contra actos u omisiones de autoridades públicas o particulares (acción o recurso de amparo, tutela o protección); *b) Habeas Corpus*; *c) Habeas Data*; *d)* Inaplicabilidad por inconstitucionalidad de leyes; *e)* Impugnación contra sentencias judiciales; *f)* El amparo colectivo por los derechos de incidencia general; *g)* La indemnización por error judicial; *h)* La reclamación por pérdida o desconocimiento de nacionalidad. Cada uno de ellos según los países y casos tiene un procedimiento y trámite determinado.[60]

194. Presupuesto y condiciones de procedencia

194.1. El acto lesivo es el objeto del amparo. En Argentina 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".

Se omite la referencia a los "derechos explícita o implícitamente reconocidos..." que indicaba la ley 16.986, de manera que la Constitución nacional pareciera sugerir la conversión 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.

194.2. En México la ley reglamentaria de los arts. 103 y 107 constitucionales, dejan en claro que la admisión del amparo procede contra leyes o actos de cualquier autoridad que violen garantías individuales o restrinjan la soberanía de los Estados, o supongan invadir la esfera de competencias de la autoridad federal.

---

[60] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano", en *Revista Ius et Praxis*, nº 13 (1), Santiago, 2007, pp. 75 y ss.

> La ampliación del derecho de amparo mexicano para abarcar la impugnación de las resoluciones judiciales de todos los tribunales del país por violación de leyes ordinarias, produjo dos consecuencias muy importantes; en primer término modificó de hecho la estructura del poder judicial, que desde la Constitución Federal de 1824 (con excepción de las Constituciones centralistas) estableció la doble jurisdicción de acuerdo con el paradigma norteamericano, el que implica la existencia de dos tipos de tribunales de competencia separada, los de las entidades federativas (estados y Distrito Federal) y los de carácter federal (estos últimos adoptaron la estructura de la Ley de Organización Judicial de los Estados Unidos de 1789). El citado amparo judicial unificó, contra el texto constitucional, al propio Poder Judicial mexicano, ya que los tribunales locales quedaron sometidos a los federales. Conviene aclarar que de acuerdo con el modelo norteamericano (que es el que siguen todavía los ordenamientos constitucionales federales de Brasil y Argentina), los asuntos que se interponen ante los jueces y tribunales locales por aplicación de leyes ordinarias, terminan definitivamente en el ámbito local, ya que para elevar un asunto local a la competencia de los tribunales federales, es preciso que se plantee una contradicción entre dichos ordenamientos aplicables y la ley suprema de la Unión (Constitución federal, leyes federales y tratados internacionales). En la práctica mexicana, todos los asuntos judiciales se impugnan ante los tribunales federales por medio del juicio de amparo, y en ello se aproxima la realidad mexicana a la regulación constitucional del Poder Judicial de la República Federal de Alemania, que posee un sistema judicial unificado, ya que los asuntos se inician ante los jueces locales y se impugnan en las últimas instancias ante los tribunales federales.[61]

El molde originario piensa más en el *habeas corpus*, y en particular, en las decisiones administrativas que afectan la libertad y la integridad de las personas (*v. gr.:* actuaciones policiales o del Ministerio Público). No obstante, el estándar normativo también apunta al control de constitucionalidad sea mediante la fiscalización de la supremacía (amparo contra leyes)[62] o permitiendo el ataque de resoluciones judiciales (amparo judicial, que en realidad es un recurso de casación).

Con las reformas introducidas se agregó en las finalidades del amparo mexicano el proceso contencioso administrativo con el fin de salvaguardar el principio de le-

---

[61] Fix Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas)", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 77, mayo-agosto, 1993.

[62] Por conducto de lo que se ha calificado como *acción de inconstitucionalidad*, en virtud de que implica un ataque frontal, directo, contra el ordenamiento legislativo, entendido, como hemos dicho, en su sentido material, es decir, que comprende también las disposiciones reglamentarias y los tratados internacionales aprobados por el Senado federal. De acuerdo con esta vía, se impugnan las normas legislativas por medio de un verdadero proceso en el cual figuran como contrapartes del promovente los órganos del Estado que intervinieron en el procedimiento legislativo, o sea, en la esfera federal, el Congreso de la Unión y el presidente de la República, y en las entidades federativas, la legislatura local y el gobernador respectivo, que son los órganos encargados de la expedición y la promulgación de las normas legislativas. En el supuesto de los reglamentos, debe señalarse como autoridad demandada al titular del Ejecutivo correspondiente, federal o local, así como al Senado de la República y al titular del Ejecutivo federal, en cuanto a la aprobación y ratificación de los tratados internacionales (Fix Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas)", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 77, mayo-agosto, 1993).

galidad. Este medio de impugnación se utiliza para combatir por medio del amparo los actos y decisiones de las autoridades administrativas federales y locales, que no pueden impugnarse ante los organismos judiciales.[63]

194.3. Solo con el fin de trabajar sobre un concepto de entendimiento común que permita proponer en el proceso de amparo una lectura confluente, se deben analizar estos presupuestos.

En primer lugar cuanto corresponde a la voz *acto*.

La defensa que el amparo dispensa se basa en actos que revisten una condición determinada (ilegalidad, arbitrariedad o abuso de autoridad). 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".

En el proyecto del Poder Ejecutivo Argentino de 1964 se declaraba procedente el amparo contra *toda conducta de autoridad* contemplando con amplia extensión al amparo, comprendiendo tanto la acción como la omisión.

194.4 .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).[64]

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.

194.5. El segundo grado de comprensión se ocupa del término *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.

---

[63] FIX ZAMUDIO, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas)", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 77, mayo-agosto, 1993.

[64] BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales,* Porrúa, México, 1978, p. 35.

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.[65]

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. Este presupuesto no es común porque algunas legislaciones americanas no aceptan que el sujeto particular pueda ser emplazado por el amparo constitucional.

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?[66]

---

[65] BIDART CAMPOS, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo,* Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 338.

[66] SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional-Acción de amparo,* Astrea, Buenos Aires, 1995 (5ª ed.), p. 154.

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).

194.6. 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, como se permite en México—, o todo aquél que pertenece al aparato estatal.

La amplitud puede llevar a extender el derecho a límites insospechados, como admitir la vía contra sentencias jurisdiccionales. 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.[67]

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*.[68]

---

[67] RIVAS, Adolfo Armando, *Amparo*, La Rocca, Buenos Aires, 1987, p. 68.

[68] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos,* Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 254.

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 argentina, 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).

194.7. Otra voz que debe ser esclarecida por su impacto en la admisión del amparo es *actualidad.*

Actualidad es mantenimiento de la cuestión de hecho al tiempo de resolver el amparo. Se trata de auspiciar la herramienta constitucional evitando resolver cuestiones abstractas, aunque la evolución de la figura tiende a permitir que sin perjuicio sufrido, se considere actual a la función judicial preventiva.

Con este permiso, el acto lesivo de probable producción, que aun sin revestir una auténtica amenaza pueda ser inminente, puede reunir el requisito de admisión.

En Argentina 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.[69]

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.

194.8. 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

[69] Fallos, 306:506.

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.[70]

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, varias veces citado, 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.

Obsérvese que en Colombia si el hecho está consumado la vía del amparo es improcedente (art. 6 inciso 4º, decreto 2591).

194.9. Todo acto u omisión de autoridad pública (o de particulares, en su caso) 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.

El requisito propio en la Norma Fundamental de Argentina no se repite en otras legislaciones, sin que ello sea un impedimento para asimilar el concepto a otras expresiones equivalentes como "individualización clara del derecho amenazado o violado" (Colombia) o alguna de las muchas causales que impiden el progreso del amparo en México.

---

[70] CS, 1998/05/07, "*Consumidores Libres Coop. Ltda. de provisión de servicios de acción comunitaria*", La Ley, 1998-C, 602.

En este país el artículo 73 de la ley de amparo dice que el juicio de amparo es improcedente:

I. Contra actos de la Suprema Corte de Justicia;

II. Contra resoluciones dictadas en los juicios de amparo o en ejecución de las mismas;

III. Contra leyes o actos que sean materia de otro juicio de amparo que se encuentre pendiente de resolución, ya sea en primera o única instancia, o en revisión, promovido por el mismo quejoso, contra las mismas autoridades y por el propio acto reclamado, aunque las violaciones constitucionales sean diversas;

IV. Contra leyes o actos que hayan sido materia de una ejecutoria en otro juicio de amparo, en los términos de la fracción anterior;

V. Contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso;

VI. Contra leyes, tratados y reglamentos que, por su sola vigencia, no causen perjuicio al quejoso, sino que se necesite un acto posterior de aplicación para que se origine tal perjuicio;

VII. Contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral;

VIII. Contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones Permanentes, en elección, suspensión o remoción de funcionarios, en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana o discrecionalmente;

IX. Contra actos consumados de un modo irreparable;

X. Contra actos emanados de un procedimiento judicial, o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud de cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica.

Cuando por vía de amparo indirecto se reclamen violaciones a los artículos 19 o 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exclusivamente la sentencia de primera instancia hará que se considere irreparablemente consumadas las violaciones para los efectos de la improcedencia prevista en este precepto. La autoridad judicial que conozca del proceso penal, suspenderá en estos casos el procedimiento en lo que corresponda al quejoso, una vez cerrada la instrucción y hasta que sea notificada de la resolución que recaiga en el juicio de amparo pendiente;

XI. Contra actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento;

XII. Contra actos consentidos tácitamente, entendiéndose por tales aquellos contra los que no se promueva el juicio de amparo dentro de los términos que se señalan en los artículos 21, 22 y 218.

No se entenderá consentida tácitamente una Ley, a pesar de que siendo impugnable en amparo desde el momento de la iniciación de su vigencia, en los términos de la fracción VI de este artículo, no se haya reclamado, sino sólo en el caso de que tampoco se haya promovido amparo contra el primer acto de su aplicación en relación con el quejoso.

Cuando contra el primer acto de aplicación proceda algún recurso o medio de defensa legal por virtud del cual pueda ser modificado, revocado o nulificado, será optativo para

el interesado hacerlo valer o impugnar desde luego la ley en juicio de amparo. En el primer caso, sólo se entenderá consentida la ley si no se promueve contra ella el amparo dentro del plazo legal contado a partir de la fecha en que se haya notificado la resolución recaída al recurso o medio de defensa, aun cuando para fundarlo se hayan aducido exclusivamente motivos de ilegalidad.

Si en contra de dicha resolución procede amparo directo, deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 166, fracción IV, párrafo segundo, de este ordenamiento.

XIII. Contra las resoluciones judiciales o de tribunales administrativos o del trabajo respecto de las cuales conceda la ley algún recurso o medio de defensa, dentro del procedimiento, por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas, aun cuando la parte agraviada no lo hubiese hecho valer oportunamente, salvo lo que la fracción VII del artículo 107 Constitucional dispone para los terceros extraños.

Se exceptúan de la disposición anterior los casos en que el acto reclamado importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro, o cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución.

XIV. Cuando se esté tramitando ante los tribunales ordinarios algún recurso o defensa legal propuesta por el quejoso que pueda tener por efecto modificar, revocar o nulificar el acto reclamado;

XV. Contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio, conforme a las leyes que los rijan, o proceda contra ellos algún recurso, juicio o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados, siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos mediante la interposición del recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, sin exigir mayores requisitos que los que la presente ley consigna para conceder la suspensión definitiva, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esta ley.

No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa, si el acto reclamado carece de fundamentación;

XVI. Cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado;

XVII. Cuando subsistiendo el acto reclamado no pueda surtir efecto legal o material alguno por haber dejado de existir el objeto o la materia del mismo;

XVIII. En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley.

Las causales de improcedencia, en su caso, deberán ser examinadas de oficio.

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.

194.10. Los presupuestos de *ilegalidad, arbitrariedad y manifiesta* aparecen en el artículo 43 constitucional 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.

194.11. 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).[71]

Con el amparo se puede entrar en la ilegitimidad del acto merced a la idea de arbitrariedad, y por una interpretación extensiva de los derechos protegidos (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,

---

[71] SAGÜÉS, *Ley de Amparo*, p. 160.

de allí que lo ilegítimo pueda provenir de las conductas que se controlan a través del amparo.[72]

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, constitucional, 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, 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.

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.

194.12. La idea natural que motivó la ley de amparo en Argentina fue reducir el espacio que la jurisprudencia venía ensanchando. De allí que se impuso la exigencia que el acto lesivo fuese de *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 or-

---

[72] RIVAS, *El amparo,* cit., p. 97.

dinarias o comunes y que merezca su urgente reparación a través de la vía excepcional y sumarísima del amparo.[73]

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.

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.

194.13. La diversidad de requisitos ha permitido, *mutatis mutandi,* interpretar que las exigencias posibilitaban acudir en la vía del amparo a situaciones imprevistas. El fenómeno impacta, por ejemplo, en el contenido del acto.

En efecto, una de las alternancias que citamos atiende al juicio de amparo en la dimensión de control y fiscalización de la conducta administrativa y de los actos que se pronuncian. Esto ha generado algunos problemas teóricos y prácticos en esta materia, especialmente derivado del abuso indiscriminado que se ha hecho de este remedio procesal en diversas situaciones jurídicas.

En el plano teórico, afirman Ferrada Bórquez y otros[74] ha sucedido que, por un lado, se transformó el recurso de protección chileno en un medio de impugnación ordinario de la actuación administrativa, con prescindencia de la existencia o no de un derecho fundamental comprometido, ampliando la interpretación del mismo a materias o áreas no contempladas por el constituyente; y también se lo ha convertido en un mecanismo de control de la legalidad o juridicidad de la actuación administrativa, afectando con ello la urgencia, excepcionalidad y esencialidad de su tutela. En el ámbito práctico, a su vez, esto ha llevado a una explosión numérica sin precedentes en la actividad forense, registrándose como la principal materia de ingreso de causas en los tribunales superiores de justicia, colapsando la actividad jurisdiccional y afectando con ello los procedimientos ordinarios.

Colombia refleja quizás la jurisdicción donde mayor cobertura se ejerce en la senda de la tutela (amparo), al punto que la sencillez del trámite y la brevedad de los plazos auspician incorporar todo el conjunto de derechos individuales y políticos, donde los llamados de la segunda generación (económicos, sociales y culturales) ensanchan el objeto procesal.

---

[73] C.Fed. La Plata, Sala I, 1990/02/28, "*Mosto MAT S.A. c. Banco Central y otros*", La Ley, 1991E, 378, con nota de Rodolfo R. Spisso.

[74] FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CAZOR ALISTE, Kamel, "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo", en *Revista de Derecho*, Vol. XIV, julio 2003, pp. 67 y ss.

En otros lugares la ampliación del amparo se sensibiliza con los hechos antes que con las normas obrando como el mecanismo preferido para dar eficacia a la tutela fundamental de los derechos humanos.

Vale decir que siendo originariamente un proceso de resguardo, excepcional y contingente, el amparo progresa y pierde exigencia ritual cuando se actúa como un proceso constitucional. La cuestión puede cambiar cuando se trata de funcionar como proceso común.

195. El amparo contra actos de particulares

195.1. 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 constitucional (Argentina)— acerca de cuál es el mecanismo de protección a elegir.

> La Sala Constitucional del Superior Tribunal de Justicia de Venezuela, sostiene que frente al planteamiento de amparos en los cuales se advertían posibles violaciones a derechos constitucionales de los gobernados, por actos emitidos por particulares, comenzaron a producirse resoluciones de avanzada que van más allá del contenido literal del artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales y del mismo artículo 247 de la Constitución, *con la finalidad esencial de ampliar el espectro de procedencia del objeto de la pretensión de amparo,* interpretando que la disposición constitucional no hace alusión a la fuente de la violación, mucho menos establece alguna cláusula de cierre para entender que sólo procede el amparo contra actos emitidos por autoridades propiamente dichas (autoridades públicas legalmente constituidas). Y es que, del estudio exhaustivo de las pretensiones incoadas, se advirtieron casos en los cuales algunos particulares producían actos limitativos de derechos constitucionales de los gobernados, como si se tratase de verdaderos actos de autoridad desde un punto de vista material, es decir, se advirtieron casos en los cuales el objeto de la pretensión era la revisión de actos que salían fuera del concepto tradicional de "actos de autoridad", pero que sin embargo limitaban definitiva y unilateralmente derechos constitucionales […] (...el concepto de autoridad y por consiguiente los actos de la misma, no pueden ser exclusivamente formales; esto es, atender a que efectivamente forme parte de alguno de los órganos del Estado, sino además, debe ser un concepto material, de tal manera que comprenda aquellas situaciones en las que

personas o instituciones que formalmente no sean autoridad, sean materialmente consideradas como tales).[75]

En efecto, así como el "acto de autoridad" debe de reunir ciertos requisitos, como que sea emitido con supuestas vulneraciones a derechos constitucionales, que se haya hecho uso de todos los recursos o remedios para atacarlo y que estando dentro de una de estas vías, éste se haya agotado plenamente; también el "acto de autoridad" emitido por un particular debe reunir ciertos requisitos para poder encajar dentro de la competencia que habilita la actuación judicial.

No obstante hay que dejar claro desde ya que si un acto de particular es rechazado en un proceso de amparo, será porque no reúne el objeto de la pretensión las condiciones necesarias para su revisión desde un punto de vista constitucional, y no por falta de legitimación pasiva, pues esta se adquiere con solo el hecho de ser la fuente de emisión del acto.

Así, *en términos generales,* puede afirmarse que el objeto de la pretensión de amparo procede contra actos de particulares cuyas exteriorizaciones, por lógica, no responderán a las manifestaciones y dimensiones propias de los actos de autoridad; mas, tendrán similares repercusiones en la esfera jurídica del pretensor. Entonces, abstracción hecha de los formalismos que debe reunir toda demanda de amparo, si ésta contiene como objeto de la pretensión la reclamación frente a un acto emitido por un particular, puede rechazarse por los siguientes motivos: *(a) si no se han hecho uso de los remedios o recursos que el ordenamiento jurídico establece para atacarlo y si, estando una de esas vías en trámite, no se ha agotado plenamente; (b) si se trata de una simple inconformidad con el contenido del acto; y (c) siempre y cuando el particular que emitió el acto no se encuentre en "situación" de supra a subordinación material respecto del gobernado.*[76]

La posibilidad de intervenir con amparo contra acciones de personas que no sean funcionarios públicos o entidades del Estado, llega del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; de modo que aunque no esté previsto reglamentariamente, la vía es factible.

Cabe aclarar, pese a todo, que en la actualidad, la mayoría de los países de América latina admite en alguna forma la acción de amparo contra particulares. Así, en forma amplia la admiten: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; y en forma restringida: Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Honduras. Por tanto, solo en Brasil, El Salvador, México, Nicaragua y Panamá la acción de amparo permanece restringida respecto de autoridades y funcionarios y se excluye totalmente contra particulares; es decir, el amparo sigue siendo una garantía judicial sólo frente al Estado y sus autoridades públicas.[77]

---

[75] Sala Constitucional sentencia 455/98 (Guerra)

[76] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, sentencia 213/98 y 216/98.

[77] BREWER CARÍAS, Allan R. – Naveja Macías, José de Jesús, *La situación general de la acción de amparo contra particulares en el derecho latinoamericano,* Revista Trilogía n° 4 pp. 18 y ss.

195.2. En Argentina no hay dudas ni incertidumbre para admitir el amparo contra particulares, porque es un proceso constitucional que se interpone en forma 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.

Sostiene Salomoni que:

> [...] contrariamente 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.[78]

Este supuesto se daría si a los *entes reguladores* que se ocupan de controlar a las empresas privadas que explotan servicios públicos, 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, 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.[79]

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.

196. Supuestos de improcedencia

196.1. La delimitación del amparo puede surgir de dos presupuestos que lo condicionen. Por un lado aparecen quienes consideran que es un proceso extraordinario, eventual y subsidiario cuando no existan otras vías alternativas para defender la afectación probable de derechos fundamentales; y por otro quienes ordinarizan la vía previéndola para un cúmulo de situaciones generales como es el caso de México.

En Argentina, inmediatamente después de la reforma constitucional, la doctrina más autorizada manifestó su preocupación por la presunta "ordinarización" del juicio

---

[78] SALOMONI, Jorge L., *Teoría General de los servicios públicos,* Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 88.

[79] CNFed. Civil y Comercial, Sala I, 2000/03/16, "*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Edesur*", en La Ley Online.

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.

196.2. El problema de la vigencia de la ley 16.986 no es tan grave cuando se trata de analizar qué causas pueden encontrar respuesta y solución a través de la garantía procesal. Ello, claro está, en la medida que se considere a ésta 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 actividad jurisdiccional del Estado, impartida a través de los jueces no puede controlarse por el juicio de 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.

196.3 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.[80]

196.4. El artículo 43 asigna al amparo la condición de proceso "rápido, expedito e idóneo" para resguardar los derechos y garantías implícita o explícitamente reco-

[80] SAGÜÉS, ob. cit., p. 165.

nocidos 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.

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.

196.5 Las restricciones para el acceso son de variado registro. En Argentina la valla impuesta por la Ley 16.970, o ley de defensa nacional, fue criticada 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 "*ésta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su ob*servancia 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.[81]

En la misma línea de considerar que el amparo no puede obstruir con su mecanismo las decisiones adoptadas con el fundamento de la seguridad nacional, están aquéllas que dicen afectar servicios públicos que constituyen actividades esenciales del Estado.

196.6. En efecto, 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.

---

[81] SAGÜÉS, ob. cit., p. 177.

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.[82]

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.

196.7. 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.

Si el paso por las vías previas se aplica, es evidente que no se dejan alternativas recursivas eficaces ante la misma administración central. La procedencia del amparo es entonces evidente y prospera ante la potencialidad del perjuicio representativo de la lesión de orden constitucional, de tal manera que aun en el presupuesto de la actual vigencia del decreto en cuestión, se interpreta como suficientemente razonable

---

[82] BIDART CAMPOS, *Régimen legal y jurisprudencial del amparo,* cit., p, 177.

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.

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.

196.8. El problema de reconocer en el amparo un juicio de conocimiento limitado y restringido lleva a sostener como presupuesto de admisión que no necesite más que de prueba evidente, porque de tenerse que acreditar la lesión, la etapa de verificación y confirmación le quita la celeridad que constituye la base y esencia del proceso constitucional.

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 citado, 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.

196.9. 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 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina, 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 *in limine* del amparo, o las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado (art. 15, Ley 16.986).

196.10. 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.

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.[83]

196.11. De todos modos, debe existir un criterio amplio y flexible en la consideración del mayor debate o prueba necesaria 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?

197. El amparo como vía principal, no subsidiaria

197.1. La Constitución argentina define al amparo haciendo referencia a una de sus bondades: la *rapidez* (*acción rápida y expedita*), sin embargo menciona en el texto la necesidad de confrontar la vía con otro medio judicial. De acuerdo a ello y teniendo a la vista la interpretación judicial lograda al presente, los proyectos que pretenden reglamentar la norma fundamental, y las diferentes opiniones doctrinarias sobre el precepto, el problema está en resolver si 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

[83] RIVAS, *El amparo,* cit., p. 134.

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.

197.2. La confrontación coincide en un punto: el sistema procesal interno por el cual se concreta el proceso constitucional. Es decir, en tanto la Constitución Nacional incorpora y expresa un nuevo derecho que antes reconocía raigambre jurisprudencial, y que se canalizó por las acciones de amparo y *habeas corpus*; el sistema internacional de protección a los derechos humanos establece un objetivo de los Estados partes consistente en tener en su dinámica de procedimientos un trámite expedito, concentrado y acelerado.

En síntesis, el amparo novedoso que se incorpora al texto constitucional concreta un derecho de acceso directo a la jurisdicción 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.

197.3. Para comprender suficientemente la vía directa o subsidiaria del amparo, es menester explicar conceptos emparentados que interactúan y se complementan. El principio del "debido proceso" (art. 18, CN), unido al concepto de vías idóneas expresa cuando y de qué manera puede postergarse la recepción del amparo por resultar procedentes otros remedios procesales de la misma eficacia.

El artículo 43 constitucional inhabilita la acción de amparo cuando exista "*otro medio judicial más idóneo"*, criterio esclarecedor de antiguas polémicas sobre vías previas y paralelas o concurrentes, por las cuales las primeras quedaban reservadas a los reclamos administrativos insoslayables; y los segundos, a la imposibilidad de tramitar cuando habían procedimientos específicos para satisfacer las pretensiones sugeridas a través de la demanda de amparo.

Las vías idóneas son, generalmente, jurisdiccionales, de modo tal que continuaría viéndose al proceso, *lato sensu*, como la auténtica garantía para los derechos del hombre. Sin embargo, como estas "vías paralelas" no son, lamentablemente, todo lo rápidas y expeditas que fuera de esperar para las pretensiones del litigante, la subsidiariedad mantenida se convierte en un obstáculo frustratorio, anulando la mentada garantía.

197.4. Ahora bien, para reconocer la idoneidad del medio seleccionado para la defensa del derecho constitucional es menester observar que la actualidad normativa modifica el artículo 2 inciso *a)* de la ley 16.986 que explícita: "La acción de amparo no será admisible cuando, a) existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección constitucional del derecho o garantía constitucional de que se trate".

Esta condición está eliminada suministrando, en consecuencia, un acceso directo (facultativo) al amparo cuando no existan trámites jurisdiccionales que soporten idénticas cuestiones planteadas.

Es claro, dice Rivas:

> [...] que si el particular encuentra que la administración le brinda un medio tuitivo suficiente podrá recurrir al mismo *optando* por no usar del amparo. Pero también es claro y esperamos que el legislador no lo desvirtúe, que no le será obligatorio utilizar los caminos burocráticos en detrimento de su derecho de ampararse.[84]

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.

197.5. 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 cuándo: *a)* La decisión administrativa que se ataca de inconstitucional no reviste la condición de definitiva; *b)* Cuando el reclamo administrativo previo puede aportar soluciones útiles en la instancia que se formula, dando oportunidad al órgano estatal de producirse en un sentido u otro respecto a la denuncia; *c)* Cuando el procedimiento administrativo no presenta disfunciones manifiestas ni una morosidad tal que evite la acción rápida y expedita que el amparo promete.

De igual manera pensamos que si el amparo se dirige contra actos de particulares, la ausencia general de instancias previas de solución, no priva de ver la conducta del actor que peticiona directamente sin arbitrar alternativas anteriores de pacificación con su eventual oponente.

197.6. 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 re-

---

[84] RIVAS, *El amparo,* cit., p. 136.

quisito 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 reconocido en la Constitución, leyes y tratados.

198. Legitimación procesal

198.1. "*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 *Habeas data* (párrafo tercero del art. 43) también se otorga a *"toda persona"*, mientras que el *Habeas 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".

198.2. 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).

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 ju-

risdiccional, *el Defensor del Pueblo y las asociaciones* registradas conforme a la ley que aun no se ha dictado.

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 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 México, la idea de ampliar la legitimación activa del quejoso o agraviado, a través de la incorporación del "interés legítimo", se ha propuesta al resultar insuficiente el tradicional "interés jurídico" que prevé la actual regulación del juicio de amparo. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha identificado el interés jurídico con el derecho subjetivo. Sin embargo, sostiene el Zaldívar, que ello resulta insatisfactorio, en tanto que se deja de proteger a los actos lesivos a la esfera jurídica de los gobernados que no afecten propiamente un derecho subjetivo. De tal suerte que en la actualidad se carece de protección frente a los ataques a los intereses o derechos difusos y colectivos, así como a un número importante de atentados a las garantías individuales que, a pesar de causarles graves daños económicos o materiales, no son justiciables por no responder a la estructura del derecho subjetivo.[85]
>
> En Colombia el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 reza: *Legitimidad e interés.* La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos…". El artículo 229 de la Constitución garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia, y defiere a la ley el señalamiento de los casos en que se pueda hacer sin la representación de abogado.
>
> Es decir, que la regla general es que el representante judicial de una persona, deba ser abogado; salvo que la ley, expresamente y por excepción autorice la comparecencia directa de la persona, sin necesidad de abogado.

198.3. En el *Habeas data*, a pesar de la amplitud del término *"toda persona"* como empieza el párrafo tercero de la Constitución argentina (art. 43), 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 *Habeas 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.

a) *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

---

[85] ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002, pp. 23 y ss.

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 porque 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 la legislación argentina 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.

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.[86]

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.

---

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

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.

b) *Legitimación de consumidores, usuarios y asociaciones*

Superado el problema del reconocimiento jurídico a las entidades intermedias que agrupan intereses colectivos o derechos difusos, resta observar el funcionamiento procesal de ellos cuando proponen o reclaman ante los tribunales. La mención insistida en la Norma Fundamental otorgando derecho al proceso a "toda persona" supone tanto como admitir a personas físicas como jurídicas, sin que las frases agregadas supongan que haya que recortar a los grupos el acceso, al exigirles previa acreditación sobre sus fines.

En los hechos es difícil situar concretamente el límite señalado, pero también es cierto que admitiendo la actuación de las agrupaciones la neblina irá esfumándose para destacar claramente el rol de ellas y los intereses que actúan y defienden. Ahora bien, ¿qué hace la jurisdicción cuando debe resolver la legitimación de estas entidades intermedias? ¿Cuál es la capacidad procesal que han de acreditar?

Recordemos que la llegada a la calidad de parte es un último estadio en una escala de rigideces técnicas a superar, donde la capacidad procesal es una de las más ríspidas.[87] En efecto, cualquier asociación tiene una capacidad para obrar que depende de

---

[87] La jurisprudencia muestra en la superficie alguna evolución. Por ejemplo, se sostiene que 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, individuales o exclusivos de los ciudadanos o usuarios (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 2000/03/16, "*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Edesur*", La Ley, 2000-C, 399 —Con nota de PALACIO, Lino Enrique, publicado en La Ley, 2000-C, 395 —Con nota de JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, publicado en La Ley, 2000-F, 137).

Sin embargo se aclara que la legitimación se obtiene, en la medida en que la asociación demandante actúe en los términos que resultan de su estatuto, en representación de los intereses comunes de los consumidores, cuestionando la legitimidad de un régimen que los afectaría —como es el caso de las tarifas telefónicas— siendo así, la legitimación invocada se tolera, sin perjuicio de lo que luego pueda decidirse sobre el fondo al momento de dictarse la sentencia definitiva (CNFed. Contencioso administrativo, Sala V, 1997/10/17, "*Consumidores Libres c. Telefónica de Argentina y otro*", La Ley, 1997-F, 273).

No obstante, también se afirma que, el art. 43 de la Constitución Nacional es operativo en cuanto otorga legitimación activa a las asociaciones que protegen la competencia, el ambiente y los derechos de usuarios y consumidores a comparecer a los estrados judiciales cuando adviertan conculcados derechos de incidencia colectiva, aún cuando no haya sido dictada ley que habilite el registro de dichas asociaciones, ni tampoco se encuentren fijadas las condiciones para su actuación en el proceso de amparo (C. Fed. Córdoba, Sala B, 2000/05/23, "*Portal de Belén c. Ministerio de Salud y Acción Social*", LLC, 2000-815 - DJ, 2000-2-964).

las normas establecidas en su organización interna. Mientras que la personalidad para actuar en juicio, generalmente, se asigna por la representación o el mandato.

La Corte Nacional, interpretando la Norma Básica del país, sostiene que la reforma de 1994, contempla nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores, ampliando el espectro de sujetos legitimados para accionar —art. 43—, como es la asociación creada por el Estado para representar a los Grandes Usuarios de Energía Eléctrica.[88] La capacidad para ser parte de los portadores de intereses de grupo se ha concedido más fácilmente a aquellos que tienen una cohesión anterior al hecho, por ejemplo, los colegios profesionales; ahora, la exigencia de registro establece una limitación a la capacidad para obrar, la cual, a los fines de establecer la titularidad del interés alegado, no significa impedirles la presentación ante la justicia.

Ello es así porque las identificaciones entre capacidad jurídica para ser parte y capacidad de obrar-capacidad procesal no son exactas, pues en el proceso civil la capacidad es más amplia que la establecida en el Código Civil.[89]

Inclusive, admitiendo que las entidades intermedias no necesitan del registro para formular reclamaciones, puede afirmarse que cuando se permite investir de titularidad de determinadas relaciones jurídicas a entidades que no son, *lato sensu*, personas jurídicas, no se trata de concluir que ellas tienen capacidad como tales (como personas jurídicas), sino, simplemente, que por razones de conveniencia, interés jurídico y la presunción de idoneidad que, *prima facie,* acredita el grupo, puede asignársele un *status jurídico* suficiente por el cual consigue la calidad de parte.

Podríamos ejemplificar muchas de estas situaciones, bastando observar que cuando se permite que un comunero actúe solitario, si lo hace en beneficio de la comunidad, y la sentencia le es favorable, beneficia con sus actos a todos; sin afectarlos en caso contrario. La comunidad no supone una personalidad distinta de la de los comuneros.

Estas uniones circunstanciales son también asociaciones comprendidas en la tutela diferenciada que prevén los nuevos derechos y garantías constitucionales. El fin colectivo y el interés de incidencia masiva es el vínculo. La calidad de parte la acreditan con la verosimilitud del derecho peticionado.

Si uno supone que la legitimación se adquiere una vez acreditada la capacidad procesal, colocamos la piedra de toque en la acreditación del derecho subjetivo que

---

[88] Dictamen del Procurador General de la Nación, Dr. Agüero Iturbe. CS, 1997/04/22, "*Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina —Agueera— c/ Provincia de Buenos Aires y otro*", IMP, 1997-B-2777.

[89] La restricción es manifiesta en algunos casos. Por ejemplo, se ha dicho que, la tutela del público consumidor, no constituye argumento suficiente —en el estricto régimen del derecho positivo actual—, para postular que el amparo pueda concretarse mediante la oposición de cualquier persona no interesada directamente organizándose una especie de acción popular, que aunque pueda prospectivamente reivindicarse, carece de apoyo en el sistema legal vigente (CNFed. Civ. y Com., Sala III, 1992/12/02, "*China Nat Textiles Import y Export Corp. Dalian Branch c. Rabinovich, Leonardo A.*", La Ley, 1994-D, 523, J. Agrup., caso 9876).

permite la protección de las individualidades. Pero como en la defensa de los derechos difusos importan más los intereses que se actúan, la legitimación como presupuesto de fondo pierde consistencia, carece de trascendencia para condicionar la admisibilidad en el proceso de los grupos.

c) *Legitimación en materia ambiental y demás derechos difusos*

La Ley General del ambiente n° 25.675 (Argentina) dispone en el artículo 30:

> Producido el daño ambiental colectivo, *tendrán legitimación* para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.
>
> Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.
>
> Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

La legitimación para obrar que se confiere se pone a tono con la ampliación que proviene del art. 43 constitucional, e inclusive admite algo más que, en materia procesal, es notorio, como resolver el amparo como una suerte de acción popular.

Tal es así que el art. 31 dice que, si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.

La jurisprudencia venía apuntando en este aspecto el interés por trocar la defensa del derecho subjetivo por el interés general. El derecho invocado por los accionantes a conservar un ambiente sano y a que se arbitren las medidas tendientes a evitar el impacto ambiental —en un emprendimiento habitacional—, se halla válidamente protegido con la exigencia de realizar el estudio respectivo —ordenada con carácter cautelar— y sin que al efecto se fije plazo alguno para su cumplimiento, pues tal exigencia está resguardando los derechos de los actores, en tanto impide la iniciación o continuación de la obra sin dicho recaudo previo.[90]

Inclusive, la condición de vecino de una comuna afectada por la contaminación ambiental era suficiente para conferir legitimación activa para promover acción de amparo tendiente al cese del daño al medio ambiente y su recomposición, pues fue

---

[90] CCiv. y Com., Mercedes, Sala II, 2001/09/04, "*Díaz Williams, Eduardo y otros c. Intendencia Municipalidad de San Antonio de Areco y otros*", LLBA, 2002-226.

dicho que, tal pretensión expresa un interés colectivo y difuso que poseen todos los integrantes de la comunidad a la salubridad del medio ambiente —arts. 41 y 43, Constitución Nacional—.[91]

En síntesis, la legitimación para accionar en un amparo ambiental resulta de acreditar un mínimo de interés razonable y suficiente para poder constituirse en defensor de derechos de incidencia general o supraindividuales.

d) *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*", que sumado al permiso que tiene por el art. 43 del mismo ordenamiento, no deja espacio para dudas respecto a la posibilidad de asignarle legitimación para obrar en el amparo.

La facultad 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 otra trascendencia que la individual.

199. La competencia

199.1. La jurisdicción federal es propia en los asuntos de constitucionalidad; sin embargo, como en Argentina cada provincia tiene su propia ley fundamental, es posible asignar competencia a los jueces locales por razón de la materia. Es el modelo mexicano que tiene mucha similitud en el diseño político de la jurisdicción, y no tiene problemas en otras latitudes donde la competencia se delimita más por lo territorial que por las personas.

La lógica aplicada tiene aplicaciones incongruentes. Por ejemplo, en Perú el artículo 9 de la ley 25.398 ha señalado que:

> Si el actor incurre en error al nominar la garantía constitucional (acción de *habeas corpus* o acción de amparo) que de conformidad con el artículo 295 de la Constitución Política, quiere ejercer, el juez ante quien ha sido presentada se inhibirá de su conocimiento y la remitirá de inmediato al competente, bajo responsabilidad, para los efectos de la sustanciación y resolución correspondientes.

En realidad —dice Abad Yupanqui—:

> [...] el artículo 7 de la ley original no ha seguido exactamente la influencia mexicana. Efectivamente, una interpretación extensiva de la norma en cuanto se refiere a "deficiencias procesales" comprendería precisamente aquellos supuestos (*v. gr.:* improcedencias) que el derecho mexicano rechaza. Más aún, la ley complementaria reitera tal actitud al

[91] CCiv. y Com., Mercedes, Sala II, 2004/04/06, "*Spagnolo, César A. c. Municipalidad de Mercedes*", LLBA, 2004 (junio), 536 - Sup. Const, 2004 (julio), 23 - DJ, 2004/07/14, 799 —Con nota de López Alfonsín, Marcelo Alberto y Martínez, Adriana N., publicado en Sup. Const, 2004 (julio), 22 - DJ, 2004/07/14, 798 —Con nota de Bidart Campos, Germán J., publicado en Sup. Const, 2004 (julio), 32.

otorgar la posibilidad al juez de encaminar una demanda que no corresponde a su competencia (por ejemplo, amparo cuando en realidad es *habeas corpus*).

Esta atribución de encaminar y "corregir" un presupuesto procesal inexistente (competencia) desborda los cánones tradicionales de la suplencia. En tales casos debía operar la institución del rechazo de plano de la demanda, que debió gozar de carácter general y no estar limitada a determinadas improcedencias. Sin embargo, de acuerdo con nuestra normatividad actual, la falta de un presupuesto procesal como el mencionado —competencia—, habilita la suplencia más no el rechazo de plano de la demanda. Bien cabe preguntarnos ¿qué pasaría si el juez a quien se remite la demanda no se cree competente para tramitarla? ¿Podrá inhibirse de hacerlo? ¿No se podrá a través de esta figura propiciar serios conflictos de competencia? La norma, creemos, termina siendo no sólo incoherente sino técnicamente inadecuada, por ello debería ser reformada.[92]

En todo caso, se propicia que este dispositivo deba interpretarse acudiendo a un concepto restringido de la frase "deficiencias procesales", es decir, limitándolo a aquellas insuficiencias que puedan ser sustituidas o superadas dentro del propio proceso a través de la intervención del juez y que no impliquen su traslado a otra autoridad judicial para imponerle una competencia no originaria. Finalmente, ha de mencionarse que al igual que en México, estamos ante una obligación que el juez no puede graciosamente desestimar.

199.2. La vieja ley argentina nº 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 a los jueces federales, que deben entender excepcionalmente en los casos previstos en el art. 116 de la Constitución Nacional.

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 Constitución Nacional.

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. 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.

199.3. Por vía de principio la competencia se asigna al juez del lugar donde ocurre la amenaza o restricción ilegítima o donde el acto lesivo produce sus efec-

---

[92] ABAD YUPANQUI, Samuel, "El proceso constitucional de amparo en el Perú: un análisis desde la teoría general del proceso", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nº 85, enero-abril 1986.

tos. De este modo se posterga la opción por el domicilio del demandante o del órgano público demandado. Obviamente se prefiere la inmediatez 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.

La Corte Suprema afirmó 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.[93]

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.

199.4 La incompetencia se puede declarar sin que la parte lo pida, pero 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.

---

[93] CS, 1995/12/06, *"Pertile, Elda Aída s/inicia acción de amparo",* La Ley Online.

199.5. 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.

199.6. Sin embargo, puede suceder que la cuestión de competencia no se articule como "excepción" sino como "defensa" de previo y especial pronunciamiento, en cuyo caso, como el artículo 16 de la ley 16.986 rechaza la "articulación de cuestiones de competencia", tiende a impedir el planteamiento de defensas o excepciones previas, que obstaculicen la celeridad del trámite que se debe imprimir a estas causas.

200. El concepto de parte en el juicio de amparo

200.1. El concepto de partes enfrentadas en el amparo puede tener bifurcaciones que proyectan una mirada distinta. Para nosotros la bilateralidad también puede ser una *regla* del proceso, según se mire con la necesidad de tener una controversia con posiciones distintas e intereses contrapuestos, siendo esto lo más importante a resolver.

Es sabido que cuando se golpean las puertas de los tribunales, quien atiende (el juez) pregunta al que llama: ¿quién es?, requiriéndole que acredite (legitimación) y fundamente (pretensión) la razón del llamado, el que a su vez no será oído sin llevar un orden técnico y formal (legalidad de las formas y representación). ¿Porqué no preguntar qué quiere? Quizás así podrían superarse muchas dificultades del acceso a la justicia.

Este planteo teórico tiene incidencia en los llamados procesos constitucionales, en particular, en el juicio amparo, el cual si bien 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), podría considerar que el problema está en el derecho afectado antes que en el padecimiento de lo individual y subjetivo.

200.2. En efecto, la premisa que tiene este proceso constitucional, precisamente, es proteger los derechos del hombre de las amenazas o agresiones directas o indi-

rectas que el particular o el Estado con sus organismos centrales o descentralizados, autónomos o autárquicos, generen a través de los 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 insoslayable, de manera que, corresponde oír a las partes en sus respectivas alegaciones.

Pero la controversia supone tener partes enfrentadas en posiciones diversas, donde el juez debe actuar como equilibrio entre las fuerzas en conflicto. Si este presupuesto se sostiene a pie juntillas, probablemente dos principios procesales queden desajustados con la finalidad del proceso de amparo: el principio dispositivo y el principio de bilateralidad.

200.3. Según el primero, 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. Por el segundo, la bilateralidad obliga a la contradicción dejando al proceso como una lucha entre partes con argumentos opuestos.

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.

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 aísla 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.

200.4. Ahora bien, el marco previsto en torno a las características del procedimiento, repara 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 *litiscontestatio*, 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 (Argentina), 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.

Muchas veces se repite que el principio de bilateralidad no es absoluto, debiendo entenderse al conjuro de las posibilidades de ser oído y de producir pruebas que convenga a la situación que se quiere defender. De allí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado en reiteradas oportunidades que en el marco de esta clase de procesos debe respetarse el derecho de defensa en juicio de la parte demandada.[94]

200.5. Teniendo en cuenta estas particularidades, descartando la unilateralidad del amparo, se acepta que en él existe una "bilateralidad atenuada", solo que no se trata de controvertir al estilo del proceso común, negando o aceptando, sino aportando razones y fundamentos. Es cierto que la discusión se entabla en un trámite breve, predominantemente sumario y expedito, pero esta condición no le priva de oír ambas posiciones y juzgar conforme las potestades de control que el sistema constitucional al juez asigna.

200.6. No obstante, en el actor, 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.

200.7. Lo que suele llamarse "legitimación extraordinaria", se produce como parte del ensanchamiento de la franja de derechos tutelados que diseña todo orden

---

[94] Fallos, 250:844; 250:204; 252:134; 254:286; 257:86, entre otros.

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.

200.8. 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.

200.9. Con relación al *sujeto pasivo,* cabe observar que la Constitución Argentina 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.[95]

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. Éste 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.

200.10. 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.[96]

201. La demanda de amparo

201.1. 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 de Argentina 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".* 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

---

[95] HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, Juriscentro, San José de Costa Rica, 1995, p. 145.

[96] BIDART CAMPOS, *Régimen legal y jurisprudencial del amparo,* cit., p. 188.

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".

201.2. 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, se trate de resaltar y puntualizar la amenaza, lesión directa o indirecta, alteración, restricción o desconocimiento del derecho fundamental. Como esto es lo que permite el trámite excepcional el trabajo exige mayor esfuerzo y 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.[97]

201.3. 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

---

[97] CNFed. Contenciosoadministrativa, Sala IV, 1994/06/09, *"Benetti, Osvaldo O. c. Jefe del Estado Mayor Gral. del Ejército*)", La Ley, 1995E, 576, J. Agrup., caso 10.689. La norma del art. 43 de la Constitución Nacional (Argentina) 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. Contenciosoadministrativa, Sala III, 1995/03/18, *"Pérez, Ana c. Ministerio de Cultura y Educación*)", La Ley, 1996E, 97.

cláusula de la Constitución, no autoriza por sí sola a desestimar la acción instaurada, en virtud del principio *iura novit curia".*[98]

201.4. 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. 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 constitucional de Argentina, 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 puede 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.

202. La teoría de la reconducción

202.1. En otro lugar hemos sostenido que la demanda de amparo por deficiencias formales no admite rechazarla *in limine litis.*[99] Si bien es cierto, 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 varias veces citado, y las cláusulas insertas en el art. 75 inciso 22 de la Constitución argentina, 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.

La preocupación del legislador mexicano por aplicar con suma cautela el proceso de amparo, lleva a reglamentar en el art. 198 que: "Los jueces de Distrito, las autoridades judiciales de los Estados, del Distrito Federal, en funciones de aquéllos, los presidentes de las juntas de conciliación y arbitraje y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son responsables en los juicios de amparo por los delitos de faltas que cometan, ya en la substanciación de éstos, ya en las sentencias, en los términos que los definen y castigan el Código Penal para el Distrito Federal y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como este capítulo".

---

[98] SAGÜÉS, ob. cit., p. 160.

[99] GOZAÍNI, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Amparo,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002, pp. 178 y ss.

> En el art. 199 se agrega: "El juez de Distrito o la autoridad que conozca de un juicio de amparo o del incidente respectivo, que no suspenda el acto reclamado cuando se trate de peligro de privación de la vida, o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal, si se llevare a efecto la ejecución de aquél, será castigado como reo del delito de abuso de autoridad, conforme a las disposiciones del Código Penal aplicable en materia federal.
>
> Si la ejecución no se llevare a efecto por causas ajenas a la intervención de la Justicia Federal, se le impondrá la sanción que señale el mismo Código para los delitos cometidos contra la administración de justicia".
>
> Cierra el art. 200 con el texto siguiente: "Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, si la procedencia de la suspensión fuere notoria y el juez de Distrito que conozca del incidente no la concediere por negligencia o por motivos inmorales, y no por simple error de opinión, se impondrá la sanción que fija el Código Penal aplicable en materia federal para los delitos cometidos contra la administración de justicia".

202.2. 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.[100]

Cuando la ley de amparo federal de Argentina 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 porque 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.

---

[100] SERRA, María Mercedes, *Procesos y recursos constitucionales,* Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 385 y ss.

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).[101]

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.

202.3. 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 vía judicial más idónea".

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: *a)* Si el amparo se rechaza in limine por cuestiones formales, se deben indicar cuáles son. *b)* Si se trata de la existencia de una vía judicial más idónea: ha de indicarse cuál es la pertinente. *c)* 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.

202.4. Esta característica que pondera la subsidiariedad del amparo tiene elasticidades. Por ejemplo en Colombia, la tutela se admite como mecanismo transitorio cuando el afectado dispone de otro medio de defensa judicial, sin embargo, la acción procede igualmente cuando do se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En tal caso, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

La única limitación formal la pone la perentoriedad de los plazos porque el afectado deberá ejercer la tutela en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad

---

[101] SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Amparo, Habeas data y Habeas corpus en la reforma constitucional,* La Ley, 1994-D, 1151 y ss.

y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

El artículo 9º reglamentario, con el título "Agotamiento opcional de la vía gubernativa" establece que:

> No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela. El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

203. Los plazos en el amparo

203.1. En la dimensión del significado actual del amparo como proceso constitucional de reguardo de los derechos y garantías fundamentales, aparece el tema del tiempo como límite al libre ejercicio de la demanda.

Recuérdese que en América Latina hubo un tiempo oscuro que impidió la libertad de acceso a los jueces por el riesgo evidente del peligro de demandar al Estado.

Eran los tiempos de la ley 16.986 de Argentina, cuando estableció que el amparo tenía (tiene) que ser deducido dentro de los quince (15) días siguientes (hábiles) al de producirse el acto lesivo o la amenaza cierta y manifiesta.

203.2. 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 argentino).

203.3. Ahora bien, tras la reforma constitucional de Argentina 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.

La modificación 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.[102]

203.4. 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 irritantes 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.

Oportunamente, el XIX Congreso Nacional Argentino 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.[103]

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.

204. La contestación en el amparo

204.1. En líneas generales hay coincidencia en la bilateralidad del amparo, lo cual supone que, como en todo proceso, el conflicto enfrenta dos posiciones distintas: una que sostiene la ilegalidad o ilegitimidad del acto o la amenaza; y otra que defiende la constitucionalidad de dicho comportamiento. De todos modos, el punto no es este, sino la *contenciosidad*, es decir, si existe o no controversia.

---

[102] CNFed. Civil y Comercial, 1999/06/03, "*Capizzano de Galdi, Concepción c/ Instituto de Obras Sociales*", La Ley Online.

[103] RIVAS, *El amparo,* cit., p. 173.

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.[104]

Morello y Vallefín aclaran 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.[105]

204.2. 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 Argentina 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.

204.3. En efecto, el pedido de informes es una requisitoria del juez para que el órgano o la persona denunciada en el amparo ofrezcan 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

---

[104] SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional – Amparo,* cit., p. 135.

[105] MORELLO, Augusto Mario-VALLEFÍN, Carlos, *El amparo. Régimen Procesal,* Librería editora Platense, La Plata, 1992, pp. 45 y ss.

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.

204.4. 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. 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.[106]

La ideología que porta este criterio se pone de relieve en el siguiente fallo:

> [...] El sustento y fundamento de la acción de tutela, se constituye en el amparo de aquello que en primera instancia parecería obvio, pero que ha costado siglos a las sociedades conquistar, cual es el reconocimiento de los derechos a la persona humana, bien sea por el solo hecho de serlo de conformidad con las *teorias ius natualistas*, o bien como creaciones de las normas jurídicas a favor de ciertas libertades otorgadas por el Estado a los

[106] RIVAS, *El amparo,* cit., p. 175.

ciudadanos, de conformidad con las *ius positivistas;* unas y otras, cuya fundamentación no es del caso discutir, han anclado en los instrumentos internacionales y en los ordenamientos jurídicos internos, la positivización de tales derechos, en cuya defensa de materialidad se crearon instrumentos que hicieran posible su efectivización o judicialidad.

La lógica de los derechos humanos conlleva al reconocimiento de las conquistas del hombre por ser dimensionado en su esencia dotada de dignidad, de la cual se deriva, la observancia del ser en sus diferentes dimensiones y con ellas sus correlativos derechos. El tema de los derechos humanos es un imperativo de orden universal, vinculante tanto a nivel internacional como para las instituciones públicas que conforman cada Estado.

En este orden de ideas, no existen dentro de los Estados modernos autoridades que puedan sustraerse del cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas, máxime cuando en nuestro caso colombiano, la Constitución de 1991 otorgó al poder judicial la salvaguarda de tales derechos, en aplicación directa y desarrollo del fundamento filosófico personalista de la norma jurídica constitucional, que entraña, en los valores que la inspiran, a la persona como centro de la actividad estatal.

En este sentido la violación de los derechos fundamentales y el correlativo deber de protección otorgado por el Constituyente al poder judicial, no diferencia el elemento activo del quebranto del derecho fundamental, pues de lo que se trata es de garantizar la intangibilidad de estos derechos y en esta dimensión cualquier autoridad pública, no importa su linaje, es potencialmente capaz de vulnerar una garantía ius fundamental que requiere el amparo previsto en la Carta. La circunstancia de que el poder judicial haya sido investido con la facultad de protección a los derechos fundamentales, no le hace inmune a las lesiones en las que este mismo poder pueda incurrir por sus acciones u omisiones.

Se precisa, que para esta Sala cualquier conculcación o vulneración de un derecho fundamental, habilita la ingerencia del juez constitucional, sin importar la calidad del sujeto de quien provenga el hecho dañoso, pues antes de construir muros que imposibiliten el paso de los derechos, se trata es de abrir caminos, en donde las conquistas de las sociedades en pro de la dignificación de los hombres, puedan pasear tranquilas, sin poderes omnímodos que amenacen vulnerarlas.[107]

204.5. En Argentina, el amparo ha evolucionado dentro de la rigidez del molde donde está reglamentado. Pero las cuestiones procesales que trascienden al acto de contestación (también factibles a partir de la producción del informe) revelan coincidencias con otras legislaciones, especialmente con Colombia que regula la bilateralidad con la exigencia de producir un informe.

Observemos, entonces, cuáles son esas posibilidades:

a) *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

[107] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección "A". Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá, once (11) de junio de 2008. Expediente No: 25000-23-25-000-2008-00321-01 Actor: Abraham Merchan Corredor. Acción de Tutela.

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 demasiados 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 del código procesal federal 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. 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.

El deber que mencionamos puede tener consecuencias en orden a la calificación del comportamiento de la parte en el proceso, y en su caso, considerar a la conducta como una pauta probatoria de su escasa o nula razón para actuar (art. 163 inciso 5º, párrafo final del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina).

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.[108]

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 litispendencia), y para ello forzosamente, éste deberá conocer el contenido íntegro del escrito inicial.[109]

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.

b) *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. 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, en cuyo caso, 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.[110]

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

---

[108] SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional – Ley de Amparo,* cit., p. 167.

[109] SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional – Ley de Amparo,* cit., p. 170.

[110] *Cfr*. C.Fed. Rosario, 1973/10/24, La Ley, 155-102.

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.[111]

c) *La omisión del informe ¿Hay rebeldía o admisión?*

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 legem* 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.

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).

---

[111] SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional – Ley de Amparo,* cit., p. 177.

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.

205. La prueba

205.1. La prueba es una de las actividades esenciales en cualquier tipo de procesos. Se establece como carga de las partes para que confirmen o verifiquen sus afirmaciones. La particularidad que tiene en el amparo consiste en que el acto lesivo, en muchas oportunidades, está documentado, lo cual, sumado a la restricción de conocimiento que al juez se le impone —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.

205.2. 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.

205.3. 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.

205.4. La prueba en el proceso de amparo sufre la restricción propia de la modalidad breve y concentrada que tiene el trámite asignado. Esto supone que los medios de prueba que se ofrezcan deben ser puntuales y precisos con el fin que de ellos se persigue obtener.

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.

> Recordemos que es verdad que las alegaciones de partes se verifican y confirman con la actividad probatoria de quienes las manifiestan. Es una lógica de los hechos que trabaja sobre el carácter bilateral del litigio, donde al juez se lo convence probando. Pero en los procesos constitucionales, inclusive los que trascienden la mera denuncia de inconstitucionalidad y asientan la crisis en la violación o amenaza de un derecho fundamental, la prueba no puede quedar como un deber, carga u obligación individual. Al Estado le importa identificar si existe o no una cuestión constitucional, por eso, sobre la base del derecho constitucional a la prueba se crean singularidades.[112] 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.
>
> 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

[112] El derecho a la prueba —dice Picó i Junoy— aparece recogido por primera vez en el constitucionalismo español en la actual Carta Magna de 1978. Los textos fundamentales históricos contienen referencias a otros derechos de naturaleza procesal, como el derecho al debido proceso, al juez natural o legal, o a la defensa, omitiendo toda alusión al derecho objeto de análisis. Lo mismo sucede con otros textos constitucionales, como el Italiano de 1947, la Ley Federal de Bonn de 1949, o las cartas de Portugal de 1976 y Andorra de 1993 (ob. cit., p, 18)

proceso de acreditación de afirmaciones a cargo exclusivamente de las partes, es posible que el acierto logrado, en los hechos personifique un absurdo, porque el juez estará ausente en la aclaración. En cambio, si se considera el modo de componer el litigio y la calidad del *opus* decisorio, podrá admitirse que las seguridades aumentan porqué el juez estará sobre los hechos que él necesita confirmar. No se trata de revertir principios claros y precisos como la "carga de la prueba", sino de reconducir el objeto de la prueba. Mucho más cuando se trata de conflictos constitucionales.

La valoración probatoria debe estar exenta del mentado principio que sostiene que la falta de prueba es contraria a una sentencia favorable; precisamente se trata de trabajar sobre una presunción (o presupuesto procesal) que es el principio "*pro homine*", según el cual en caso de duda, se debe estar por la protección del derecho.

El Código Procesal Constitucional del Perú establece en el art. V que […] "el contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que Perú es parte". De este encuadre surgen aspectos trascendentes para considerar los efectos de la prueba en estos procedimientos tan especiales.

205.5. 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 oír al funcionario que emite el acto cuestionado porque 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 Argentina 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.

205.6. 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 en el juicio de amparo?

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 lidiar 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.

205.7. 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.[113]

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.

---

[113] MORELLO-VALLEFÍN, ob. cit., pp. 77 y ss.

205.8. 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 obtención de pruebas 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.[114]

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, CPCC) o uno

---

[114] LAZZARINI, José Luis, *El juicio de amparo,* La Ley, Buenos Aires, 1967 (1ª ed.), p. 456.

menor, acorde con las características del trabajo encomendado. Se podrá designar audiencia para explicaciones siempre dentro de plazos no mayores de 48 horas.[115]

206. Las audiencias de prueba

206.1. A partir del momento que el juez ordena la producción de la prueba, ella 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 federal (Argentina) 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.

206.2. 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 qué 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.[116]

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.

206.3. Es menester observar que el magistrado que entiende en la causa maneja tres posibilidades de tiempos procesales: *a)* el que tiene para ordenar la producción de prueba como la de testigos*; b)* el plazo para producir la prueba fuera del juzgado;

---

[115] RIVAS, *El Amparo*, cit. p. 97.

[116] RIVAS, *El Amparo*, cit. p. 98.

y *c)* 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.

El artículo 10 de la ley de amparo federal citada 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.

206.4. ¿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 Argentina. Criterio que acompaña alguna jurisprudencia.[117]

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).

---

[117] PALACIO, Lino E., *La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994,* La Ley 1995-D, 1240; *cfr.* CNCiv., Sala D, 1982/11/21, La Ley, 1983-C, 144.

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 hipótesis del artículo 474 del Código Procesal. Obviamente, dada la urgencia y celeridad del trámite, no se fija una audiencia supletoria, lo cual tiene influencia en las consecuencias que el artículo 10 de la ley 16.986 establece.

Si el actor no concurre, pero los testigos se encuentran y los interrogatorios se han presentado ¿porqué sancionar la incomparecencia, 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.[118]

Por otra parte, el incomparendo debe ser justificado y de considerar el tribunal que 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?

---

[118] RIVAS, *El Amparo*, cit., p. 154.

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 rigor, 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.[119]

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, porque 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 de Argentina).

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 inte-

---

[119] PALACIO, *La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994,* La Ley 1995-D, 1240.

rrogante ¿qué pasa si el demandado citó a sus testigos, éstos concurren y están entregados en tiempo y forma los interrogatorios? Evidentemente, la carga de comparecer se vuelve una obligación y pierde su característica de facultad, contingencia que contraría el sentido técnico de la defensa en juicio y de la estrategia que el accionado puede planificar.

Una vez más la norma muestra su incongruencia sin que la jurisprudencia haya advertido el desatino. Se aplica la norma y con ello se genera una evidente inconstitucionalidad. Obviamente que la ley no puede perseguir el inmoral propósito de tender trampas o dificultar el progreso de la acción de amparo —sostiene Rivas—, contrariando de esta manera todo principio ético.[120] 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.

207. Aseguramiento de la prueba. Medidas provisionales

207.1. 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, el amparo por sí mismo es un medio efectivo para evitar la producción de un daño previsible y actúa en la dimensión de lo preventivo. 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.

207.2. 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.

207.3. 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.

---

[120] Rivas, *El Amparo,* cit., p. 155.

- 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 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, como recuerda 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.[121]

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.

---

[121] SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional - Ley de Amparo*, cit., p. 178.

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.

208. El amparo preventivo del daño

208.1. 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 *Habeas data* y el *Habeas corpus*.

208.2. 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.

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 origi-

na 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).[122]

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.

208.3. El tránsito de la reparación ex *post facto* a la prevención del daño,[123] 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.[124]

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

---

[122] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La Tutela Inhibitoria contra Daños", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 1, La Ley, 1999.

[123] *Cfr*. Parágrafo 17 del tomo I de esta obra.

[124] NICOLAU, Noemí L., La *tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*, La Ley, 1996-A, 1245.

> ello se le agrega un nexo adecuado de causalidad y un factor de atribución de responsabilidad, a fin de configurar finalmente el crédito indemnizatorio.[125]

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",[126] pero la precisión conceptual impone modificar los argumentos.

208.4. 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.[127]

208.5. 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.

208.6. 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.

---

[125] LORENZETTI, Ricardo L., *La tutela civil inhibitoria*, La Ley, 1995-C, 1217.

[126] LORENZETTI, *La tutela civil inhibitoria*, La Ley, 1995-C, 1219.

[127] *Cfr*. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "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, Rubinzal Culzoni, Santa Fé / Buenos Aires, 1995.

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.

208.7. Está claro que la desformalización viene implícita en un mundo globalizado que tiende a vincularse informativamente 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.[128]

208.8. 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.

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.

---

[128] MARINONI, Luiz Ghilerme, "Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)", en *Revista Dos Tribunais*, 1999, San Pablo, Brasil, pp. 123 y ss.

Las modalidades referidas son:

Actuación cautelar	Medidas asegurativas de prueba Medidas asegurativas para la ejecución Medidas provisionales Sentencias anticipadas que definen la relación jurídica material (subsidiaria)
Actuación urgente	Medidas autosatisfactivas (proceso autónomo)

208.9. 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?

209. Las acciones inhibitorias en el derecho argentino

209.1. 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.[129]

[129] RIVERA, Julio César, "Derecho a la intimidad", en *Derecho de Daños*, libro homenaje a Jorge Mosset Iturrapse, La Rocca, Buenos Aires, 1991, pp. 88 y ss.

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. 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.[130]

209.2. 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*.

---

[130] BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad civil por daño ambiental*, La Ley 1994-C, 1052.

209.3. La síntesis entre las 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.

De allí que la función preventiva quede alentada y, en adelante, habrá que definir los presupuestos que la caracterizan, a saber:

209.4. 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.

209.5. 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 representan 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.

209.6. 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. El objeto mediato de la inhibitoria son los intereses simples, lo cual supone incluir los denominados "intereses difusos".

209.7. 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).[131]

209.8 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: *a)* Protección inmediata a través de una medida provisional o definitiva, pero donde el proceso continúa; *b)* protección inmediata que satisface plenamente la pretensión y, como tal, termina el procedimiento con la sentencia.

209.9. 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 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.

---

[131] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La Tutela Inhibitoria contra Daños", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 1, La Ley, 1999; NICOLAU, Noemí L., *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*, La Ley, 1996-A, 1245.

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.[132]

209.10. 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 Ángel 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 Ángel 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 Ángel 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 evi-

---

[132] NICOLAU, La *tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*, La Ley, 1996-A, 1245.

dencia las diferencias existentes entre este tipo de medidas y las estrictamente cautelares (la profesora las denomina, como el resto de la doctrina, autosatisfactivas).[133]

209.11. 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.

209.12. 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[134] 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.

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.

---

[133] De los Santos, Mabel, "Medida autosatisfactiva y medida cautelar (Semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)", en *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998.

[134] 20 de octubre de 1989, publicado en Zeus, febrero/1990 boletín 3543.

> 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.

209.13. 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 amparo y de *habeas data* y *d)* los procesos inhibitorios comunes (por lo general, sumarios o abreviados).[135]

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.

209.14. 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.

---

[135] ZAVALA DE GONZÁLEZ, "La *Tutela Inhibitoria contra Daños*", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 1, La Ley, 1999.

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.[136]

209.15. 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.

En consecuencia, se denomina tutela inhibitoria a la pretensión que persigue evitar un daño inminente 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.

210. La sentencia de amparo

210.1. 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 inter-

[136] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Zavalía, Buenos Aires, 2000 (3ª ed.), pp. 134 y ss.

> medio 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.

210.2. En líneas muy amplias y a los fines de presentar el meollo del problema podemos destacar que la sentencia debe resolver estos planteos:

a) *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).[137]

b) *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.

---

[137] BLASCO SOTO, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de constitucionalidad*, editorial Bosch, Barcelona, 1995, pp. 123 y ss.

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".[138]

210.3. 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.[139]

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.[140]

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*).

210.4. Sin embargo, estas conclusiones solamente resultan ciertas en el plano del incidente de inconstitucionalidad, donde claramente se observan partes que

---

[138] CASTRO, ob. cit., p. 236.

[139] SAJA, Francesco, "L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento", en *Quaderni Costituzionali*, Anno IX, nº 1, Aprile 1989, pp. 7 y ss.

[140] SILVESTRI, Gaetano, "Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale", en *Quaderni Costituzionali*, Anno IX, nº 1, Aprile 1989, pp. 61 y ss.

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.[141]

210.5. 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

[141] BLASCO SOTO, ob. cit., p. 245.

> 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.[142]

210.6. 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.

210.7. 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.[143]

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.

210.8. 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

---

[142] BLASCO SOTO, ob. cit., p. 166.

[143] CORDÓN MORENO, Faustino, *El proceso de amparo constitucional,* La Ley, Madrid, 1992 (2ª ed.), p. 177.

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.

210.9. 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.

210.10. 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 Argentina, no debieran crearse restricciones para que el control de legalidad pueda llevarse a cabo.

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.

210.11. 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.[144]

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.

211. La cosa juzgada en el amparo

211.1. Dos cuestiones deben estudiarse en este terreno: *a)* El alcance de la sentencia a partes y terceros, y *b)* El carácter definitivo o repetible del proceso de amparo. Son, en definitiva, los efectos subjetivos y objetivos de la cosa juzgada.

Para comprender el problema deben analizarse individualmente los efectos de las sentencias dictadas por tribunales constitucionales respecto de los que se emiten por la jurisdicción difusa.

211.2. 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

---

[144] CNCiv., Sala C, 1982/09/21, ED, 102-618.

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.

211.3. 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.

211.4. 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.

211.5. 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.

211.6. 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 expan-

sión 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.

211.7. 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.

211.8. 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.[145]

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.

211.9. 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, etcétera.

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.

---

[145] SAGÜÉS, *Compendio de derecho procesal constitucional,* cit., p. 239.

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.*

211. 10. 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.[146]

211.11. 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 incluidos 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 colec-

[146] QUIROGA LAVIÉ, *El amparo colectivo,* cit., p. 99.

tivos, 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.[147]

211.12. 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.

211.13. En la legislación constitucional de Argentina, 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.

211.14. ¿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,

---

[147] VIGORITTI, ob. cit., p. 345.

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.

212. El plazo para dictar sentencia

212.1. 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.

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.

212.2. 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 argentina —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.

212.3. 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.[148]

213. La declaración de inconstitucionalidad en el amparo federal de Argentina

213.1. 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 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.

213.2. 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.

213.3. 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.

---

[148] *Cfr. Juzgado Federal Contencioso administrativo*, nº 3, 1999/04/15, La Ley, 1999-F, 312.

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.

213.4. 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.

213.5. 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 Argentina.

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 proyecte la sentencia.

213.6. Además se requiere la declaración en un caso concreto, lo cual, 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.

213.7. 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 decisis)* 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.

213.8. Tal como lo caracteriza el art. 43 constitucional, 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.[149]

214. Los recursos en el amparo

214.1. 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.

---

[149] FIX ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo,* UNAM, México, 1993, pp. 237 y ss.

214.2. 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.

Los recursos posibles en el amparo argentino

Estos dependen de la ley federal de amparo y de los medios de impugnación que tiene reglamentado el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al que dicha ley se remite.

i) *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".[150]

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.

Aunque, 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.

---

[150] SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional - Ley de Amparo*, cit., p. 88.

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".

ii) *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.[151]

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.

iii) *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.

---

[151] OTEIZA, Eduardo D., "El pedido de aclaratoria", en *Recursos Judiciales* (GOZAÍNI, Osvaldo A., coord.), Ediar, Buenos Aires, 1993, pp. 53 y ss.

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*. Así 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".

iv) *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.

v) *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 excepcionales 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).

215. Las costas en el juicio de amparo federal de Argentina

215.1. El artículo 17 de la ley 16.986 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.

215.2. 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.

215.3. 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.

215.4. La figura del derrotado 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 imposición 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.

215.5. 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 sola 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 fe en el obrar.

215.6. En el proceso de amparo rige el principio objetivo de la derrota, expresado a través de dos manifestaciones posibles:

a) El vencimiento en la pretensión constitucional, que demuestra la instauración de un vencido que habrá de ser condenado en costas; y

b) La cuestión abstracta que toma cuerpo con el cumplimiento del 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.

Sección 2ª El amparo colectivo

216. El amparo y la defensa de los derechos colectivos

216.1. El amparo es una institución del derecho procesal constitucional con un objetivo genérico: tutelar los derechos fundamentales de las personas individuales o colectivas, físicas o jurídicas, aportando un instrumento rápido y expedito que, sin ritualismos estériles, procura restablecer el derecho o la garantía vulnerado, como, también, evitar el acto lesivo que se presenta bajo la forma de amenaza o acto de inminente producción.

Esta es una finalidad en la que coincide la mayoría de los ordenamientos constitucionales y las leyes que establecen el proceso constitucional. Pero no es la única misión que del amparo se espera.

En efecto, la vía se ha utilizado como herramienta aplicada para el control de constitucionalidad allí donde el sistema previsto no tiene órganos o instrumentos específicos. Inclusive, aun donde existen Tribunales Constitucionales, el amparo suele quedar establecido como el mecanismo que tienen los particulares para incitar la actividad concreta de control, más allá de la función genérica y abstracta que suelen realizar dichas magistraturas especiales.

216.2. También el juicio de amparo ha permitido ofrecer una senda particular a protecciones especiales como los derechos del consumidor; la defensa del medio ambiente; el resguardo del patrimonio artístico y cultural; la prevención del daño arquitectónico; y en ciertas situaciones se ha convertido en la única vía idónea para resolver en circunstancias de extrema urgencia.

Asimismo, no es baladí recordar que la doctrina incluye como modalidades del juicio del amparo, al proceso constitucional de *Habeas data*, y que también el *Habeas corpus* suele verse como un amparo constitucional de la libertad física de las personas.

En definitiva, el juicio de amparo se ha convertido por su desarrollo judicial en un instrumento más abarcativo que el diseñado en algunas leyes reglamentarias, como fue en su tiempo, la ley federal de Argentina que sólo contemplaba la protección contra los actos lesivos provenientes de la autoridad pública.

Por ello, merced al engrosamiento de la silueta actual del proceso constitucional, tiene resistencias y encuentra obstrucciones que controvierten la amplitud que se otorga. La premisa de esta orientación es sostener al juicio de amparo como un re-

medio excepcional y contingente, "siempre que no exista una vía judicial más idónea" (*v. gr.:* art. 43 de la Constitución Nacional Argentina).

217. Cuestionamientos a las ampliaciones habidas en el proceso constitucional

217.1. La subsidiariedad es uno de los temas que han provocado más polémicas. Algunos, inspirados en eventuales desbordes (avalanchas de procesos) o excesos discrecionales (exagerada dimensión de la función jurisdiccional), instalaron la idea de servirse del amparo únicamente cuando no hubiera otra alternativa judicial posible, restringiendo el acceso a través de numerosas exigencias, tales como, la acreditación de legitimación para obrar; la certeza y liquidez del derecho interpuesto; la prueba manifiesta; etc., etc.

Otros, enfrentando esta posición, pusieron énfasis en la eficacia del medio promoviendo la utilización directa del amparo frente al riesgo padecido. E inclusive, algunos más, focalizaron al amparo como una variedad de la tutela urgente, por el cual se podían obtener satisfacciones rápidas e inmediatas que postergaban o diluían el contradictorio y la bilateralidad del proceso.

Lo cierto es que cualquiera haya sido el modelo, al amparo jamás fue indiferente con la protección de los derechos fundamentales. Es verdad que el restriccionismo entronizó a la herramienta en el atalaya de las excepciones; pero también lo es que la jurisprudencia siempre fue encontrando salidas justas y equitativas.

Como se pensó que era una institución de última salvaguarda, quedaba en claro que debían transitarse vías previas, paralelas o concurrentes antes que obligar la actuación del proceso constitucional.

Lo que no fue impedimento para elaborar, desde la trascendencia de la institución, acciones heroicas y hasta podría señalarse cierta aventura del juzgamiento, en pos de asegurar la justicia del caso. Vale decir, al amparo no se lo juzga por sus resignaciones sino por sus acciones tuitivas, y esa es la orientación que prioritariamente se persigue.

217.2. No fue solamente la subsidiariedad el eje de las polémicas; también los presupuestos procesales dieron un contorno flexible que sirvieron (sirven) tanto para la admisión rápida y precisa, como para el rechazo liminar, igualmente rápido y contundente.

Por ejemplo, la legitimación procesal sufrió interpretaciones distintas cuando debió analizarse al "afectado". ¿Era la persona afectada, o el derecho afectado? Una u otra podían aplicar la excusa de la recepción plena o de la repulsa inmediata.

Iguales inconvenientes tuvieron los plazos y términos en función de las oscilantes lecturas y la inteligencia a ellos aplicada. A veces fueron tiempos perentorios y fatales; otras, permisiones solo limitadas por la prescripción de los derechos ante la continuidad del acto lesivo inconstitucional.

Qué decir de la naturaleza jurídica: era el amparo ¿una acción? ¿un derecho? ¿un recurso? ¿un proceso singular?. Cada respuesta tuvo embates y simpatizantes desde cuyas perspectivas se alentó el modelo querido para la tutela constitucional.

Así quedaron planteadas esgrimas entre quienes sostuvieron la necesaria bilateralidad del amparo, con los que afirmaron que no era la contenciosidad la característica del proceso, sino la garantía prometida para la eficacia de los derechos fundamentales.

Esta discusión se ha reflejado en las leyes de amparo que cuenta cada país, que al igual que los códigos procesales, no logran uniformidad entre ellas, aunque se advierta cierta armonía conceptual.

217.3. La polémica concita atractivos discursos, como aquél que argumenta que el amparo es una institución que no necesita de leyes procesales que la reglamenten, porque la creación y aplicación jurisprudencial va implícita en su esencia.

Afirmación que se resiste con la premisa de la seguridad jurídica que evita el autoritarismo judicial. Suele decirse que, el juez es la boca de la ley y si ella no existe, debe aplicar la regla de la interpretación e integración normativa, sin crear donde no puede, al no tener "legalidad democrática" como poseen los legisladores.

218. El amparo y la prueba

218.1. El tiempo supera todas las especulaciones al punto de transformar estructuras pensadas como inmutables adaptándolas a los nuevos requerimientos. Una de estas variaciones sucede con la prueba en el proceso de amparo.

En efecto, el nuevo código procesal constitucional de Perú, establece en el artículo 9, "que en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables [...]".

Objetivamente, el propósito de la reglamentación es la celeridad de las actuaciones para ocuparse del objeto constitucional. De suyo, la exigencia para actuar trabaja sobre el derecho manifiesto y verosímil que se altera, restringe o desconoce.

La novedad que se presenta, en los hechos recrea una expresión de la ley argentina de amparo, cuando estableció en el párrafo final del art. 8º que, ante la inexistencia de prueba a tramitar (la ofrecida es solo documental, por ejemplo) debía dictarse sentencia de inmediato (48 hs.).

218.2. Evitar la etapa probatoria en el amparo es más que una tendencia. Supera varios inconvenientes habidos como "la necesidad de mayor debate y prueba" que, en su tiempo, fue una muletilla clásica para evitar el trámite rápido y expedito.

Por otra parte, como bien lo afirman Peyrano y Eguren,[152] se constata un claro problema de rapidez en las soluciones que, por ello, siempre llegan tarde, dejando sin eficacia alguna a los llamados procesos rápidos o urgentes.

Desde esta perspectiva —que puede incluir también una reformulación del amparo— sostienen:

---

[152] PEYRANO, Jorge Walter-EGUREN, María Carolina, *Medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal,* La Ley, 2006-E (diario del 28/8/06).

> [...] El proceso no puede volverse contra el propio justiciable ni imponerle la condena de sus tiempos ni favorecer la muerte de sus prerrogativas jurídicas... El proceso no puede ser cómplice, ni reliquia. La denominada "urgencia intrínseca", confronta y mide al proceso en su versión tradicional y le denuncia sus falencias, le enrostra su insuficiencia y exhibe el vacío normativo a la hora de instrumentar soluciones ágiles y dinámicas adaptables a "la medida de la urgencia". En suma, revela la falta de "medidas de urgencia" pasibles de instrumentar una verdadera justicia "a medida".

Esta verdad insoslayable obliga a replantear los motivos de acceso al proceso constitucional. La pauta del acto lesivo, de manifiesta ilegalidad o arbitrariedad, debe superar la rigidez técnica que obliga al amparista a demostrar, *prima facie*, la violación o amenaza que padece.

Debiera bastar con lo verosímil; tendría que ser suficiente, el peligro en la demora, para que la respuesta llegara inmediata, sin necesidad de etapa probatoria alguna.

De otro modo, cuando la apariencia de buen derecho no fuera elocuente; cuando la garantía lesionada, alterada, restringida, o coaccionada tuviera explicaciones posibles y razonables; o bien, cuando la urgencia no fuera tal como para impedir un daño irreparable; todo ello podría justificar que se impidiera el tránsito por el amparo.

218.3. La pauta de la actuación probatoria y del tiempo necesario para su desarrollo se convierten en ejes de la transformación.

Las tendencias modernas señalan que solo los medios probatorios que exponen de inmediato la fuerza convictiva, pueden llevarse al proceso en cualquier etapa, antes de la sentencia, claro está. Los que no posean esa certidumbre implícita, debieran superar el recaudo de admisión de la pertinencia y oportunidad.

Así, por ejemplo, lo presenta el Código Procesal Constitucional de Perú, al sostener que:

> ART. 21.—Incorporación de medios probatorios sobre hechos nuevos al proceso. Los medios probatorios que acreditan hechos trascendentes para el proceso, pero que ocurrieron con posterioridad a la interposición de la demanda, pueden ser admitidos por el juez a la controversia principal o a la cautelar, siempre que no requieran actuación. El juez pondrá el medio probatorio en conocimiento de la contraparte antes de expedir la resolución que ponga fin al grado.

218.4. La renovación legislativa que se propone para el amparo tiene en cuenta esta innovación, pues aunque insiste en la etapa de prueba, donde prevalece la documental ofrecida, testigos que no podrán exceder de cinco (5) por cada parte; y absolución de posiciones en situaciones de amparo contra actos de particulares (art. 10, proyecto de ley); no deja de advertir que:

> ART. 16. *Apertura a prueba*: Si el juez considerase necesaria, pertinente y útil la prueba ofrecida por las partes, abrirá el proceso a prueba debiendo sustanciarse la misma dentro del plazo de cinco (5) días, o en el plazo mayor que fundadamente determine.

Si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el juez puede imponer o distribuir la carga de la prueba, ponderando cual de las partes está en mejor situación para aportarla. Esta resolución debe dictarse en el mismo auto que ordena la producción de la prueba.

Puede, asimismo, disponer las medidas para mejor proveer que crea convenientes.

218.5. Ahora bien ¿dónde queda el principio de bilateralidad y el derecho a la contradicción si queda circunscripta la etapa probatoria a la resolución judicial que interprete su necesidad?

No creemos que se conculque derecho alguno. En efecto, cuando la acción fuera formalmente procedente, el juez o tribunal podrá requerir al particular demandado que concrete su derecho de defensa contestando cada uno de los hechos expuestos en la demanda.

Si se trata de un amparo contra actos de la autoridad pública, se requerirá un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada el que deberá ser evacuado dentro del plazo prudencial que se fije.

Conjuntamente con el pedido se acompañarán copias del escrito de demanda y documentos presentados por el actor.

Este modelo, de *lege ferenda,* persigue acelerar el trámite del amparo sin impedir la *litiscontestatio* tradicional.

La gran diferencia estará en la verosimilitud del derecho o garantía que se presente lesionado o amenazado, y en la prueba que pueda acreditarlo de inmediato.

Asimismo, el proyecto de ley previsto acepta la denominada "*teoría de la reconducción"*, por la cual, si la acción no se manifiesta verosímil o manifiesta, deberá tramitar por las normas de otro proceso, otorgando al demandante el tiempo necesario para adecuar la pretensión.

219. El control de constitucionalidad

219.1. El control de constitucionalidad en nuestro país es complejo por la diversidad de modelos que se aplican en el ámbito federal y en cada una de las provincias Argentinas.

La naturaleza de los conflictos por violaciones a garantías también es compleja 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.

219.2. Por eso, no resulta incorrecto -todo lo contrario- organizar un sistema normativo que implemente la función y cometidos de la justicia constitucional, pero parece fuera de contexto delimitar el contenido que la jurisdicción pueda realizar.

Hay varios problemas que en el juicio de amparo siguen sin resolver. La *competencia* es uno de ellos, porque merced al mecanismo de atención sobre las cuestiones constitucionales, todo juez es funcionalmente idóneo; aunque pueda ser cuestionada su jurisdicción.

El alcance de la sentencia y el *valor de la cosa juzgada* es otro. Anidan en ello paradigmas inquebrantables que renuevan la polémica sobre la naturaleza del proceso de amparo, respecto a si es o no un juicio contencioso, y en su caso, si la sentencia se dicta sólo para quienes han sido parte o puede proyectarse hacia terceros.

219.3. En definitiva, Argentina padece en el orden federal de un sistema efectivo para el control de constitucionalidad. Solamente el amparo, por su operatividad directa e inmediata, ofrece respuestas posibles; a diferencia del recurso extraordinario que trabaja sobre lo excepcional, contingente, y siempre en vía de revisión discrecional.

Siguiendo esa pauta, no debiera sufrir el juicio constitucional ninguna restricción funcional, y ese es el camino que parece ir teniendo el renovado proceso de amparo.

220. El amparo colectivo

220.1. En los más destacados avances del amparo no puede quedar sin mención cuanto corresponde al "amparo colectivo".

En estos casos, la defensa de la legalidad y de los derechos se expande hacia el colectivo, interpretado ello como conjunto de personas afectadas que pueden o no ser individualizados. Es decir que, por vía de principio, el amparo colectivo no discierne entre derechos colectivos (individuales homogéneos) y derechos de pertenencia difusa (propios de la acción popular).

Sin embargo, como los derechos difusos tienen un cuadro de protección procesal diferente, el amparo colectivo exige que se identifique al grupo afectado, además de la relación o situación jurídica que los une.

220.2. En el amparo colectivo, corresponde al demandado comunicar la existencia de acciones colectivas que alcancen en forma total o parcial al mismo grupo y que teniendo el mismo objeto o, sin tenerlo, se encontraren radicadas en la misma jurisdicción y, la cuestión sometida a debate pueda dar lugar a sentencias contradictorias.

Respecto a la sentencia, ella alcanza a todo el grupo afectado en la jurisdicción territorial del juez de primera instancia interviniente, y será oponible al vencido, en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido personalmente en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción.

220.3. Amparar de manera colectiva significa dar preferencia al derecho colectivo en lugar del individual. No se trata de una elección, vale decir, uno u otro, sino de una armonización necesaria allí donde la afectación de los intereses trasciende al derecho subjetivo.

Para Quiroga Lavié, los intereses colectivos en sentido estricto se refieren a la relación de la colectividad con un bien no susceptible de apropiación exclusiva y cuya fruición por uno de los integrantes del grupo no excluye a los demás.[153]

Esta nueva categoría de intereses a tutelar no se opone al derecho individual; tampoco es una sumatoria de afectaciones que persigue una representación adecuada para su defensa; en los hechos posiciona un interés jurídico novedoso que se distancia de la persona que se atribuye la personificación del daño que padece (y que también sufren sus congéneres) para elaborar una doctrina de la solidaridad donde nadie es titular exclusivo, y al mismo tiempo, todos lo son; porque la atención se dirige al objeto a proteger antes que a la persona beneficiaria de la tutela.

220.4. Es decir, los intereses colectivos se caracterizan por su no individualización, en abstracto, su impersonalidad y el estado permanente de amenaza en que se encuentran.

Son intereses comunes a una categoría de ciudadanos que se encuentran en una situación socioeconómica similar (en el supuesto del consumo, su participación como destinatarios finales de bienes y servicios); y, precisamente, el hecho de que "todos" estén indiferentemente afectados por esa amenaza, más allá de toda división o de toda agrupación posible por *"categorías"*, excluye por sí mismo el problema y el sentido de una *"individualización"* o de una especificación del interés a defender, y por ello, debe ser el campo natural de actuación de las Asociaciones de Consumidores.[154]

220.5. La protección procesal puede llegar en formas diversas. Lo ideal es un proceso específico, la opción preferente, el amparo colectivo.

Esta es la proyección que tiene el proceso constitucional. Ya no visualiza el acto lesivo que, en forma actual o inminente, lesiona, altera o restringe, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, un bien o derechos fundamentales; ahora la perspectiva se ubica en la dimensión del conflicto colectivo, donde se despersonaliza el acto lesivo porque asume un sentido que trasciende la esfera individual.

Para Nogueira Alcalá:

> el amparo colectivo tiene lugar para la defensa de los derechos colectivos y difusos que sufren una violación masiva de ellos que reconocen diferentes causas y diversos agentes provocadores. Su amparo o tutela jurisdiccional no busca individualizar actores y demandados específicos, sino atender al problema de las causas que provocan el daño y buscar su reparación, restableciendo o recomponiendo el bien jurídico, como ocurre en el caso del daño ambiental. Así los afectados pueden ser no solo individuos, sino también aso-

---

[153] QUIROGA LAVÍE, Humberto, *El amparo colectivo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 126.

[154] HERNÁNDEZ BATALLER, Bernardo, *Acceso a la justicia del consumidor,* Revista de la Asociación de Usuarios de la Comunicación, en GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal constitucional,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 259.

ciaciones sin perjuicio, de que pudieran tener legitimación activa en la materia el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo o Defensor de los Derechos Humanos, según la denominación que se utiliza en el derecho comparado.

En la sociedad actual hay intereses colectivos o generales donde las respuestas individuales son insuficientes ya que impiden soluciones globales, lo que exige generar legitimaciones activas por categorías, que posibiliten el acceso a la jurisdicción a personas o grupos de personas que cumplan los requisitos de capacidad procesal señalados por el ordenamiento jurídico, lo que constituye un punto intermedio entre la legitimación o acción popular y la legitimación o acción basada en un interés individual afectado directamente. [...] En el caso de los derechos de incidencia colectiva no existe un legitimado directo ya que el interés se difunde en un grupo más o menos amplio, donde cada uno de los miembros sufren parte del daño cuando se afecta el contenido del derecho o este se encuentra inminentemente amenazado, en cuyo caso la pretensión de protección se desarrolla a través de un *"litisconsorcio activo atípico"* en que se concreta el amparo colectivo. En esta perspectiva, el carácter de *"afectado "* que contempla la norma constitucional chilena, del artículo 20 de la Constitución debemos entenderla, vinculada a toda persona que tenga un interés legítimo en restablecer el imperio del derecho, aún cuando no sea víctima, asegurando la legitimación activa en la acción de protección no solo a los titulares de la relación jurídica material, sino también a los portadores de intereses colectivos, sociales o difusos.[155]

221. La legitimación en el amparo colectivo

221.1. La legitimación procesal colectiva no atiende tanto a quienes reclaman sino, por el contrario, el objeto que piden se proteja. Es la diferencia, antes vista,[156] entre solicitar que se acredite la representación del grupo o pedir que se fundamenta la importancia y trascendencia del derecho fundamental vulnerado.

221.2. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina expresó en el caso "*Halabi*, *Ernesto*" que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referente a intereses individualmente homogéneos tal como sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores.

En estos supuestos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, sin embargo, hay un hecho único o continuado que provoca la lesión en todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea que tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que, individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos

---

[155] NOGUEIRA ALCALÁ, *El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano*, cit., p. 78.

[156] *Cfr*. Parágrafo 70 del tomo I de esta obra.

expansivos de la cosa juzgada que en el se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

221.3. En consecuencia, si la puesta en escena requiere calificar los hechos en lugar de acreditar la personalidad del que pide, la legitimación para obrar pide que se verifiquen algunos recaudos elementales.

El primero consiste en la precisa identificación del grupo colectivo afectado, con el fin de quedar bien precisados las situaciones jurídicas afectadas y los derechos fundamentales que se alteran.

El segundo, consiste en resolver la idoneidad de quien pretenda asumir su representación, que como antes vimos, se trata de dar lugar a la "representación adecuada". Ésta puede ser pública o privada, sea que provenga del Ministerio Público o de asociaciones u organismos no gubernamentales.

221.4. Cuando se trata de la representación por entidades remitimos a lo expuesto en el tomo I[157] [...], en cambio cuando la ley confiere legitimación activa a ciertos funcionarios para que defiendan intereses de otros su aptitud procesal, ello es, en realidad, el ejercicio de una competencia. Están legitimados para cumplir con sus funciones, que son la defensa de intereses cuya protección persigue el Estado, por estar comprometido el interés público, es decir que, el ejercicio de la acción no importa una manifestación del poder de disposición del sujeto sino el cumplimiento de un deber legal.

Hay distintos modelos para actuar este tipo de pretensiones grupales a través de una sola identidad. El Ombudsman o Defensor del Pueblo (Comisionado de Derechos Humanos en México) es una alternativa;[158] el "denunciante" o "fiscal privado" (Gran Bretaña) ; las organizaciones no gubernamentales registradas a esos efectos, etc.

---

[157] *Cfr*. Parágrafos 74 y ss, del tomo I de esta obra.

[158] Para Jorge Luis Maiorano los supuestos del artículo 43 (protección contra la discriminación, de los derechos ambientales; de la competencia; de los usuarios y consumidores y de incidencia colectiva) son solo casos enunciativos que no agotan la posibilidad de estar en juicio ni menguan el principio general de representación y defensa por el Defensor del Pueblo. La legitimación del artículo 86 no se agota con la enumeración del artículo 43, porque advertirse que el artículo 43 citado distingue, en la procedencia del amparo colectivo, tres categorías diversas de sujetos que pueden reclamar ante el acto ilegítimo, la agresión discriminatoria, la protección del consumidor, la defensa al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o los de incidencia colectiva en general: *a)* el afectado; *b)* el Defensor del Pueblo (de la Nación) y *c)* las asociaciones registradas. La facultad del artículo 86 le permite al ombudsman interponer demandas ordinarias, promover querellas criminales, etc.; su amplitud le permite también actuar en vía administrativa interponiendo recursos y reclamos administrativos. En idéntico sentido, le posibilita ser actor o demandado; presentarse como tercero citado voluntariamente o, como algún precedente lo ha reconocido, ser invitado a intervenir. El fundamento de la atribución de legitimación procesal al Defensor del Pueblo radica prioritariamente, en la necesidad de asignarle a esta figura un instrumento de defensa de los derechos humanos y de control del ejercicio del poder más efectivo y contundente que el mero poder moral. La clave de esta cuestión radica, en última instancia, en el efecto de la sentencia en los casos de tutela de los derechos de incidencia colectiva. Aquí entra en crisis aquel viejo principio del efecto inter partes de la sentencia que, como consecuencia de estos cambios, pasa a ser erga omnes tal como ya ha sido

221.5. En las "Class actions" se trata de una modalidad contemplada a nivel estadual. Ellas son muy utilizadas en las demandas por actos ilícitos extracontractuales, donde la facilidad para el acceso se controla con la certificación de la clase.

En la práctica se trata de dar participación ciudadana al control sobre los actos públicos y, también, ampliar el frente de legitimados para la protección y defensa de los derechos de todos.

Se amplían las formas a través de las cuales cualquier habitante puede intervenir y su derecho descansa en el acceso a la justicia, a través de la extensión de la legitimación procesal en la acción de amparo con relación a los derechos de incidencia colectiva e incluso, los intereses sociales o comunitarios.

> En esa inteligencia, cabe señalar que la Constitución local —en diversos aspectos que habilitan la intervención judicial— es novedosa y, por tanto, ajena a los conceptos que, tradicionalmente, se han sostenido en el orden nacional. Por ejemplo, la acción declarativa de inconstitucionalidad contemplada en al art. 113 inc. 2º de la Constitución de la Ciudad autónoma de Buenos Aires como instituto que faculta el control abstracto de normas de carácter general que se estimen lesivas del texto constitucional, es —absolutamente— extraña a los conceptos sobre los que se asienta el modelo de la Constitución federal (TSJ, in re "Massalin Particulares", sentencia de fecha 05.05.99). Este control abstracto y concentrado se destaca porque no responde a un interés personal afectado, sino que fue definido como una acción altruista que aprovecha a todos.

221.6. Para tomar como ejemplo y testimonio de la variación que citamos, el art. 14 (segundo párrafo) de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, una de las más modernas del país, dice:

> Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor.

Al consagrar en el segundo párrafo del artículo 14 la legitimación de *cualquier habitante* cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses difusos, la Constitución de la Ciudad avanzó clara y concientemente sobre el *piso de legitimación* en el amparo colectivo enmarcado en el artículo 43 de la Carta nacional argentina con la figura del *afectado.*[159]

La legitimación a cualquier persona con tal que acredite su carácter de habitante, al margen del daño individual que le pueda causar la acción u omisión, es un notorio

---

reconocido por la jurisprudencia (*Amparo colectivo. Legitimación del Defensor del Pueblo. Cosa Juzgada*, en Observatorio de Derechos Humanos, passim /www.observatoriodelosderechoshumanos.org)

[159] SCHEIBLER, Guillermo, "Apuntes sobre autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño", en *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* (Daniela, Mabel —directora—), Platense, La Plata, y en la revista *La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Año 1, Nº 1, agosto 2008.

avance ya que el interés jurídico, que en tal caso asiste al actor, es la propia violación de tal derecho perteneciente a la colectividad de la cual es parte. La doctrina coincide en señalar que el artículo ha consagrado, respecto del amparo colectivo, una verdadera acción popular.

Una vez más adherimos a la amplitud que al precepto le otorga Quiroga Lavié, considerando que:

> ...la tutela constitucional no puede estar limitada a la protección exclusiva y excluyente de los derechos que el constituyente, con el simple propósito ejemplificativo, mencionara en forma explícita, esto es: a la no discriminación, a la protección del medio ambiente y a la de los consumidores y usuarios. Decimos esto porque se han escuchado voces favorables a una restricción de la tutela en tal sentido, como borrando del texto constitucional el alcance, el "género" de los derechos de incidencia colectiva, desvirtuando no solamente el texto explícito del constituyente sino su necesaria vinculación con la protección de la soberanía del pueblo, en los términos del artículo 33 constitucional, que se configura tanto a partir de la tutela de algunos de los derechos públicos subjetivos cuanto de todos aquellos que constituyen la vida pública de la Nación hecha ley.[160]

222. La sentencia en el amparo colectivo

222.1. Los llamados procesos colectivos parecen tener su origen en las *class actions* estadounidenses; pero ello no supone que las reglas allí vigentes sean propias del amparo colectivo. Es más, una cosa son los procesos o acciones de grupo y otra distinta es el amparo colectivo. Mientras el primero tutela derechos esencialmente patrimoniales aunque tengan incidencia y afectación constitucional; el amparo solo descansa la tutela en la protección efectiva de derechos constitucionales.

Por eso el alcance y los efectos de la sentencia difieren. En las *Federal Rules of Civil Procedure* de los Estados Unidos de América se permite bajo ciertas condiciones, que un individuo plantee un litigio por sí mismo y por todas las otras personas que hayan sufrido el mismo daño, bajo ciertas condiciones, lo que consiente a los individuos que han experimentado pequeños daños económicos plantear un litigio que, en otro caso, no habrían podido plantear debido a los costes elevados del mismo (falta de rentabilidad). Esta es la base de la regla 23.[161]

222.2. Sin embargo, la facilidad de acceso no es equivalente con la gratuidad que impera en los procesos constitucionales dentro de los cuales habita el amparo constitucional. Vale decir, que el acceso tolerado como acción popular no supone en Estados Unidos igualarlo con la acción de clase, desde que la regla 23 citada se ha

---

[160] QUIROGA LAVIÉ, *El amparo colectivo,* cit., p. 86.

[161] BRAGE CAMAZANO, Joaquín en la recensión a la obra de FERRER MAC GREGOR, Eduardo-GIDI, Antonio, *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2004; e *id.*, "La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica", Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México 2004, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 17, septiembre-diciembre, 2006.

interpretado con matices, porque si un representante de una acción colectiva rehúsa pagar los costes de notificación a todos los miembros razonablemente identificables del grupo (aunque sea por demás gravoso), los tribunales federales tienen que inadmitir la acción.

Esta asimetría es fundamental para advertir que el acceso en la acciones de clase no significa obtener el preciado derecho a la jurisdicción, a diferencia del amparo colectivo donde se muestra que la sentencia alcanza a todos con los beneficios restitutivos y reparatorios declarados, que como tal, no se acota a quienes han sido partes en el proceso, sino que se extiende hacia todos los que pueden identificar el mismo perjuicio o afectación.

Esto, en el derecho comparado, es lo que suele llamarse tutela de intereses supraindividuales.

> Las acciones de grupo son definidas por Gidi como las acciones propuestas por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada), siendo representados en juicio los intereses de grupo por un representante (sin importar que sea un miembro del grupo, una asociación o un organismo gubernamental: *class actions, public civil actions u organizational actions*), y alcanzando los efectos de la sentencia a los miembros titulares del derecho de grupo, sin tomar en cuenta si las pretensiones son de naturaleza indemnizatoria o imponen una obligación de hacer o no hacer (*class actions for damages o injuctive class actions*). A juicio del autor, estas acciones pueden ser tanto las "*opt in*" (en las que la cosa juzgada surte efectos sólo respecto de los miembros que expresamente accedieron a ser incluidos en el grupo o autorizaron a la asociación a representar sus intereses en jui- cio a través de un documento firmado) como las de "*opt out*", y no sólo estas últimas son acciones colectivas, como a veces se afirma.[162]

222.3. El contenido de la sentencia dictada en un amparo colectivo no difiere formalmente de la que se pronuncia en un proceso común,[163] salvo en la declaración o condena de tipo constitucional que se enmarca dentro de los modelos de las sentencias constitucionales.

Dice Camargo que:

> [...] cuando la sentencia acoja las pretensiones incoadas por el demandante, el juez deberá disponer en concreto, como se lo ordena el art. 65 de la ley, lo siguiente: 1. El pago de una indemnización colectiva que contenga la suma ponderada en las indemnizaciones individuales;[164] 2. El señalamiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios

---

[162] GIDI, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica,* cit., p. 236.

[163] Por ejemplo, el art. 65 de la ley 472 (1998) reglamentaria en Colombia de las acciones de grupo sostiene que la sentencia se sujetará a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en orden a las seis (6) solemnidades que se deben resguardar.

[164] La relación que hace el profesor colombiano es para las acciones de grupo que se distancian del amparo colectivo desde que en estos solo se declara la protección constitucional más no se decreten reparaciones pecuniarias.

que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente, en los términos establecidos en el art. 61 de la ley 472; 3. El monto de dicha indemnización se entregará al fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria, el cual será administrado por el Defensor del Pueblo y a cargo del cual se pagarán:

a) Las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte del proceso como integrantes del grupo, según la porcentualización que se hubiere precisado en el curso del proceso. El juez podrá dividir el grupo en subgrupos, para efectos de establecer y distribuir la indemnización cuando lo considere conveniente por razones de equidad y según las circunstancias de cada caso;

b) Las indemnizaciones correspondientes a las solicitudes que llegaren a presentar oportunamente los interesados que no hubieren intervenido en el proceso y que reúnan los requisitos exigidos por el juez en la sentencia.

Todas las solicitudes presentadas oportunamente se tramitarán y decidirán conjuntamente mediando acto administrativo en el cual se reconocerá el pago de la indemnización previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.

Cuando el estimativo de integrantes del grupo o el monto de las indemnizaciones fuere anterior a las solicitudes presentadas, el juez o el magistrado podrá revisar, por una sola vez, la distribución del monto de la condena dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir del fenecimiento del término consagrado para la integración al grupo de que trata el art. 61 de la ley 472. Los dineros restantes después de haber pagado todas las indemnizaciones serán devueltos al demandado.

4. La publicación, por una sola vez, de un extracto de la sentencia, en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria o la notificación del auto que hubiere ordenado obedecer lo dispuesto por el superior, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten al juzgado, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación, para reclamar la indemnización.

5. La liquidación de las costas a cargo de la parte vencida, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia.

6. La liquidación de los honorarios del abogado coordinador, que corresponderá al diez por ciento (10 %) de la indemnización que obtenga cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente.[165]

223. La cosa juzgada colectiva

223.1. La otra gran innovación del amparo colectivo asienta en el alcance de la sentencia y en los efectos de la cosa juzgada. Este gran tema del derecho procesal renueva hoy sus pilares fundacionales pensando en las grietas de sus cimientos.

La inmutabilidad que torna irrevisable la sentencia, en materia constitucional no deja de ser injusta, porque si cambian las circunstancias ¿porqué no podría replantearse un caso juzgado?

---

[165] CAMARGO, Pedro Pablo, *Las acciones populares y de grupo,* Leyer, Bogotá, 2002 (3ª ed.), pp. 283 y 284.

223.2. Por vía de principio, en el amparo colectivo la sentencia tiene un grupo afectado que se conoce e individualiza (derechos individuales homogéneos), lo que no significa ni lleva a que todos hayan sido partes en el proceso o acudieran al mismo a reclamar por sí.

Para esas omisiones o afectados anónimos, la cobertura de la representación adecuada es suficiente para extender la cosa juzgada demostrando así porque el molde tradicional de la *res judicata* es inaplicable.

223.3. La decisión que se toma en un amparo colectivo puede ser condenatoria o declarativa, y en su caso, ordenará hacer una cosa, cesar en una conducta continua productora del vicio denunciado, disponer la realización de acciones necesarias para volver las cosas a un estado anterior al acto lesivo, o determinar la legalidad del mismo.

En esta materia suele hablarse de sentencias de condena abierta, donde los otros que se encuentran en la situación colectiva se adhieren al fallo, sin haber sido partes en el proceso.

En consecuencia, el fallo dictado en los procesos colectivos de trámite especial, tiene que ser congruente con las pretensiones deducidas en el juicio, y será diferente cuando se desenvuelva en un proceso constitucional como el "amparo colectivo", donde el primer deber jurisdiccional es controlar la supremacía constitucional y la defensa efectiva de los derechos humanos.

223.4. Es cierto que, aplicando principios generales, puede haber coincidencia entre el proceso colectivo y el amparo colectivo, pero también lo es que se persigue dotar de una especialidad general a las acciones colectivas con el fin de ofrecer un cauce rápido, sencillo y eficaz a tono con las disposiciones del derecho procesal transnacional.

Desde esta perspectiva, mientras las acciones colectivas se orientan a la tutela de los grupos o sectores, y se extienden a la tutela de los intereses y derechos difusos; los procesos constitucionales persiguen acotar el marco de su deliberación a los problemas de inaplicación o violación de normas constitucionales y supranacionales.

Aunque exista entre ellos concurrencia —como en los amparos colectivos deducidos por afectación de derechos de incidencia colectiva—, la premisa mayor es: en uno, reparar el daño causado; y en el otro, restablecer el orden constitucional vulnerado.

223.5. La sentencia que pone fin al proceso tiene efectos *erga omnes*, ya que beneficia o perjudica a la colectividad en general o a sectores de ella, y produce cosa juzgada al respecto.

Pero la eficacia depende del resultado, en la medida que si con el fallo se modifican o cambian las situaciones de hecho en beneficio de la comunidad, el derecho se consolida y evita su la repetición o reiteración procesal. En cambio, si la sentencia determina inconsistencias de la pretensión, podrá renovarse la acción si nuevos hechos demuestran que persiste la amenaza o el acto lesivo.

Sección 3ª El amparo en México

224. Introducción

224.1. En las secciones precedentes nos referimos a peculiaridades del amparo mexicano por su incidencia en la formación de los juicios constitucionales latinoamericanos. Ello nos sirve de modelo comparativo para alcanzar las conclusiones apuntadas respecto a la evolución habida en las leyes que dieron a América una defensa constitucional mediante un proceso constitucional amplio y contemplativo (como son el amparo argentino, el mandado de segurança brasileño o la acción de tutela colombiana), a diferencia del esquema mexicano que conserva su restricción pese a la generosa promesa que tuvo desde su creación.

224.2. La historia del juicio de amparo en México es rica y consistente para demostrar la preocupación permanente por la protección de los derechos de las personas. Quizás por ello, desde el régimen colonial las autoridades que representaron al Rey de España tuvieron que limitar su amplio poder de gestión, cuando ejercían las tres potestades clásicas de administrar, crear la ley y juzgar a los infractores.

La protección de los derechos indígenas fue manifiesta. Solían decir las normas que *contra derecho natural no debe valer privilegio, ni carta de emperador, rey ni otro señor,*[166] permitiendo un recurso donde se fundaba la desobediencia del actor que se agraviaba contra la sumisión, o se ponía frente a los actos de abuso del amo o gobernante. También se admitió el control de legalidad como "recurso de la fuerza" tolerado ante las acciones de desposesión.

224.3. La independencia trajo una organización institucional de tipo federativa. La Constitución de 1824, desilusionada y efímera, dio paso a la de 1836, de carácter centralista. Fueron siete las leyes constitucionales que alteran el sistema federal de gobierno, formando un supremo poder conservador inspirado en los ideales de *Sieyes,* presentado y propugnado por su impulsor local, don *Francisco Manuel Sánchez de Tagle.*

El órgano se integró con cinco (5) miembros con facultades ilimitadas. La vigilancia sobre el régimen constitucional era abusiva y concentraba el poder de decisión postergando el derecho de los más débiles. Las resoluciones tenían efectos legislativos, conmoviendo sensibilidades que veían en esas acciones una ruptura del orden, producto de la actitud tiránica y arbitraria.

---

[166] BURGOA, Ignacio, *Juicio de Amparo,* Porrúa, México, p. 94

No tardaron las iniciativas de reforma constitucional sobre las famosas siete leyes de 1836, y en ellas, el proyecto de José F. Ramírez lució al presentar un cambio copernicano para la época, como era ir hacia el sistema americano de control difuso de la constitucionalidad.

224.4. Pero fue con la Constitución del Estado de Yucatán del 31 de marzo de 1841, dominada por la pluma creadora de Manuel Crescencio Rejón cuando se crea el juicio de amparo.

En realidad fue la primera Constitución local que la reglamentó en los arts. 8, 9 y 62; todos ellos permitieron a los jueces de primera instancia *amparar* el goce de los derechos garantizados. El artículo 62 formaba parte del capítulo denominado "garantías individuales" y enumeraba en IX fracciones los derechos de los habitantes.

224.5. En 1843 se elaboran bases orgánicas para la reforma institucional; en ellas toma cuerpo la influencia de la constitución yucateca y se plasma, posteriormente, en el ámbito nacional con el Acta Constitutiva del 18 de mayo de 1847 que al modificar la Constitución de 1924 (cuya vigencia de había restablecido) instala el juicio de amparo federal.

> El primer juicio de amparo lo promovió el periodista y editor Vicente García Torres en 1847, con motivo de la detención personal que sufre por el informe expuesto por el General en Jefe del Ejercito del Oriente, que culmina con la acusación fiscal ante la Suprema Corte de Justicia del 23 de agosto de 1848. El informe manifiesta lo siguiente. "En 26 de julio del año anterior Don Vicente García Torres, de profesión impresor, ocurrió ante V.E. con un escrito que manifestó que se había tratado de prenderlo por medio de la fuerza armada para conducirlo al presidio de Santiago, de orden del General en Jefe del Ejercito de Operaciones que se hallaban en está ciudad, según así se lo manifestaron los dos ayudantes que se presentaron en su casa para consumar este atentado, del que se pudo librar por medio de la ocultación, que a más de ser público y notorio que él no tenía ningún delito, lo era también que el motivo de su persecución era el ser impresor del periódico titulado *El Monitor Republicano*, siendo por último evidente que el general en jefe no había procedido a mandar su aprehensión y prisión, sino con orden expresa del Supremo Poder Ejecutivo, así como a nombre del mismo, días antes lo había amagado el Sr. Gobernador del Distrito con mandarlo a Acapulco, siempre que en el indicado periódico apareciere algún artículo que desagradase al Sr. Presidente Interino de la República, General Don Antonio López de Santa Anna, por todo lo cual y lo demás que alega, concluyó pidiendo se le amparase en los derechos que la Constitución, Acata Constitutiva y de Reformas, le concedía para no poder ser seguido, preso o detenido, sino previos los requisitos que ella requiere, para en virtud de ese amparo y protección, poderse presentar libremente en la ciudad, y salir del lugar donde se hallaba oculto, sujeto a infinitas molestias e incomodidades".
>
> La realidad de los hechos, es que el amparo García Torres obedeció según el Informe de José María Casasola, a las órdenes de aprehensión (indebidamente que giro Santa Anna, para callar a la prensa misma que lo había criticado y protestado por la derrota y firma del tratado que reconoció la segregación de Texas). Vicente García Torres el Primer Quejoso que promueve el Primer Amparo en este país, fue impresor de E*l*

Monitor Republicano, que se publicaba desde 1844 bajo el nombre de *Monitor Constitucional*, y que fuera rebautizado a partir de 1846 con el nombre de *El Monitor Republicano*, nombre que conservó hasta su cierre en 1890, junto con el periódico *El Siglo Diez y Nueve*, estos dos fueron los periódicos más influyentes de la segunda mitad de ese siglo.

El proyecto fue elaborado por Mariano Otero y restringió el proceso constitucional a la defensa de los derechos constitucionales sin permitir que se declarase la inconstitucionalidad genérica sino la inaplicabilidad del precepto al caso concreto en análisis.

Apoyándose en los antecedentes mencionados, los miembros del Congreso constituyente de 1856-1857, entre los cuales sobresalieron Ponciano Arriaga, Melchor Ocampo y León Guzmán, establecieron en los arts. 101 y 102 de la Constitución federal del 5 de febrero de 1857 los lineamientos fundamentales del juicio de amparo en su concepción original, algunos de los cuales han llegado hasta la actualidad. Los principios del derecho de amparo en dicha carta fundamental fueron regulados en sus artículos 101 y 102, los que se deben considerar como la etapa final del nacimiento de este instrumento tutelar, y el punto de partida para el desarrollo posterior.[167]

224.6. La Constitución del 57 en el capítulo de reglamentación al amparo, se explana con las leyes de 1861, 1869 y 1882, que llevan la institución al Código de Procedimientos Civiles federal de 1897 y 1908.

En todos los casos es un proceso contra los actos de la autoridad pública que violaran las garantías individuales o fueran contra el régimen federal, o en su caso, alterasen la competencia de los tribunales de la Federación.

Quizás el aspecto más importante haya sido la introducción del juicio de amparo contra sentencias judiciales que aplicaran de manera incorrecta la ley secundaria. Es verdad que el fenómeno social y político imperante facilitó esa modalidad inusual en otros mecanismos similares.

Con esta variable se llega a la Constitución de 1917 que regula el juicio de amparo en su texto, con sumo detalle y casuismo exagerado. Pareciera que el cambio también es de filosofía política porque deja de lado la estimativa de los derechos individuales como garantías inalienables de la persona, para comenzar a tratarlos como derechos subjetivos públicos que se tienen contra el Estado. Esta tendencia estaba a tono con la condición de Norma Fundamental social (*cfr*. en especial los arts. 123 y 127 de la constitución).

224.7. Con el nuevo emplazamiento el juicio de amparo concentró los procesos en la jurisdicción federal y, en particular, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación; por lo que se realizaron reformas en 1951 y 1968 con el fin de delegar la competencia, y así llegar a la máxima reforma del superior tribunal en el año 1988 cuando se lo convierte en Tribunal Constitucional de hecho remitiendo a los tribunales colegiados de circuito la instancia de apelación.

---

[167] FIX ZAMUDIO-FERRER MAC GREGOR (coords.), *El derecho de amparo en el mundo,* cit., p. 466.

De la normativa anterior se conservaron modalidades pero la fracción II del art. 105 significó un cambio trascendente como veremos en los capítulos siguientes (al estudiar la acción de inconstitucionalidad).

La Ley Orgánica del Poder Judicial y la ley reglamentaria de las Fracciones I y II del art. 105 han dado al amparo el actual perfil.

225. Normas reglamentarias

225.1. Actualmente es el art. 107 de la Constitución el que regula el instituto en estos términos:

> Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:
>
> I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada;
>
> II. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.
>
> En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución.
>
> Cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros deberán recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados.
>
> En los juicios a que se refiere el párrafo anterior no procederán, en perjuicio de los núcleos ejidales o comunales, o de los ejidatarios o comuneros, el sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia, pero uno y otra sí podrán decretarse en su beneficio. Cuando se reclamen actos que afecten los derechos colectivos del núcleo tampoco procederán desistimiento ni el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que el primero sea acordado por la asamblea general o el segundo emane de ésta;
>
> III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes;
>
> *a.* Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia;
>
> *b.* Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan; y
>
> *c.* Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio;

IV. En materia administrativa al amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal. No será necesario agotas éstos cuando la ley que los establezca exija, para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos que los que la ley reglamentaría del juicio de amparo requiera como condición para decretar esa suspensión;

V. El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los casos siguientes:

a. En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares;

b. En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal;

c. En materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común. En los juicio civiles del orden federal las sentencias podrán ser reclamadas en amparo por cualquiera de la partes, incluso por la Federación, en defensa de sus intereses patrimoniales; y

d. En materia laboral, cuando se reclamen laudos dictados por las Juntas Locales o la Federal de Conciliación y Arbitraje, o por el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado. La Suprema Corte de Justicia de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos directos que por sus características especiales, así lo ameriten;

VI. En los casos a los que se refiere la fracción anterior, la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución señalará el trámite y los términos a que deberán someterse los tribunales colegiados de circuito y, en su caso, la Suprema Corte de Justicia, para dictar sus respectivas resoluciones;

VII. El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa se interpondrá ante el juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en el que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia;

VIII. Contra las sentencias que pronuncien en amparo los jueces de distrito, procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia:

a. Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo, por estimarlos directamente violatorios de esta constitución, leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 de esta Constitución y reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad;

b. Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 de esta Constitución. La Suprema Corte de Justicia de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República,

podrá conocer de los amparos en revisión que por sus características especiales así lo ameriten.

c. Cuando se reclamen del Presidente de la República, por estimarlos inconstitucionales, reglamentos en materia federal expedidos de acuerdo con el artículo 89, fracción I, de esta Constitución;

d. Cuando, en materia agraria, se reclamen actos de cualquiera autoridad que afecten a núcleos ejidales o comunales en sus derechos colectivos o a la pequeña propiedad;

e. Cuando la autoridad responsable, en amparo administrativo, sea federal, con las limitaciones que en materia de competencia establezca la ley; y

f. Cuando, en materia penal, se reclame solamente la violación del artículo 22 de esta Constitución.

En los casos no previstos en los incisos anteriores, conocerán de la revisión los tribunales colegiados de circuito y sus sentencias no admitirán recurso alguno;

IX. Las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de circuito no admiten recurso alguno, a menos que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución, caso en que serán recurribles ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales;

X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley, para lo cual se tomará en cuanta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público.

Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la interposición del amparo, y en materia civil, mediante fianza que dé el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión ocasionare, la cual quedará sin efecto si la otra parte da contrafianza para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo, y a pagar los daños y perjuicios consiguientes;

XI. La suspensión se pedirá ante la autoridad responsable cuando se trate de amparos directos promovidos ante los tribunales colegiados de circuito, y la propia autoridad responsable decidirá al respecto; en todo caso, el agraviado deberá presentar la demanda de amparo ante la propia autoridad responsable, acompañando copias de la demanda para las demás partes en el juicio, incluyendo al Ministerio Público y una para el expediente. En los demás casos, conocerán y resolverán sobre la suspensión los juzgados de distrito;

XII. Si la violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del Tribunal que la cometa, o ante el juez de Distrito que corresponda, pudiéndose recurrir en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII. Si el juez de Distrito no residiere en el mismo lugar que reside la autoridad responsable, la ley determinará el juez ante el que se ha de prestar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca;

XIII. Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados tribunales o las partes que inter-

vinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Sala que corresponda a fin de que decida cuál tesis debe prevalecer.

Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas Salas, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales hubieren sido sustentadas podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en Pleno decidirá cuál tesis debe prevalecer.

La resolución que pronuncien las Salas o el Pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción;

XIV. Salvo lo dispuesto en el párrafo final de la fracción II de este artículo, se decretará el sobreseimiento del amparo o la caducidad de la instancia por inactividad del quejoso o del recurrente, respectivamente, cuando el acto reclamado sea del orden civil o administrativo, en los casos y términos que señale la ley reglamentaria. La caducidad de la instancia dejará firme la sentencia recurrida;

XV. El Procurador General de la República o el agente del Ministerio Público Federal que al efecto designare será parte en todos los juicios de amparo; pero podrán abstenerse de intervenir en dichos juicios cuando el caso de que se trate carezca, a su juicio, de interés público;

XVI. Si concedido el amparo la autoridad responsable insiste en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, será inmediatamente separada de su cargo y consignada ante el juez de Distrito que corresponda;

XVII. La autoridad responsable será consignada a la autoridad correspondiente cuando no suspenda el acto reclamado debiendo hacerlo, y cuando admita fianza que resulte ilusoria o insuficiente, siendo, en estos dos últimos casos, solidaria la responsabilidad civil de la autoridad con el que ofreciere la fianza y el que la prestare; y

XVIII. Los alcaides y carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19, contadas desde que aquél esté a disposición de su juez, deberán llamar la atención de éste sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada, dentro de las tres horas siguientes lo podrán en libertad.

Los infractores del artículo citado y de esta disposición serán consignados inmediatamente a la autoridad competente.

También será consignado a la autoridad o agente de ella, el que realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Si la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y en el que se efectuó la detención.

225.2. La extensa reglamentación pone de relieve la amplitud de objetivos del amparo mexicano, el que Fix Zamudio compendia en cinco manifestaciones: *a)* Como proceso de *habeas corpus*; *b)* como vía para perseguir la declaración de inconstitucionalidad de las leyes; *c)* contra resoluciones judiciales; *d)* contra actos o resoluciones

de la administración pública federal y de algunas entidades federativas, y *e)* el amparo en materia social agraria.[168]

La generosa expansión de la tutela, a pesar de las buenas intenciones, ha sufrido el impacto de la influencia española que adopta el criterio de subsidiariedad (el amparo es excepcional y contingente, porque procede solamente cuando no hay otras vías que permitan proteger el derecho fundamental alterado). A ello se suma el principio de definitividad (agotamiento de los recursos disponibles antes de formalizar la admisión del amparo).

Explica Ferrer Mac Gregor que:

> [...] el principio de definitividad se encuentra establecido a nivel constitucional en los siguientes supuestos: *a)* Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, la acción de amparo solo será procedente: 1. Contra las sentencias definitivas y resoluciones que pongan fin al proceso... (art. 107 fracción III-a); 2. Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera del juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procesal (art. 107 fracción III-b); *b)* En materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal. No será necesario agotar éstos cuando la ley que los establezca exija, para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos que los que la ley de amparo requiera como condición para decretar esa suspensión (art. 107 fracción IV); *c)* También en materia administrativa procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma y respecto de los cuales no sean reparables por algún recurso, o medio ordinario de defensa (art. 107 fracción V-b).[169]

La característica lleva a que en la práctica ordinaria, un proceso con tantas posibilidades como es el amparo mexicano, quede reducido a su mínima expresión al encontrar restricciones que impiden adquirir el vuelo que fue originariamente previsto.

Mutatis mutandi el amparo mexicano al que tanto recurre la doctrina como ejemplo de desarrollo del proceso constitucional, en los hechos no ha evolucionado como lo han hecho otros, que a pesar de estar legislados en forma igualmente restrictiva, han logrado expandir efectos y asegurar el derecho al recurso sencillo y eficaz que pregonan y reclaman los tratados y convenciones sobre derechos humanos.

225.3. Una variable más del obstruccionismo tomado del modelo español aparece con el plazo para interponer la acción de amparo, pues supone la perentoriedad fatal de los términos y la declaración de improcedencia inmediata (como excepción podría destacarse que cuando se promueve la acción contra actos que causan un perjuicio a los derechos individuales de ejidatarios o comuneros, sin afectar los derechos y el régimen jurídico del núcleo de población a que pertenezcan).

---

[168] FIX ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo,* Porrúa, México, 2003 (3ª ed.), pp. 18 y ss.

[169] FERRER MAC GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España,* cit., pp. 314 y 315.

La Suprema Corte de Justicia y los Tribunales Colegiados de Circuito han establecido criterios que complementan las reglas para el cómputo de plazos: I) Si no hay datos que establezcan un punto de partida para contar el término dentro del cual debió reclamarse el acto, no puede afirmarse que la demanda de amparo sea extemporánea. Así, el conocimiento del acto reclamado por el quejoso y que sirve para realizar el cómputo del plazo debe constar probado de modo directo y no inferirse mediante presunciones. II) Las reglas establecidas en el art. 24 de la ley de amparo para el cómputo de los plazos establecidos dentro del procedimiento —una vez presentada la demanda—, resultan inaplicables para regular los plazos para el ejercicio de la acción de amparo (plazos prejudiciales). III) Cuando se interponga el recurso de aclaración de sentencia como la resolución que la contiene viene a formar parte integrante de la propia sentencia aclarada, hasta cuando se pronuncia, es cuando aquélla tiene el carácter de definitiva. De esta manera se entiende que el término legal para la interposición del juicio de amparo directo no empieza a correr sino a partir de la fecha en que se notifica la resolución en que se hace la aclaración. IV) Tratándose del juicio de amparo directo, el artículo 165 de la ley establece que la presentación de la demanda ante autoridad distinta de la responsable que emitió el acto reclamado, no interrumpe los plazos establecidos en los arts. 21 y 22. V) La regla anterior debe matizarse cuando la presentación indebida obedezca a un error sobre los límites de la competencia de la autoridad receptora para conocer del asunto en la vía elegida -ya sea directa o indirecta-, o en la elección de tal vía, ya que en estos casos debe considerarse como interrumpido el cómputo del plazo. Así sucede cuando se presenta la demanda ante un juez de distrito incompetente, o cuando se trate del amparo indirecto que se formule como directo, o viceversa. VI) El plazo para ejercitar la acción de amparo contra los actos en el juicio en que no es parte y que afecten sus intereses —es decir, del tercero extraño al juicio—, comienza a partir de la fecha en que tiene conocimiento de dichos actos. VII) La interposición de recursos ordinarios improcedentes, no interrumpe el plazo para pedir amparo contra el fallo respecto del cual se hicieron valer aquellos recursos. Este criterio resulta muy similar al sostenido por el Tribunal Constitucional en España. VIII) La demanda de amparo puede ser objeto de modificarse o de ampliarse, siempre y cuando se realice dentro del plazo para el ejercicio de la acción y que la autoridad responsable no hubiese rendido su informe justificado.[170]

225.4. En síntesis, el amparo mexicano es una institución demasiado compleja que promete un amplio campo de protección (al menos cinco son los modelos de protección que del instituto se espera) que está circunscripto por las condiciones y presupuestos. De allí que convergen en su radio herramientas que el derecho comparado aplica con recursos procesales o con acciones específicas.

No se niega el rol de vanguardia que tuvo México desde 1857, pero los reglamentos de 1919 y de 1936 (las leyes de amparo) encorsetaron la figura llevando al

[170] FERRER MAC GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España,* cit., pp. 331 y ss.

modelo a un juego operativo muy distante con la realidad y evolución que tuvo en Latinoamérica el juicio o derecho de amparo.

> La ley de Amparo mexicana recuerda en el art. 145 que, el juez de Distrito examinará ante todo, el escrito de demanda; y si encontrare motivo manifiesto e indudable de improcedencia, la desechará de plano, sin suspender el acto reclamado. Inmediatamente agrega (art. 146) que, si hubiere alguna irregularidad en el escrito de demanda, si se hubiere omitido en ella alguno de los requisitos a que se refiere el artículo 116 de esta ley; si no se hubiese expresado con precisión el acto reclamado o no se hubiesen exhibido las copias que señala el artículo 120, el juez de Distrito mandará prevenir al promovente que llene los requisitos omitidos, haga las aclaraciones que corresponda, o presente las copias dentro del término de tres días, expresando en el auto relativo las irregularidades o deficiencias que deban llenarse, para que el promovente pueda subsanarlas en tiempo.
>
> Si el promovente no llenare los requisitos omitidos, no hiciere las aclaraciones conducentes o no presentare las copias dentro del término señalado, el juez de Distrito tendrá por no interpuesta la demanda, cuando el acto reclamado sólo afecte al patrimonio o derechos patrimoniales del quejoso.
>
> Fuera de los casos a que se refiere el párrafo anterior, transcurrido el término señalado sin haberse dado cumplimiento a la providencia relativa, el juez mandará correr traslado al Ministerio Público, por veinticuatro horas, y en vista de lo que éste exponga, admitirá o desechará la demanda, dentro de otras veinticuatro horas, según fuere procedente.

226. Modalidades del amparo

226.1. La crítica que formulamos también es de la doctrina local que ha visto entorpecidas las posibilidades del derecho en varias situaciones. La principal se produce con el rezago de juicios acumulados en la justicia federal que torna la finalidad del proceso sencillo y rápido en mera utopía. Lo siguiente es el exagerado tecnicismo impreso, que obliga a cultivar solemnidades antes que conocimientos científicos, exagerando de ese modo el ritual para convertir las formas en arbitrariedades.

No se descarta la actividad repelente de los tribunales que observan repetidamente causales de improcedencia; o el apartamiento manifiesto de la jurisprudencia imperante.

Esto sucede también con los recursos, especialmente el de queja; y el abuso del otorgamiento del amparo para efectos.[171]

226.2. Otro rostro del amparo es la reducción de espacios de conocimiento. A los cinco modelos antes enunciados, ahora son tres porque se ha restringido la impugnación contra actos y resoluciones de autoridades administrativas federales y locales, que se deriva a un proceso cuasi contencioso administrativo de dos instancias (la primera ante jueces federales de distrito y la segunda ante los tribunales colegia-

---

[171] CAMPOS MONTEJO, Rodolfo, *El juicio de amparo* (*Carencias, imperfecciones y puntos patológicos a sus 154 años de nacimiento*), cit., p. 148.

dos de circuito); también el llamado *amparo fiscal* ha perdido fisonomía de proceso constitucional, en virtud de que, desde la reforma de diciembre del año 2000 que altera la ley orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación que pasó a llamarse Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, los asuntos de amparo que se pueden llevar a esta instancia son muy escasos.

> En las propias reformas constitucionales y legales de 1968, se introdujo el amparo de una sola instancia contra las resoluciones de los tribunales autónomos de lo contencioso administrativo, con lo cual se amplió la esfera del amparo contra resoluciones judiciales, y se limitó este sector del amparo administrativo, que tiende a su desaparición en cuanto todos los actos y resoluciones de esta materia pueden combatirse ante dichos tribunales de lo contencioso administrativo, lo que no está muy lejano de acontecer.[172]

Respecto al *amparo social* agrario, originado en la reforma de 1962 al art. 107 constitucional y desarrollado con las modificaciones que tuvo la ley de amparo al año siguiente y, sobre todo, con la ley de reformas de 1976; después del año 1992 cuando se crearon los tribunales federales agrarios, despojaron de naturaleza constitucional al proceso al remitirlo al sector del amparo contra resoluciones judiciales.

Por lo tanto [...] "debemos concluir que, de acuerdo con la tendencia que se observa en el derecho de amparo mexicano, si bien todavía comprende de manera formal cinco procesos diversos, en realidad se dirige a conservar sólo tres en un futuro próximo, o sea: *a) habeas corpus o amparo de la libertad e integridad personales; b) amparo contra leyes, y c) amparo judicial o amparo casación".*[173]

227. El amparo indirecto

227.1. Se llama *amparo indirecto* al esquema procedimental de doble instancia que tanta influencia tuvo en el modelo latinoamericano. Nos resulta incomprensible tal nominación salvo que se interprete como directo al amparo de única instancia, lo que igualmente es confuso.

La demanda se promueve ante un juez federal de distrito, quien requiere a la autoridad contra quien se deduce el amparo, para que en el plazo inmediato de cinco (5) días justifique el accionar que se denuncia y acompañe documentación relacionada con el acto o la omisión.

El informe hace las veces de la contestación de la demanda y su retardo en responder o la ausencia de ella, tiene como efecto que los hechos queden reconocidos. Esa actitud elusiva puede llevar a la imposición de multas (art. 149, ley de amparo).

Si hay terceros a quienes alcanza la afectación, se les comunica la acción por conducto del actuario o secretario del juzgado de distrito o de la autoridad competente.

---

[172] Fix Zamudio-Ferrer Mac Gregor (coords.), *El derecho de amparo en el mundo,* cit., p. 476.

[173] Fix Zamudio-Ferrer Mac Gregor (coords.), *El derecho de amparo en el mundo,* cit., p. 478.

227.2. La ley de amparo es muy cuidadosa en este aspecto. El art. 149 dice:

> Las autoridades responsables deberán rendir su informe con justificación dentro del término de cinco (5) días, pero el juez de Distrito podrá ampliarlo hasta por otros cinco (5) si estimara que la importancia del caso lo amerita. En todo caso, las autoridades responsables rendirán su informe con justificación con la anticipación que permita su conocimiento por el quejoso, al menos ocho (8) días antes de la fecha para la celebración de la audiencia constitucional; si el informe no se rinde con dicha anticipación, el juez podrá diferir o suspender la audiencia, según lo que proceda, a solicitud del quejoso o del tercero perjudicado, solicitud que podrá hacerse verbalmente al momento de la audiencia.
>
> Las autoridades responsables deberán rendir su informe con justificación exponiendo las razones y fundamentos legales que estimen pertinentes para sostener la constitucionalidad del acto reclamado o la improcedencia del juicio y acompañarán, en su caso, copia certificada de las constancias que sean necesarias para apoyar dicho informe.
>
> Cuando la autoridad responsable no rinda su informe con justificación se presumirá cierto el acto reclamado, salvo prueba en contrario, quedando a cargo del quejoso la prueba de los hechos que determinen su inconstitucionalidad cuando dicho acto no sea violatorio de garantías en sí mismo, sino que su constitucionalidad o inconstitucionalidad dependa de los motivos, datos o pruebas en que se haya fundado el propio acto.
>
> Si la autoridad responsable no rinde informe con justificación, o lo hace sin remitir, en su caso, la copia certificada a que se refiere el párrafo segundo de este artículo, el juez de Distrito le impondrá, en la sentencia respectiva, una multa de diez a ciento cincuenta días de salario. No se considerará como omisión sancionable, aquélla que ocurra debido al retardo en la toma de conocimiento del emplazamiento, circunstancia que deberá demostrar la autoridad responsable.
>
> Si el informe con justificación es rendido fuera del plazo que señala la ley para ello, será tomado en cuenta por el juez de Distrito siempre que las partes hayan tenido oportunidad de conocerlo y de preparar las pruebas que lo desvirtúen.

227.3. La etapa probatoria se desenvuelve en una audiencia pública que se desarrollará dentro de los treinta (30) días siguientes.

Este acto opera como la audiencia preliminar del derecho comparado donde el juez escucha a la parte y al Ministerio Público que representa la autoridad, se reciben alegatos, y conforme los términos de la ley, debiera dictarse sentencia de inmediato, lo que es solo una emisión de deseos, porque ella se pronuncia tiempo después.

La única prueba inadmisible es la confesional, y aquella que se considere contraria a la moral o sea contraria a derecho. Vale decir, solo se produce aquella prueba que se considera conducente, entendido esto como aquella que goza de aptitud legal o jurídica suficiente para convencer al juez sobre el hecho a que se refiere.

> Couture la involucra dentro del concepto de admisibilidad, porque entiende que ésta se refiere a la idoneidad de un medio determinado para acreditar un hecho;[174] pero la conducencia se aparta de la admisibilidad, porque no representa un análisis sobre las cuestiones de procedencia formal, sino que se ocupa de señalar la capacidad que tiene el medio para ser conductor de una idea vertebral, para el juicio a vertir en la sentencia. Una

[174] COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil,* cit., p. 238.

prueba puede ser inconducente pero declararse admisible (*v. gr.:* testimonio de un testigo interesado por dependencia, o alguna otra causa de exclusión general); pero no es posible observar prueba inadmisible que sea conducente.

Esto así resulta porque la inadmisibilidad se determina en su origen (*v. gr.:* una prueba legalmente prohibida es inadmisible e inconducente), en cambio la conducencia se verifica con la sentencia. Se diferencia también de la pertinencia de la prueba, porque aquella contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso, en cambio la conducencia vuelve a insistir en el aspecto de la trascendencia jurídica para generar convencimiento.

En síntesis, la conducencia es un perfil de la valoración de la prueba, pero sirve como medio alternativo para descartar elementos de prueba ofrecidos que vulneren los *principios inutile est probare quod probatum non relevat y frustra probatium non relevat.*

227.4. Las pruebas deben ser ofrecidas antes de la audiencia, salvo la documental que se acompaña con anterioridad, sin perjuicio de que el juez haga relación de ella en la audiencia y la tenga como recibida en ese acto, aunque no exista gestión expresa del interesado.

Si la producción es de *prueba testimonial* o *pericial* para acreditar algún hecho, el ofrecimiento debe ser concretado dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la celebración de la audiencia, debiendo agregar en esa oportunidad el interrogatorio para los testigos y el cuestionario destinado al perito, con copias para cada una de las partes.

No se admitirán más de tres (3) testigos por cada hecho, dice el art. 151 de la ley de amparo, limitación que no es tal porque la cuestión constitucional (es decir el acto lesivo puede estar constituido por varios frentes de ataque que, en sí mismos, son hechos). La norma se relaciona con el artículo 167 del Código Federal de Procedimiento Civiles, de aplicación supletoria, donde se advierte la obligación del oferente de presentar a los testigos, salvo que manifieste la imposibilidad que tiene para hacerlo; supuesto en el cual el juez de Distrito ordenará la citación con el apercibimiento relativo para el caso de no asistir. En ese sentido, si al admitirse la citada probanza se constriñó al oferente para que presentara a los testigos, apercibido que de no hacerlo se declararía desierta la prueba; y en la fecha y hora señaladas para celebrar la audiencia constitucional no los presentó, es correcta la determinación del juez de declararla desierta pues el incumplimiento de esa carga procesal revela desinterés en el desahogo, independientemente de que la audiencia no se celebre o bien, se haya solicitado su diferimiento, porque esa circunstancia no exime al oferente de la obligación de cumplir con las cargas procesales que le corresponden, ya que es facultad exclusiva del juez de Distrito decidir sobre la celebración o diferimiento de la audiencia.[175]

---

[175] Tribunal Colegiado de Circuito, XXIV, noviembre de 2006, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta,* Tesis: IV.1o.C.28 K, p. 1079

227.5. La prueba de inspección ocular debe ofrecerse conjuntamente con la testimonial y la pericial.

Ordenada la pericia, el juez designa al experto sin perjuicio del derecho de cada parte de proponer a otro para que actúe a título de consultor y rinda dictamen por separado.

Los peritos no son recusables, pero el nombrado por el juez deberá excusarse de conocer cuando en él concurra alguno de los impedimentos a que se refiere el artículo 66 de la ley de amparo.[176] A ese efecto, al aceptar su nombramiento manifestará, bajo promesa de decir verdad, que no tiene ninguno de los impedimentos legales. La prueba pericial será calificada por el juez según prudente estimación.

227.6. La prueba, a diferencia del modelo argentino, no se ofrece sino hasta después que se produce el informe justificado. Recuérdese que el actual texto del artículo 149 de la ley de la materia dispone que de no contestar la autoridad por lo menos con ocho (8) días de antelación a la celebración de la audiencia constitucional, ésta podrá diferirse o suspenderla, según lo que proceda, a solicitud del quejoso o del tercero perjudicado, solicitud que se puede hacer verbalmente en la audiencia convocada.

El problema de la norma es que la posibilidad de aplazar la audiencia solo podría fundarse en quedar afectado el derecho de defensa al estar obstruida la posibilidad de ofrecer prueba en orden a los cargos constitucionales que se formula.

El dilema ha sido objeto de proyectos de reformas del art. 149 de la ley de amparo, entendiendo que el motivo para la suspensión de la audiencia no puede ser otro que el de que las partes estén precisamente en posibilidad de preparar o anunciar las pruebas, finalidad esta que no está incluida en el texto del citado precepto.

Reforma que se fundamenta, además, en que, en no pocos casos las autoridades responsables desatienden el término de cinco (5) días que la ley les señala para rendir sus informes justificados, así como por la existencia de criterios divergentes

---

[176] 1) Si son cónyuges o parientes consanguíneos o afines de alguna de las partes o de sus abogados o representantes, en línea recta, sin limitación de grado; dentro del cuarto grado, en la colateral por consanguinidad, o dentro del segundo, en la colateral por afinidad; 2) Si tienen interés personal en el asunto que haya motivado el acto reclamado; 3) Si han sido abogados o apoderados de alguna de las partes, en el mismo asunto o en el juicio de amparo; 4) Si hubiesen tenido el carácter de autoridades responsables en el juicio de Amparo, si hubiesen aconsejado como asesores la resolución reclamada, o si hubiesen emitido, en otra instancia o jurisdicción, la resolución impugnada; 5) Si tuviesen pendiente algún juicio de amparo, semejante al de que se trata, en que figuren como partes; 6) Si tuviesen amistad estrecha o enemistad manifiesta con alguna de las partes o sus abogados o representantes.

En materia de amparo, no son admisibles las excusas voluntarias. Sólo podrán invocarse, para no conocer de un negocio, las causas de impedimento que enumera este artículo, las cuales determinan la excusa forzosa del funcionario.

El Ministro, Magistrado o Juez que, teniendo impedimento para conocer de un negocio, no haga la manifestación correspondiente, o que, no teniéndolo, presente excusa apoyándose en causas diversas de las de impedimento, pretendiendo que se le aparte del conocimiento de aquél, incurre en responsabilidad.

en cuanto a la posibilidad de que, a pesar de rendirse los multicitados informes justificados fuera del término precisado, se consideran por algunos tribunales como ya integradores de la litis y se limita a las partes interesadas a anunciar o preparar pruebas con ellos relacionados, lo que desvirtúa el principio de justicia que debe prevalecer en particular cuando se trata de justicia constitucional.

227.7. La controversia sobre documentos impugnados por falsedad deriva en la suspensión de la audiencia constitucional por espacio de diez (10) días, término durante el cual se sustanciará la objeción y se resolverá en ella (*cfr.* art. 153, ley de amparo).

La falsedad que se plantea puede tener distintos motivos. O se ataca la autoría del instrumento; o las fechas y/o lugares que indica; o bien, se fundamenta en el contenido. En otros términos, es la división clásica entre la falsedad instrumental y la falsedad ideológica. Mientras el primero se representa por la adulteración del documento; el segundo se relaciona con la falsedad absoluta al no tratarse de un instrumento auténtico.

La diferencia sobre el objeto puede llevar también a dividir entre incidentes dentro del amparo, y acciones judiciales de tipo penal por falsificación documental, donde cuando se trata de instrumentos públicos, la severidad de atenciones es doblemente ponderable.

Es decir que pese a la improcedencia de excepciones de previo y especial pronunciamiento que dispone el art. 35 de la ley de amparo, los incidentes de objeción de documentos y obtención de ellos, trabajan o surten efectos como sucede con las defensas articuladas sobre defectos en los presupuestos procesales.

227.8. El estudio integrado de las normas de procedimiento probatorio en esta materia, arrojan como resultado que el legislador pretendió dar un tratamiento distinto al incidente de suspensión y al cuaderno principal del juicio de amparo, pues en cada uno de ellos señaló el tipo de pruebas que pueden ofrecerse, los requisitos que deben reunirse para su ofrecimiento, el término de su anunciación en uno y otro, las exigencias y limitaciones para cada uno de los elementos de prueba de los previstos en los numerales que hacen la regulación respectiva, etcétera.

Estas asimetrías se observan también en los plazos procesales que rigen para uno y otro, pues no obstante que el juicio de amparo es sumario, porque en una sola audiencia se incluyen la relación de constancias, la admisión y desahogo de pruebas, el periodo de alegatos y el dictado de la sentencia, y que esa celeridad y unidad también la tiene la audiencia incidental, sin embargo, la trascendencia y fatalidad que revisten las providencias que se decretan en un incidente obligan a simplificar su tramitación, de modo que el término para la rendición de los informes previos en el incidente es menor que el otorgado para los informes justificados en el cuaderno principal, así como también es más corto el lapso para la celebración de la audiencia incidental, respecto de la principal; por ello, se reduce también la anticipación que debe observarse en el ofrecimiento de pruebas, etcétera.

Lo anterior resulta comprensible si se toma en cuenta la duración de las medidas de suspensión pues se pone término cuando se dicta la sentencia ejecutoria en el juicio principal, mientras que los efectos de esta última se producirán hasta que se logre el cumplimiento, en el caso de una sentencia concesoria de amparo.

Ahora bien, a través de la ley, de la técnica del juicio de amparo y de la jurisprudencia, en su acción complementadora e interpretadora de la ley, se ha pretendido hacer del juicio de garantías un verdadero juicio popular, al que cada vez puedan tener mayor acceso los gobernados. No obstante ello, esa accesibilidad no debe llegar al grado de alterar los principios procesales que lo rigen, porque ello podría ocasionar más problemas que beneficios. Las reglas sobre el ofrecimiento de pruebas en los cuadernos principal e incidental deben mantener, en la medida de lo posible, una inalterabilidad que las diferencie unas de las otras, y, sobre todo, evitar una fusión entre ambas que desnaturalice la verdadera esencia de su finalidad.

El tema que nos ocupa se refiere a la posibilidad de que el juzgador de amparo pueda tomar en cuenta, en el principal, las pruebas que obren en el incidente de suspensión o viceversa.

Por eso, la jurisprudencia ha dicho que en el expediente principal sí puede hacerse la valoración de pruebas existentes en el incidente, siempre que se solicite la compulsa, o bien, se ofrezcan las copias certificadas respectivas. La conveniencia de señalar esas condiciones tiene, además de sustento en la propia ley y en las reglas comunes de cualquier procedimiento, diversos efectos prácticos, a saber: las pruebas existentes en el incidente de suspensión no deben ser atendidas en el principal porque se trata de cuadernos que obran por cuerda separada, lo que implica que el juzgador solamente puede abordar el análisis de medios probatorios integrantes del sumario y no otros; incide en este aspecto el principio constitucional sobre la prontitud en la impartición de justicia, reflejado en el hecho de que el juzgador debe contar con todos los medios para emitir su fallo, lo que no acontecería si se le obligara a valorar pruebas que no tuviere a su alcance al momento de resolver, porque el incidente se hubiera remitido a un Tribunal Colegiado para la sustanciación del recurso de revisión. Asimismo, al impedir la evaluación de pruebas no existentes en el cuaderno respectivo, se evita dejar en estado de incertidumbre a los juzgadores de segunda instancia que tuvieran que analizar una sentencia en la cual se hubieren ponderado elementos probatorios no existentes en el expediente.

En consecuencia:

> […] el Tribunal Pleno estima pertinente hacer la aclaración de que el único caso en que se puede tomar en cuenta el mismo elemento probatorio para ambos cuadernos es cuando se ordena proveer sobre la suspensión provisional en el auto admisorio de la demanda, pues en esa hipótesis el juzgador está obligado a apreciar las pruebas que se acompañaron a aquélla y valorarlas para determinar si es o no procedente la suspensión provisional solicitada. Esto último obedece a que es en dicho momento cuando el juzgador, además de las copias destinadas a integrar el incidente de suspensión, también tiene a la vista el original de la demanda y, en su caso, los documentos que se acompañan a esta última, razón por la que está en aptitud de valorar de manera directa el material probatorio aportado por el promovente del juicio y resolver lo conducente, tanto

en el cuaderno principal como en los incidentales, aunque con posterioridad a ese momento se haga la separación formal y material del original de la demanda de amparo y sus copias.[177]

228. La sentencia en el amparo directo

228.1. La sentencia en el amparo directo, si juzga violatoria de las disposiciones legales de fondo corresponde ordenar que se revise el acto y el responsable ordene su estricto acatamiento al texto del que se apartó. También si hay omisión inconstitucional de normas, la decisión puede aplicarlas mediante el pronunciamiento, lo que constituye una suerte de avocación.

Lo mismo cuando se trata de valoraciones inadecuadas de la autoridad que emite el acto lesivo respecto a la prueba producida, se revisan las pautas de la apreciación; y de igual forma, si la autoridad responsable deja sin resolver cuestiones oportunamente propuestas, la sentencia suple el defecto.

Cuando la violación se forma por errores "in procedendo", de los comprendidos en los arts. 159 y 160 de la ley de amparo, la sentencia deja sin efecto lo resuelto en función de la nulidad encontrada.

228.2. Corresponde agregar que, de lo dispuesto en los artículos 158 y 166, fracción IV, de la ley reglamentaria, se advierte que el juicio de amparo directo sólo procede contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que hubieren puesto fin al juicio y que las cuestiones que no sean de imposible reparación, surgidas en la secuela procesal, sobre constitucionalidad de leyes, tratados o reglamentos, pueden hacerse valer como conceptos de violación, sin que sea necesario señalar como acto reclamado la ley, el tratado o el reglamento, ni llamar a las autoridades expedidoras de ellas y cuya constitucionalidad se controvierte, ya que su calificación se hará por el tribunal en los considerandos de la sentencia, de lo que se colige que en la resolución que al respecto se emita, debe tenerse únicamente como acto reclamado la sentencia definitiva, laudo o resolución que hubiere puesto fin al juicio y en los puntos resolutivos sólo se concederá o negará el amparo o se sobreseerá en el juicio respecto de dichos actos, sin incluir a la ley, tratado internacional o reglamento que hubieran sido materia de impugnación en los conceptos de violación.

Ello así pues la calificación de su constitucionalidad o inconstitucionalidad se hace mediante declaraciones con efectos limitados a la sentencia definitiva que ordena su aplicación, y a la autoridad judicial que los pronunció, de manera tal que cuando el Tribunal Colegiado que conoce del juicio sobresee, niega o concede el amparo respecto de los preceptos impugnados, tal forma de proceder viola el principio de congruencia que debe regir toda sentencia, al incluir en los puntos resolutivos, como actos específicos, los preceptos reclamados así como a las autoridades

[177] Registro nº 46/77. Contradicción de tesis 3/97. Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en Novena época; instancia pleno, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo: VII, febrero de 1998, p. 251.

expedidoras de los mismos, lo que hace que la sentencia resulte incongruente y debe, por tanto, ser corregida.

229. Los recursos

229.1. Según se trate de amparo directo o indirecto, no se admiten más recursos que los de revisión, queja y reclamación.

229.2. Recurso de revisión.
El art. 83 de la ley de amparo sostiene que procede el recurso de revisión:

I. Contra las resoluciones de los jueces de Distrito o del superior del Tribunal responsable, en su caso, que desechen o tengan por no interpuesta una demanda de amparo;

II. Contra las resoluciones de los jueces de Distrito o del superior del Tribunal responsable, en su caso, en las cuales:

a) Concedan o nieguen la suspensión definitiva;

b) Modifiquen o revoquen el auto en que concedan o nieguen la suspensión definitiva; y

c) Nieguen la revocación o modificación a que se refiere el inciso anterior;

III. Contra los autos de sobreseimiento y las interlocutorias que se dicten en los incidentes de reposición de autos;

IV. Contra las sentencias dictadas en la audiencia constitucional por los jueces de Distrito, o por el superior del tribunal responsable, en los casos a que se refiere el artículo 37 de esta Ley. Al recurrirse tales sentencias deberán, en su caso, impugnarse los acuerdos pronunciados en la citada audiencia.

V. Contra las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando decidan sobre la constitucionalidad de leyes federales locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional y reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, o cuando establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución.

La materia del recurso se limitará, exclusivamente, a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras.

En todos los casos a que se refiere este artículo, la parte que obtuvo resolución favorable a sus intereses, puede adherirse a la revisión interpuesta por el recurrente, dentro del término de cinco días, contados a partir de la fecha en que se le notifique la admisión del recurso, expresando los agravios correspondientes; en este caso, la adhesión al recurso sigue la suerte procesal de éste.

229.3. En el recurso de revisión entiende la Suprema Corte de Justicia para conocer del recurso de revisión, en los casos siguientes (art. 84, ley de amparo):

I. Contra las sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de Distrito, cuando:

a) Habiéndose impugnado en la demanda de amparo, por estimarlos inconstitucionales, leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional y

reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, o cuando en la sentencia se establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad;

b) Se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 constitucional;

II. Contra las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, siempre que se esté en el caso de la fracción V del artículo 83.

III. Cuando la Suprema Corte de Justicia estime que un amparo en revisión, por sus características especiales, debe ser resuelto por ella, conocerá del mismo, bien sea procediendo al efecto de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito o el Procurador General de la República, aplicándose en lo conducente lo dispuesto por el artículo 182 de esta ley.

Si la Suprema Corte de Justicia considera que el amparo cuyo conocimiento por ella hubiere propuesto el Tribunal Colegiado de Circuito o el Procurador General de la República, no reviste características especiales para que se aboque a conocerlo, resolverá que sea el correspondiente Tribunal Colegiado el que lo conozca.

229.4. En cambio, dice el art. 85 que son competentes los Tribunales Colegiados de Circuito para conocer del recurso de revisión, en los casos siguientes:

I. Contra los autos y resoluciones que pronuncien los jueces de Distrito o el superior del tribunal responsable, en los casos de las fracciones I, II y III del artículo 83, y

II. Contra las sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de Distrito o por el superior del tribunal responsable, siempre que no se trate de los casos previstos en la fracción I del artículo 84.

Las sentencias que pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito al conocer de la revisión, no admitirán recurso alguno.

229.5. El procedimiento consiste en interponer el recurso de revisión por conducto del juez de Distrito, de la autoridad que conozca del juicio, o del Tribunal Colegiado de Circuito en los casos de amparo directo. El término para la interposición del recurso será de diez (10) días, contados desde el siguiente al en que surta sus efectos la notificación de la resolución recurrida.

La interposición del recurso, en forma directa, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación o ante el Tribunal Colegiado de Circuito, según corresponda, no interrumpirá el transcurso del término.

Las autoridades responsables sólo podrán interponer recurso de revisión contra las sentencias que afecten directamente al acto que de cada una de ellas se haya reclamado; pero tratándose de amparos contra leyes, los titulares de los órganos de Estado a los que se encomiende su promulgación, o quienes los representen en los términos de esta Ley, podrán interponer, en todo caso, tal recurso (art. 87).

Se observará lo dispuesto en el párrafo anterior, en cuanto fuere aplicable, respecto de las demás resoluciones que admitan el recurso de revisión.

Las autoridades responsables podrán interponer el recurso de revisión a través de sus representantes, en los términos de las disposiciones aplicables.

229.6. El recurso de revisión se interpone por escrito, debiendo el recurrente expresar los agravios que le cause la resolución o sentencia impugnada.

Si el recurso se intenta contra resolución pronunciada en amparo directo por Tribunales Colegiados de Circuito, el recurrente deberá transcribir, textualmente, en su escrito, la parte de la sentencia que contiene una calificación de inconstitucionalidad de la ley o establece la interpretación directa de un precepto de la Constitución.

Con el escrito de expresión de agravios, el recurrente deberá exhibir una copia de él para el expediente y una para cada una de las otras partes.

Cuando falten total o parcialmente las copias a que se refiere el párrafo anterior, se requerirá al recurrente para que presente las omitidas, dentro del término de tres días; si no las exhibiere, el Juez de Distrito, la autoridad que conozca del juicio de amparo o el Tribunal Colegiado de Circuito, si se trata de revisión contra resolución pronunciada por éste en amparo directo, tendrán por no interpuesto el recurso.

229.7. Dice el art. 89 que interpuesta la revisión y recibidas en tiempo las copias del escrito de expresión de agravios conforme al artículo 88, el juez de Distrito o el superior del tribunal que haya cometido la violación reclamada en los casos a que se refiere el artículo 37, remitirán el expediente original a la Suprema Corte de Justicia o al Tribunal Colegiado de Circuito, según que el conocimiento del asunto competa a aquélla o a éste, dentro del término de veinticuatro horas, así como el original del propio escrito de agravios y la copia que corresponda al Ministerio Público Federal.

En los casos de la fracción II del artículo 83 de esta ley, el expediente original del incidente de suspensión deberá remitirse, con el original del escrito de expresión de agravios, dentro del término de veinticuatro horas al Tribunal Colegiado de Circuito.

Tratándose del auto en que se haya concedido o negado la suspensión de plano, interpuesta la revisión, sólo deberá remitirse al Tribunal Colegiado de Circuito, copia certificada del escrito de demanda, del auto recurrido, de sus notificaciones y del escrito u oficio en que se haya interpuesto el recurso de revisión con expresión de la fecha y hora del recibo.

Cuando la revisión se interponga contra sentencia pronunciada en materia de amparo directo por un Tribunal Colegiado de Circuito, éste remitirá el expediente original a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como el original del escrito de agravios y la copia que corresponda al Ministerio Público dentro del término de veinticuatro horas, y si su sentencia no contiene decisión sobre constitucionalidad de una ley ni interpretación directa de un precepto de la Constitución Federal, lo hará así constar expresamente en el auto relativo y en el oficio de remisión del expediente.

229.8. El análisis de admisión depende ante quien se formula. En el caso del art. 90 queda claro que es el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o el Tribunal Colegiado de Circuito, según corresponda, quien calificará la procedencia del recurso de revisión, admitiéndolo o desechándolo.

Admitida la revisión por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia o por los Presidentes de las salas de la misma, y hecha la notificación relativa al Ministerio Público, se observará lo dispuesto por los artículos 182, 183 y 185 a 191.

Admitida la revisión por el Tribunal Colegiado de Circuito y hecha la notificación al Ministerio Público, el propio Tribunal resolverá lo que fuere procedente dentro del término de quince días.

Siempre que el Presidente de la Suprema Corte de Justicia o, en sus respectivos casos, el Pleno, o la Sala correspondiente, desechen el recurso de revisión interpuesto contra sentencias pronunciadas por Tribunales Colegiados de Circuito, por no contener dichas sentencias decisión sobre la constitucionalidad de una ley o no establecer la interpretación directa de un precepto de la Constitución Federal, impondrán, sin perjuicio de las sanciones penales que procedan, al recurrente o a su apoderado, o a su abogado, o a ambos, una multa de treinta a ciento ochenta días de salario.

229.9. El tribunal en Pleno, las Salas de la Suprema Corte de Justicia o los tribunales colegiados de Circuito, al conocer de los asuntos en revisión, observarán las siguientes reglas:

I. Examinarán los agravios alegados contra la resolución recurrida y, cuando estimen que son fundados, deberán considerar los conceptos de violación cuyo estudio omitió el juzgador.

II. Sólo tomarán en consideración las pruebas que se hubiesen rendido ante el juez de Distrito o la autoridad que conozca o haya conocido del juicio de amparo; y si se trata de amparo directo contra sentencia pronunciada por Tribunal Colegiado de Circuito, la respectiva copia certificada de constancias;

III. Si consideran infundada la causa de improcedencia expuesta por el juez de Distrito o la autoridad que haya conocido del juicio de amparo en los casos del artículo 37, para sobreseer en él en la audiencia constitucional después de que las partes hayan rendido pruebas y presentado sus alegatos, podrán confirmar el sobreseimiento si apareciere probado otro motivo legal, o bien revocar la resolución recurrida y entrar al fondo del asunto, para pronunciar la sentencia que corresponda, concediendo o negando el amparo, y

IV. Si en la revisión de una sentencia definitiva, en los casos de la fracción IV del artículo 83, encontraren que se violaron las reglas fundamentales que norman el procedimiento en el juicio de amparo, o que el juez de Distrito o la autoridad que haya conocido del juicio en primera instancia, incurrió en alguna omisión que hubiere dejado sin defensa al recurrente o pudiere influir en la sentencia que deba dictarse en definitiva, revocarán la recurrida y mandarán reponer el procedimiento, así como cuando aparezca también que indebidamente no ha sido oída alguna de las partes que tenga derecho a intervenir en el juicio conforme a la ley; y

V. (Derogado)

VI. Tratándose de amparos en que los recurrentes sean menores de edad o incapaces, examinarán sus agravios y podrán suplir sus deficiencias y apreciar los actos reclamados y su inconstitucionalidad conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 78.

229.10. Cuando en la revisión subsistan y concurran materias que sean de la competencia de la Suprema Corte de Justicia y de un Tribunal Colegiado de Circuito, se remitirá el asunto a aquélla.

La Suprema Corte resolverá la revisión exclusivamente en el aspecto que corresponda a su competencia, dejando a salvo la del Tribunal Colegiado de Circuito.

En cambio, cuando se trate de revisión de sentencias pronunciadas en materia de amparo directo por Tribunales Colegiados de Circuito, la Suprema Corte de Justicia únicamente resolverá sobre la constitucionalidad de la ley, tratado internacional o reglamento impugnados, o sobre la interpretación directa de un precepto de la Constitución Federal, en los términos del artículo 83, fracción V de esta ley.

Tratándose de actuación de la Suprema Corte de Justicia o alguno de los Tribunales Colegiados de Circuito que conozca de la revisión interpuesta contra la sentencia definitiva dictada en un juicio de amparo, del que debió conocer un Tribunal Colegiado de Circuito en única instancia conforme al artículo 44, por no haber dado cumplimiento oportunamente el juez de Distrito o la autoridad que haya conocido de él conforme a lo dispuesto en el artículo 49, corresponde que la Suprema Corte de Justicia o el Tribunal Colegiado declare insubsistente la sentencia recurrida y remitir al correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito o se avocará al conocimiento del amparo, dictando las resoluciones que procedan.

229.11. Recurso de queja.

Este medio de impugnación se reglamenta en el art. 95 de la ley amparista con el texto siguiente: El recurso de queja es procedente:

> I. Contra los autos dictados por los jueces de Distrito o por el superior del tribunal a quien se impute la violación reclamada, en que admitan demandas notoriamente improcedentes;
>
> II. Contra las autoridades responsables, en los casos a que se refiere el artículo 107, fracción VII de la Constitución Federal, por exceso o defecto en la ejecución del auto en que se haya concedido al quejoso la suspensión provisional o definitiva del acto reclamado;
>
> III. Contra las mismas autoridades, por falta de cumplimiento del auto en que se haya concedido al quejoso su libertad bajo caución conforme al artículo 136 de esta ley;
>
> IV. Contra las mismas autoridades, por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia dictada en los casos a que se refiere el artículo 107, fracciones VII y IX, de la Constitución Federal, en que se haya concedido al quejoso el amparo;
>
> V. Contra las resoluciones que dicten los jueces de Distrito, el Tribunal que conozca o haya conocido del juicio conforme al artículo 37, o los Tribunales Colegiados de Circuito en los casos a que se refiere la fracción IX del artículo 107 de la Constitución Federal, respecto de las quejas interpuestas ante ellos conforme al artículo 98;
>
> VI. Contra las resoluciones que dicten los jueces de Distrito, o el superior del tribunal a quien se impute la violación en los casos a que se refiere el artículo 37 de esta ley, durante la tramitación del juicio de amparo o del incidente de suspensión, que no admitan expresamente el recurso de revisión conforme al artículo 83 y que, por su naturaleza trascendental y grave, puedan causar daño o perjuicio a alguna de las partes, no reparable en la sentencia definitiva; o contra las que se dicten después de fallado el juicio en pri-

mera instancia, cuando no sean reparables por las mismas autoridades o por la Suprema Corte de Justicia con arreglo a la ley;

VII. Contra las resoluciones definitivas que se dicten en el incidente de reclamación de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 129 de esta ley, siempre que el importe de aquéllas exceda de treinta días de salario.

VIII. Contra las autoridades responsables, con relación a los juicios de amparo de la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, en amparo directo, cuando no provean sobre la suspensión dentro del término legal o concedan o nieguen ésta; cuando rehúsen la admisión de fianzas o contrafianzas; cuando admitan las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar insuficientes; cuando nieguen al quejoso su libertad caucional en el caso a que se refiere el artículo 172 de esta ley, o cuando las resoluciones que dicten las autoridades sobre la misma materia, causen daños o perjuicios notorios a alguno de los interesados;

IX. Contra actos de las autoridades responsables, en los casos de la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, en amparo directo, por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia en que se haya concedido el amparo al quejoso;

X. Contra las resoluciones que se dicten en el incidente de cumplimiento substituto de las sentencias de amparo a que se refiere el artículo 105 de este ordenamiento, así como contra la determinación sobre la caducidad en el procedimiento tendiente al cumplimiento de las sentencias de amparo a que se refiere el segundo párrafo del artículo 113, y

XI. Contra las resoluciones de un juez de Distrito o del superior del Tribunal responsable, en su caso, en que concedan o nieguen la suspensión provisional.

229.12. Cuando se trate de exceso o defecto en la ejecución del auto de suspensión o de la sentencia en que se haya concedido el amparo al quejoso, la queja podrá ser interpuesta por cualesquiera de las partes en el juicio o por cualquiera persona que justifique legalmente que le agravia la ejecución o cumplimiento de dichas resoluciones. En los demás casos a que se refiere el artículo anterior, sólo podrá interponer la queja cualesquiera de las partes; salvo los expresados en la fracción VII del propio artículo, en los cuales únicamente podrán interponer el recurso de queja las partes interesadas en el incidente de reclamación de daños y perjuicios, y la parte que haya propuesto la fianza o contrafianza (art. 96).

229.13. Los términos para la interposición del recurso de queja serán los siguientes:

I. En los casos de las fracciones II y III del artículo 95 de esta ley podrá interponerse en cualquier tiempo, mientras se falle el juicio de amparo en lo principal, por resolución firme;

II. En los casos de las fracciones I, V, VI, VII, VIII y X del mismo artículo, dentro de los cinco días siguientes al en que surta sus efectos la notificación de la resolución recurrida;

III. En los casos de las fracciones IV y IX del propio artículo 95, podrá interponerse dentro de un año, contando desde el día siguiente al en que se notifique al quejoso el auto en que se haya mandado cumplir la sentencia, o al en que la persona extraña a quien afecte su ejecución tenga conocimiento de ésta; salvo que se trate de actos que importen

peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal, deportación, destierro a de alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución, en que la queja podrá interponerse en cualquier tiempo.

IV. En el caso de la fracción XI del referido artículo 95, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la en que surta sus efectos la notificación personal, deportación, destierro a de alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución, en que la queja podrá interponerse en cualquier tiempo.

V. En el caso de la fracción XI del referido artículo 95, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la en que surta sus efectos la notificación o haya conocido del juicio de amparo en los términos del artículo 37, o ante el Tribunal Colegiado de Circuito si se trata del caso de la fracción IX del artículo 107 de la Constitución Federal, precisamente por escrito, acompañando una copia para cada una de las autoridades responsables contra quienes se promueva y para cada una de las partes en el mismo juicio de amparo.

Dada entrada al recurso, se requerirá a la autoridad contra la que se haya interpuesto para que rinda informe con justificación sobre la materia de la queja, dentro del término de tres (3) días.

Transcurrido éste, con informe o sin él, se dará vista al Ministerio Público por igual término, y dentro de los tres días siguientes se dictará la resolución que proceda.

229.14. Cuando se trata del recurso deducido contra la sentencia denegada de los casos de las fracciones I y VI del artículo 95, el recurso de queja se interpondrá por escrito directamente ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, acompañando una copia para cada una de las autoridades contra quienes se promueva.

En los casos de las fracciones V, VII, VIII y IX del mismo artículo 95, el recurso de queja se interpondrá por escrito, directamente ante el tribunal que conoció o debió conocer de la revisión, acompañando una copia para cada una de las autoridades contra quienes se promueva y para cada una de las partes en el juicio.

En los casos de cumplimiento substituto de las sentencias de amparo a que se refiere la fracción X del artículo 95, el recurso de queja se interpondrá por escrito, directamente ante el tribunal colegiado de circuito o ante la Sala de la Suprema Corte de Justicia, según corresponda, acompañando una copia para cada una de las autoridades contra quienes se promueva y para cada una de las partes en el juicio.

La tramitación y resolución de la queja en los casos previstos en las fracciones I a X, se sujetará a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior, con la sola salvedad del término para que el Tribunal Colegiado de Circuito dicte la resolución que corresponda, que será de diez días.

En el caso de la fracción XI, la queja deberá interponerse ante el juez de Distrito, dentro del término de veinticuatro horas contadas a partir del día siguiente a la fecha en que para la parte recurrente surta efectos la notificación que conceda o niegue la suspensión provisional, acompañando las copias que se señalan en el artículo anterior. Los jueces de Distrito o el superior del tribunal remitirán de inmediato los escritos en los que se formule la queja al Tribunal que deba conocer de ella, con las constancias pertinentes. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda resolverá de plano lo que proceda.

229.15. La falta o deficiencia de los informes en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, establece la presunción de ser ciertos los hechos respectivos, y hará incurrir a las autoridades omisas en una multa de tres a treinta días de salario, que impondrá de plano la autoridad que conozca de la queja en la misma resolución que dicte sobre ella (art. 100).

El art. 101 establece que, en los casos a que se refiere el artículo 95, fracción VI, de esta ley, la interposición del recurso de queja suspende el procedimiento en el juicio de amparo, en los términos del artículo 53, siempre que la resolución que se dicte en la queja deba influir en la sentencia, o cuando de resolverse el juicio en lo principal se hagan nugatorios los derechos que pudiera hacer valer el recurrente en el acto de la audiencia, si obtuviere resolución favorable en la queja.

Cuando la Suprema Corte de Justicia o el Tribunal Colegiado de Circuito desechen el recurso de queja por notoriamente improcedente, o lo declaren infundado por haberse interpuesto sin motivo alguno, impondrán al recurrente o a su apoderado, o a su abogado, o a ambos, una multa de diez a ciento veinte días de salario; salvo que el juicio de amparo se haya promovido contra alguno de los actos expresados en el artículo 17.

229.16. Finalmente el art. 103 dispone:

> El recurso de reclamación es procedente contra los acuerdos de trámite dictados por el presidente de la Suprema Corte de Justicia o por los presidentes de sus Salas o de los Tribunales Colegiados de Circuito.
>
> Dicho recurso se podrá interponer por cualquiera de las partes, por escrito, en el que se expresan agravios, dentro del término de tres días siguientes al en que surta sus efectos la notificación de la resolución impugnada.
>
> El órgano jurisdiccional que deba conocer el fondo del asunto resolverá de plano este recurso, dentro de los quince días siguientes a la interposición del mismo.
>
> Si se estima que el recurso fue interpuesto sin motivo, se impondrá al recurrente o a su representante, o a su abogado, o a ambos, una multa de diez a ciento veinte días de salario.

Sección 4ª La acción de tutela de Colombia

230. Introducción

230.1. Como se dijo con anterioridad, el juicio de amparo en Colombia se reconoce como "acción de tutela". Nace en la Constitución de 1991 pero su fisonomía difiere de otros modelos en razón de la diversidad competencial que existe en este país.

Nos referimos a que, junto a la acción constitucional, existen procesos contencioso administrativos (nulidad, reparación directa), y otros procesos constitucionales como el *habeas corpus* y el *habeas data* que son vistos en el derecho comparado como modalidades del amparo.

De otra parte —dice Ortiz Gutiérrez—:

> [...] las funciones de control de constitucionalidad de las leyes y de los demás actos equiparables a ellas, cómo el examen de constitucionalidad de las reformas constitucionales adoptadas por el Congreso de la República, o de los decretos leyes o de facultades extraordinarias, se activaban por vía de la acción pública o ciudadana de inconstitucionalidad con efectos generales, llamada en Colombia antes del cambio de 1991, Acción Pública de Inexequibilidad. Bajo el anterior modelo de control constitucional, la Corte Suprema de Justicia también se ocupaba del examen de los proyectos de ley objetados por el Presidente de la República por razones constitucionales, y del control automático de los decretos de Estado de Sitio y de Emergencia Económica. Estas funciones fueron atribuidas originariamente a la Corte Suprema de Justicia y le permitían confrontar los actos normativos generales con la Constitución y, desde luego, con las disposiciones jurídicas que establecían los derechos civiles y las garantías sociales.
>
> Por esta vía era posible obtener la protección objetiva y en abstracto de los derechos constitucionales fundamentales y de las restantes partes de la norma superior, pero como una manifestación judicial de la defensa de la Constitución y del ordenamiento jurídico en general, pero nunca se le asoció con las instituciones del Derecho de Amparo para la protección autónoma preferente, directa, subjetiva y en concreto de los derechos constitucionales. En la reforma constitucional de 1910, además de la incorporación de la acción pública de inexequibilidad llamada vía de acción, también se introdujo la vía de excepción como una modalidad nacional de las instituciones de la llamada revisión judicial de las leyes, típica del modelo americano o difuso de control de constitucionalidad. Este instrumento incidental de naturaleza judicial que se incorporó en el artículo 215 de la Constitución de 1886, permitía a todos los jueces y en cada caso concreto, dejar de aplicar las disposiciones legales y aplicar de modo preferente las disposiciones constitucionales; en la doctrina nacional se le llamó inaplicación judicial de las leyes y ahora

aparece en el artículo 4º de la Carta Política de 1991, claro está, dentro de un nuevo contexto político del Poder Judicial.[178]

Por ello, el marco que dispone el art. 86 constitucional tiene que ser analizado en el contexto de las jurisdicciones que lo aplican.

Dice la norma:

> Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
>
> La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
>
> Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
>
> En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.
>
> La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

230.2. También la reforma constitucional de 1991 adquirió otros procesos igualmente trascendentes, como son las acciones populares, las acciones de grupo, las acciones colectivas y las acciones de cumplimiento, en principio previstas para proteger en el ámbito de la organización judicial, derechos de rango constitucional o asimilado a ellos.

Todas llevan la impronta del carácter breve, informal y sencillo, destinados a dar una respuesta rápida a las afectaciones constitucionales. Pero, al mismo tiempo, la proliferación de herramientas provocó el desborde de reclamos, que seguramente estaban próximos a emerger aunque se mantenían en expectantes.

230.3. En síntesis, la labor práctica de la acción de tutela ha sido sorprendente y efectiva, siendo menester presentar sus órganos de aplicación para comprender la intensidad de sus beneficios, pese a que han existido intenciones legales de suprimir este proceso constitucional.

Explica Ortiz Gutiérrez que:

> [...] *a.* Los órganos judiciales de control constitucional en Colombia son, principalmente, la Corte Constitucional de una parte, y el Consejo de Estado y los tribunales administrativos que integran la jurisdicción orgánica de lo contencioso administrativo, de otra.

---

[178] ORTIZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 216.

b. También se considera que todos los jueces son órganos no especializados de control de constitucionalidad por sus competencias para conocer, tramitar y fallar en todo momento y lugar las acciones de tutela, y porque son competentes en la llamada vía de excepción de inconstitucionalidad para decretar la inaplicación judicial de las leyes con la consecuente aplicación preferente de las disposiciones constitucionales. Esta es una de las manifestaciones de los rasgos del modelo de control difuso o americano que, como bien se conoce, en Colombia se combina con las instituciones del modelo de control concentrado como la acción pública de inconstitucionalidad y los controles automáticos y previos que se surten ante la Corte Constitucional, para configurar el complejo y abigarrado régimen colombiano de control y de justicia constitucional que es mixto y paralelo.

La relación de los jueces con la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de las decisiones de tutela y con el acatamiento de su jurisprudencia, configura lo que se denomina la jurisdicción transversal de constitucionalidad. Esta configuración ha producido fuertes enfrentamientos entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en materia del conocimiento y del cumplimiento de las sentencias de tutela que se han denominado choque de trenes.[179]

c. Con funciones de colaboración en el trámite de los procedimientos de control constitucional que se tramitan ante la Corte Constitucional, el llamado Procurador General de la Nación participa e interviene con la presentación de su concepto sobre la constitucionalidad de las normas demandadas o bajo revisión y sobre los proyectos de ley que corresponde examinar a la Corte Constitucional [...].

d. Las competencias de control de constitucionalidad atribuidas por la Carta Política a la Corte Constitucional se establecen principalmente en el artículo 242 y aparecen desarrolladas en los artículos 86 (Revisión de las decisiones judiciales relacionadas Acción de Tutela), 153 (Revisión previa de los proyectos de las leyes estatutarias), 167 (Objeciones presidenciales a los proyectos de ley), 214, numeral 6º y 215 parágrafo (Control automático y forzoso de los decretos de estados de excepción) y 379 (Control a las reformas constitucionales).

e. Las competencias de control de constitucionalidad atribuidas por la Carta Política al Consejo de Estado como máximo tribunal judicial de los asuntos contencioso administrativos, se contraen al conocimiento, con carácter residual, de las causas de constitucionalidad y de legalidad de los decretos que expida el Gobierno Nacional en cuanto no correspondan a la Corte Constitucional, por vía de la acción de nulidad [...].

Además, la suspensión provisional de los actos administrativos esta regulada en el Código Contencioso Administrativo en los términos de los artículos 152 y siguientes. En este punto se reitera que en Colombia también existe la llamada vía de excepción o la posibilidad de la inaplicación judicial de las leyes por razones de constitucionalidad en casos concretos y con efectos inter partes en los términos del artículo 4º de la Carta Política.[180]

---

[179] El problema, en esencia es éste. En Colombia funcionan simultáneamente tres sistemas jurídicos, que ideológicamente funcionan con desigualdad. Cada uno responde a una función diferente; el que controla la constitucionalidad, el que aplica la ley; el que preserva la legalidad administrativa; todos, en definitiva, acusan al par de actuar con sesgo ideológico, de manera que las decisiones de la llamada "Rama Judicial" se contraponen y desconocen mutuamente. Cuando el conflicto se plantea en las Altas Cortes, la colisión se denomina, gráficamente, "choque de trenes".

[180] ORTIZ GUTIÉRREZ, ob. cit., pp. 223 y ss.

231. Competencias de cada Tribunal

231.1. A la *Corte Constitucional* le corresponde (art. 241, de la Constitución colombiana) la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2) Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

3) Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

6) Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.

7) Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8) Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9) Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11) Darse su propio reglamento.

PAR. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió

para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

La "*Jurisdicción Constitucional*" conoce de las controversias jurídicas entre particulares, y entre éstos y el Estado, con ocasión o a instancia de la salvaguarda, defensa y protección de la Constitución, los derechos constitucionales o fundamentales, bien sea a través de acciones constitucionales de inconstitucionalidad de leyes, decretos-leyes, decretos legislativos, actos constituyentes (actos legislativos o actos constituyentes del pueblo o de la Asamblea Nacional Constituyente) o de acciones de tutela, cumplimiento, reparación directa, repetición y populares o de grupo.

Forman parte, además de la Corte Constitucional, todos los jueces individuales y colegiados de la República y algunas instituciones pertenecientes a la rama judicial como el "Consejo Superior y Seccional de la Judicatura" en sus salas jurisdiccionales disciplinarias.

231.2. De su lado el *Consejo de Estado*,[181] en virtud del art. 237 de la Carta Política tiene asignadas las misiones siguientes:

1) Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.

2) Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

3) Actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la Nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

4) Preparar y presentar proyectos de actos reformatorios de la Constitución y proyectos de ley.

---

[181] Explica ORTIZ GUTIÉRREZ que: "[…]: El Consejo de Estado está dividido en dos salas, una de Consulta y Servicio Civil y otra Jurisdiccional; ésta última se divide, a su vez, en cinco secciones o "salas" que resuelven cada una los asuntos judiciales de su competencia. Este órgano constitucional tiene una estructura orgánica y judicial muy compleja, pues además de las funciones jurisdiccionales de naturaleza contencioso administrativa, también ejerce funciones de consultor autorizado del gobierno en caso de necesidad para la interpretación no judicial de la ley y de los actos administrativos. Esta función la cumple una sala llamada Sala de Consulta y Servicio Civil integrada por cuatro magistrados; en este sentido el Consejo de Estado mantiene una especie de funciones ancladas en la vieja concepción de la organización constitucional. Las cinco secciones en las que se encuentra dividida la Sala contenciosa fallan o resuelven los asuntos de su competencia con independencia de las demás secciones; por ello son una especie de cinco tribunales administrativos respectivamente en lo electoral, en lo tributario, el la función pública, en responsabilidad del Estado y en las materias de constitucionalidad y legalidad sobre actos administrativos de carácter general o particular que no conduzcan al restablecimiento del derecho ni a la reparación […]" (ob. cit., pp. 229 y ss.).

5) Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.

6) Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.

231.3. Resta la competencia ordinaria que, en orden al mentado art. 86 constitucional, le permite a cualquier ciudadano articular la acción de tutela en defensa de los derechos que considera violados.

Ahora bien, teniendo la posibilidad de demandar la inconstitucionalidad de las leyes (ordinarias, aprobatorias de tratados públicos, orgánicas o estatutarias), "tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación", no obstante, la Corte Constitucional ejerce este control previa acción pública de inconstitucionalidad.

Cabe observar que al Presidente de la República se le faculta hasta por seis (6) meses, de precisas facultades extraordinarias para expedir decretos con fuerza de ley. Estas facultades no se confieren para expedir "códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni para "crear los servicios administrativos y técnicos de las cámaras". En estos casos el control constitucional lo ejerce la Corte Constitucional en forma plena.[182]

Se puede revisar "las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. El control constitucional lo realiza la Corte Constitucional y sus fallos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

En otro sector, también toda persona puede demandar ante el Consejo de Estado, mediante acción contencioso administrativa de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, o de acción contractual cuando se demanda actos administrativos previos, concomitantes o posterior a la contratación estatal. El objeto es plantear la nulidad de los actos administrativos (Decretos gubernamentales, Resoluciones,

---

[182] En la Corte Constitucional existen tres (3) tipos de salas o de reunión de sus magistrados para deliberar o decidir las causas; estas son: 1. La sala plena de constitucionalidad. 2. Las salas de decisión de tutelas y 3. Las salas de selección de los expedientes de tutela que le son remitidos, sin excepción, por todos los jueces y una vez concluyan las causas. En Sala Plena también se resuelven los casos de tutela que por excepción le envían las salas de decisión de la Corte para unificar la jurisprudencia, cuando sea necesario por contradicción entre ellas, por cambio de jurisprudencia, o por tratarse de asuntos de especial trascendencia constitucional.

Los casos son tramitados o sustanciados, cada uno y en cada causa, por uno de los magistrados escogido por sorteo y éste se denomina magistrado sustanciador encargado del trámite de la causa y de rendir ponencia al final del procedimiento, a la Sala correspondiente. Excepcionalmente se acumulan varios procesos en uno y ellos asignan a un magistrado; también se pueden asignar por reparto varios magistrados sustanciadores. Esto sucede cuando existen varias demandas o procesos sobre el mismo tema, o cuando se trata de asuntos de mayor complejidad o extensión, o cuando se examina un código o un estatuto especializado.

La Sala Plena se integra por la reunión en pleno de sus magistrados y el quórum para deliberar y decidir es la mitad más uno de sus miembros; sus decisiones judiciales se adoptan por mayoría absoluta, es decir con el voto favorable de por lo menos cinco (5) magistrados. La Corte Constitucional resuelve los asuntos de constitucionalidad de que conoce por vía del control abstracto y objetivo en Sala Plena y adopta sus decisiones con el voto de la mayoría absoluta de sus integrantes (*cfr*. ORTIZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 230).

Directivas Presidenciales, Circulares, órdenes, etc.) de ámbito nacional del Presidente, Vicepresidente, Ministros del Despacho, Superintendentes, Directores de Departamentos administrativos, Directores de Entidades Descentralizadas nacionales, o funcionarios nacionales que no perteneciendo a ninguna de las tres ramas del poder público ejercen "funciones administrativas" (*v. gr.:* Procuraduría, Contraloría, autoridades electorales nacionales e incluso personas privadas con dichas funciones, como son las Cámaras de Comercio, Federación de cafeteros, etc.).

Los procesos contencioso administrativos pueden ser de única o de primera instancia y su fallos hacen cosa juzgada *erga omnes*. La jurisdicción es rogada o a instancia de parte y aunque hace parte de la "Jurisdicción Ordinaria" en Colombia, es especial porque conoce las controversias jurídicas entre el Estado y los particulares en el ámbito nacional, departamental, distrital y municipal.

La cabeza visible de la jurisdicción es el Consejo de Estado y se integra en el ámbito regional y local, con los Tribunales Administrativos y los jueces administrativos, creados por la ley.

231.4. En consecuencia, el control de constitucionalidad se preserva en varios frentes, pero la acción de tutela se integra en ellas como un verdadero proceso constitucional facilitado por el molde simple y breve que se dispone.

Lo cierto es que son muy diversos los mecanismos previstos para salvaguardar la integridad y supremacía de la Constitución. La Carta política consagra, de forma expresa, el derecho que tiene todo ciudadano de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley, como una derivación del derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político y señala los distintos instrumentos o acciones que se pueden ejercitar contra los actos jurídicos que atenten contra sus preceptos y principios: la acción pública de inconstitucionalidad (arts. 241 y ss., citados), la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art. 237.2 CP), la acción de tutela (art. 86 CP) y, aunque no es considerada como una acción, también se puede incluir aquí la excepción de inconstitucionalidad, como un corolario del derecho a la supremacía de la Constitución.

232. El objeto procesal en la acción de tutela

232.1. El objeto *de la acción de tutela, conforme con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia (y su Decreto reglamentario 2591/91), es la protección efectiva y cierta del derecho constitucional fundamental, presuntamente vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos expresamente señalados por la ley.*

El esquema es muy similar al de otros países, en especial, Argentina, por lo cual es posible trazar algunos paralelos.

Por ejemplo, el tema de la *actualidad del perjuicio*. En virtud de ello es menester auspiciar la vía cuando la eficacia de la acción se encuentra en resolver rápidamente la afectación que tiene un derecho que está vulnerado por vía de actuación (vías de hecho) o por amenaza. En cambio, si estando en curso una tutela, se dicta una re-

solución administrativa o judicial, que revoca, detiene o suspende la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y costas, si fueren procedentes (art. 26, Decreto 2591/91).

Del precepto se deriva que, cuando desaparecen los supuestos de hecho en los cuales se funda la acción —que pueden ser además de la cesación de la conducta violatoria, por haber dejado de tener vigencia o aplicación el acto en el que consistía el desconocimiento del derecho, o por haberse realizado el acto cuya ausencia representaba la vulneración del mismo— o la muerte del accionante cuando la orden solicitada tuviera directa relación con la defensa del derecho a la vida y los derechos a él conexos, hace que se diluya el motivo constitucional en que se basaba la petición llevada conforme a las prescripciones del artículo 86 de la Constitución Nacional y disposiciones reglamentarias.

El fenómeno descrito tiene lugar, entonces, cuando el cambio de circunstancias sobreviene antes de dictarse el fallo de primer grado o antes de proferirse el de segundo o la revisión eventual por parte de la Corte Constitucional y, en realidad, ningún objeto tiene en tales casos la determinación judicial de impartir una orden, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia.[183]

232.2. Hay una diferencia importante cuando el supuesto de hecho que motiva el proceso de tutela se supera o cesa antes de iniciado el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo y aquel que sucede estando en curso el trámite de revisión ante la Corte Constitucional.

En efecto, cuando el fundamento fáctico del amparo se supera antes de iniciado el proceso ante los jueces de tutela de instancia o en el transcurso de este y así lo declaran en las respectivas providencias, la Sala de Revisión no puede exigir de ellos proceder distinto y, en consecuencia, habrá de confirmar el fallo revisado quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de la Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia.

Por su lado, cuando la sustracción de materia tiene lugar justo cuando la Sala de Revisión se dispone a tomar una decisión; si se advirtiere que en el trámite ante los jueces de instancia ha debido concederse el amparo de los derechos fundamentales invocados y así no se hubiere dispuesto, la decisión de la Sala respectiva de la Corporación, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, consistirá en revocar los fallos objeto de examen y conceder la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna.

Ahora bien, debido a que la Corte Constitucional, en ejercicio de su competencia de revisión de los fallos de tutela, tiene la función de unificar la jurisprudencia y determinar el alcance de los derechos fundamentales, aun en los eventos de carencia de objeto o haber devenido abstracto el tratamiento debido a la sustracción de materia, hay lugar a proferir un pronunciamiento sobre la cuestión objeto de debate si

[183] Sentencia T-972 de 2006. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-033 de 1994.

del análisis del caso sometido a estudio se constata una afectación fundamental que no fue subsanada voluntariamente por el demandado o reparada por los jueces de instancia.

232.3. Tratar de evitar un perjuicio irreparable es el objeto primordial, es cierto, pero también lo es el contenido yacente del derecho alegado, pues la tutela —pese a los notorios progresos como acción directa— conserva naturaleza *subsidiaria y excepcional,* calidad que le permite reconocer al juez interviniente, la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de esos derechos.

Por eso, si existen tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional. De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales deba haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto; exigencia que se funda en el principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador, y menos aún, que se convierta en un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes en los procesos judiciales.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha considerado que la tutela puede laborar como un mecanismo procesal supletorio de los mecanismos ordinarios, frente a la inidoneidad e ineficacia del mecanismo ordinario de protección, circunstancia ligada a la inminencia del perjuicio irremediable. Evento en el cual su virtud cautelar se modula para convertirse en mecanismo tutelar transitorio.

En esta línea ha señalado que, la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela, porque el medio judicial debe ser idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales. De allí que, si el juez constitucional constata que el otro medio de defensa no resulta conducente para la protección efectiva de los derechos invocados, —al no asegurar, por ejemplo, la eficacia necesaria para su defensa real—, el tribunal puede válidamente garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia en estas circunstancias, de la acción de tutela.

232.4. De la misma manera la Corte ha sido enfática en resaltar como principios rectores del proceso de tutela, los de informalidad y de eficacia de los derechos fundamentales. Según estos principios, el juez constitucional está en la obligación de adelantar en el marco de sus competencias, todas las conductas enderezadas a garantizar la protección de los derechos fundamentales cuando los mismos han sido objeto de amenaza o vulneración.[184]

---

[184] "[…] Por su misma índole, la acción de tutela no exige técnicas procesales ni requisitos formales propios de especialistas, ya que su función no puede asimilarse a la que cumplen las acciones privadas

Es preciso advertir que en casos en los que se confronten por vía de tutela las acciones o las omisiones de los particulares que ejerzan funciones públicas, como los notarios o los administradores de fondos parafiscales, la acción de tutela se presenta y tramita como si se tratara de acciones u omisiones de las autoridades públicas. Los actos susceptibles de impugnación por vía de la acción de tutela son, en principio, las acciones o las omisiones de carácter concreto y especifico de naturaleza subjetiva imputables a una autoridad pública o, en ciertas condiciones, a un particular; empero, el decreto 2591 de 1991 estableció que en el caso de encontrase que la violación o amenaza a un derecho fundamental sucede por causa de la aplicación de normas incompatibles con los derechos fundamentales, se podrá ordenar en la sentencia la inaplicación en el caso concreto de la norma indirectamente generadora del agravio, claro está, en una especie de incidente de inaplicación de la ley por razones de constitucionalidad en un caso concreto.

En este régimen de amparo constitucional de los derechos constitucionales fundamentales, la acción de tutela no puede emplearse en reemplazo de las acciones de inexequibilidad, nulidad o de cumplimiento de las leyes, de los decretos o los reglamentos ni de ninguna norma inferior. Esto significa, se reitera, que la acción de tutela no procede contra actos generales ni reglamentarios, pues, en efecto, desde su inicio es claro que en Colombia la acción de tutela no procede contra actos generales y menos contra las leyes o actos administrativos de carácter general; aquella es tarea de todos los jueces, y éstas últimas lo son de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.[185]

232.5. En el año 2005, la Corte Constitucional delimitó con bastante precisión el tema de este parágrafo. En la sentencia C-590 estableció los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales:

a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

b) Que se hayan agotado todos los medios —ordinarios y extraordinarios— de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable.

c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

---

dentro de los esquemas ordinarios previstos por el sistema jurídico, sino que corresponde a la defensa inmediata de los derechos fundamentales. Su papel es ante todo el de *materializar* las garantías constitucionales y, por tanto, es de su esencia el carácter *sustancial* de su fundamento jurídico. La instauración de las acciones de tutela no puede dar lugar al rigor formalista de los procesos ordinarios ni se puede convertir su admisibilidad y trámite en ocasión para definir si se cumplen o no presupuestos procesales o fórmulas sacramentales, ya que con ella no se busca establecer una "litis" sino acudir a la protección oportuna de la autoridad judicial cuando un derecho fundamental es lesionado u objeto de amenaza" (Sentencia T- 501/1992).

[185] ORTIZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 231.

e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

f) Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida.

232.6. Adicionalmente a la concurrencia de los requisitos generales, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario tener plenamente demostrado que se presenta al menos una de las causales especiales de admisión, consistentes en que la providencia atacada presenta uno de los siguientes vicios o defectos:

a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.

b) Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c) Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d) Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e) Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f) Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g) Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h) Violación directa de la Constitución.[186]

No obstante, la Corte Constitucional ha afirmado que la aplicación de esta doctrina constitucional tiene carácter eminentemente excepcional en virtud del principio de independencia de la administración de justicia y del carácter residual de la acción de tutela, razón por la cual las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales deben manifestarse en forma evidente y tener la capacidad para desvirtuar la juridicidad del pronunciamiento judicial objeto de cuestionamiento.

---

[186] *Cfr*. Sentencia T-687 de 31.08.2007, M. P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

233. El llamado "choque de trenes"

233.1. La Corte Constitucional ha dicho que, el argumento según el cual la tutela contra sentencias de última instancia afecta la distribución constitucional de competencias entre las altas Cortes y, en particular, la naturaleza de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como "órganos de cierre" de la respetiva jurisdicción, es falso, pues el juez constitucional no tiene facultades para intervenir en la definición de una cuestión que debe ser resuelta exclusivamente con el derecho ordinario o contencioso. Su papel se reduce exclusivamente a intervenir para garantizar, de manera residual y subsidiaria, en el proceso ordinario o contencioso administrativo, la aplicación de los derechos fundamentales, cuyo intérprete supremo, por expresa disposición de la Constitución, es la Corte Constitucional.

Tal afirmación, correcta desde una perspectiva dinámica, dista de ser pacífica y uniforme. Porque si bien la división de competencias parece clara, cuando se trata de tutelas contra sentencias, el órgano de atención y el cierre que conlleva, genera múltiples confrontaciones, donde resolver cual es la entidad que tiene mayor rango jurisdiccional para decir la última palabra.

233.2. No es baladí recordar que la Constitución de 1991 introdujo grandes reformas en materia de derechos, de modo tal que la acción de tutela promovida desde entonces como herramienta efectiva para la defensa, casi como un sistema exclusivo de protección, fue pensada para el ejercicio activo destinado a amparar derechos constitucionales o legales que no tuvieran el rango de fundamentales.

Por eso la vía no se puede tomar para defender derechos que no tuvieran ese carácter, dicho esto por vía de principio.

Con el derecho a la tutela se regenera el cuadro de la constitucionalidad y sus mecanismos de protección. La persona adquiere un poder que antes no tenía, e inclusive otras figuran colaboran para conseguir afianzar ese derecho individual al amparo, como es el Defensor del Pueblo.

233.3. El poder de penetración del tejido constitucional (que en término académicos se deduce como "la Constitución como Norma") en la esfera de los demás derechos es incuestionable.

Observa atinadamente Ortiz Gutiérrez que:

> [...] en un ejercicio de aproximación a las nuevas escuelas del derecho y a las nuevas disciplinas de la interpretación judicial de la Constitución, la ley ha advertido que la acción de tutela procede aún en los casos de los derechos constitucionales fundamentales de contenido civil o político, a pesar de que éstos no hayan sido desarrollados por la ley. Con esta declaración, el decreto 2591 de 1991 ha permitido la aplicación de las cláusulas constitucionales relacionadas con los derechos civiles y políticos también en las relaciones entre particulares de una parte, y la creación judicial del derecho a partir del su desarrollo en los casos concretos de tutela o amparo constitucional de otra.
>
> La Corte también ha extendido la protección constitucional de la acción de tutela a los casos de violación de algunos de los derechos sociales constitucionales, como los relacionados con la seguridad social, la atención a la salud y a la asistencia social, y a los dere-

chos económicos y sociales, como el derecho a la remuneración mínima vital y móvil. Esto se ha producido con base en el desarrollo de los principios del Estado Social de Derecho, específicamente el derecho al mínimo vital y los principios de la dignidad humana, y para hacerlo ha empleado las técnicas de los fallos aditivos de principios y las cláusulas de carácter expansivo como los artículos 93 y 94 de la Carta Política.[187]

No obstante, la división jurisdiccional que caracteriza el sistema colombiano lleva a que cada uno defienda a ultranza su condición de órgano de cierre, evitando que la Corte Constitucional tome intervención en acciones de tutela contra sentencias de aquellos.

Evidentemente no es éste un conflicto entre competencias, pues anida en el problema una historia detrás del "poder de la última palabra", que tiene que ver con la idiosincrasia y la costumbre que la Constitución de 1991 modifica sustancialmente.

La historia la pone de relieve Olano García:

[…] El enfrentamiento entre la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción constitucional, tuvo un punto muy alto en marzo del año 2004, cuando publicó un extenso comunicado, en el cual se puede apreciar la búsqueda de la defensa de la autonomía funcional, tanto de la rama judicial, como de las otras ramas del poder público en contra de la posición de la Corte Constitucional:

1. La Nación no puede resignarse al peligro que representa la posición de la Corte Constitucional, quien se habría convertido en una entidad todopoderosa y omnipotente.

2. La Corte Constitucional no puede revisar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (tribunal de casación), por ser el máximo tribunal de la justicia ordinaria, pues ella sólo es competente para revisar las decisiones relacionadas con la Acción de Tutela.

3. La Corte Constitucional a través de la Tutela estaría sustituyendo al juez natural, por tanto está desconociendo el derecho al debido proceso, pues este no puede ser desplazado por el juez constitucional.

4. A través del proceso ordinario mismo los jueces dan eficacia a los derechos fundamentales; en consecuencia dentro del proceso ordinario se ejerce un control constitucional.

5. La tutela debe ser fortalecida como mecanismo de protección del ciudadano pero inhabilitada como instrumento de destrucción del Estado de Derecho; la Constitución no permite dicho instrumento constitucional contra las sentencias judiciales porque él debe accionarse ante la necesidad de una protección inmediata y de manera residual, y tal carácter no lo tendrían las consecuencias de una decisión judicial que es el fruto de todo un proceso y, por el contrario, se estaría utilizando como un recurso adicional.

6. No se puede entender que la primacía de la Constitución sobre la ley habilita para que ésta no se cumpla, pues los jueces, incluido el constitucional, están sometidos al imperio de la ley. La autonomía e independencia judicial están en vía de desaparecer ante la interferencia del juez constitucional, quien parte de premisas falsas como aquella según la cual los jueces naturales están encargados de quebrantar derechos fundamentales.

---

[187] ORTIZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 236.

7. Ningún juez es infalible; la incertidumbre de los derechos disputados en un juicio ordinario necesita de jueces de distintas categorías e incluso de jueces plurales para garantizar el acierto dentro de las limitaciones humanas: el error judicial no legitima la acción de tutela.

8. La Corte Suprema de Justicia no estaría propiciando la confrontación institucional ni el problema reside en una mera lucha entre los poderes; está sólo defendiendo la independencia y la autonomía judicial y la de las otras ramas del Poder Público, invadidas todas por la Corte Constitucional. No estaría prestando ninguna resistencia a la voluntad del Constituyente del 91.

233.4. En nuestra perspectiva la controversia entre cortes no es un fenómeno singular de Colombia pues la misma situación se dio en otros lugares de América, como México; y en Europa, como sucedió en Italia y especialmente en España.

La novedad se implanta con el impacto de lo constitucional en el proceso que convierte a la herramienta en una garantía, abandonando la idea de un procedimiento reglado por instancias. No queremos decir con esto que se altere la fisonomía del esquema y las reglas, sino que el desarrollo tiene que ser respetuoso del debido proceso, y como en éste, la motivación de la sentencia es el punto central que cierra la disputa, no puede tener lecturas diversas o contrarias a la Constitución.

Ahora bien, así como el debido proceso obliga a sustentar con parámetros propios donde la defensa en juicio, la bilateralidad de la audiencia, y demás garantías procesales, juegan operantes en la validez de lo sustanciado; también el juez de la causa tiene un deber constitucional de no alterar la interpretación de quien tiene en el sistema esa función primordial.

233.5. Suele llamarse neoconstitucionalismo a este fenómeno, pero en la historia fue un conflicto que se planteó también en el siglo XIX cuando el enfrentamiento entre la jurisdicción y la administración se vio como cuestiones políticas, que por tanto, no debían ser resueltas con los estándares de lo justo, sino de la conveniencia y razonabilidad de las partes en controversia.

En el caso de Colombia, la pugna puede mostrar cuatro situaciones, bien esquematizadas por López Daza,[188] a saber: 1) La originada por los fallos proferidos por todos los jueces con ocasión de las acciones de tutela, y principalmente, los pronunciamientos de la Corte Constitucional contra las autoridades administrativas, debido la violación de derechos fundamentales; 2) la causada por las sentencias de acciones de tutela proferidas por los jueces y, en especial, por la Corte Constitucional, contra los fallos de otros jueces o altos tribunales (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, Consejo Superior de la Judicatura); 3) las producidas por las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, dentro de las demandas de inconstitucionalidad de leyes o decretos especiales, que afectan principal y directamente al Ejecutivo;

---

[188] LÓPEZ DAZA, Germán, *La Justicia Constitucional Colombiana: ¿Un Gobierno de los Jueces?,* en: Corzo Sosa, Edgar (Coordinador). *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional,* Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica # 476, México, 2009, pp. 291-299.

y 4) los creados por los fallos de la Corte Constitucional mediante los cuales se les sugiere (o en ocasiones se le ordena) al Congreso de la República actuar en determinado sentido, ante la inactividad legislativa o para remediar vacíos o lagunas legislativos.

233.6. En consecuencia, detrás del trance que suscita encontrar quién es el órgano de cierre cuando se trata de resolver con carácter definitivo un asunto donde promedian cuestiones constitucionales, surgen proyectados otros motivos que arraigan en la distribución del poder jurisdiccional.

Por tanto, el centro neurálgico está en resolver si la acción de tutela es viable contra decisiones judiciales, y a estos fines, no es posible soslayar lo dicho en la Sentencia T-014 de 2008,[189] donde se recuerda que, por vía de principio, ella no procede contra sentencias.

No obstante, la Corte en situaciones muy excepcionales ha manifestado que este mecanismo será procedente, siempre y cuando, esas providencias amenacen o vulneren derechos fundamentales, de acuerdo con los parámetros que se fijaron desde que fue expedida la Sentencia T-930 de 2004, reiterada en la Sentencia C-590 de 2005, que tuvieron como ponente al doctor Marco Gerardo Monroy Cabra,[190] el que enumeró los siguientes requisitos, que se encuentran descritos más ampliamente en la Sentencia T-055 de 2008:

> a) *Que la cuestión que se discuta resulta de evidente relevancia constitucional.* Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.
>
> b) *Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.* De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.
>
> c) *Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.* De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre

---

[189] Corte Constitucional. Sentencia T-014 de 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[190] Corte Constitucional. Sentencias T-930 de 2004 y C-590 de 2005, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d) *Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora*. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e) *Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.* Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f) *Que no se trate de sentencias de tutela*. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.[191]

233.7. La línea trazada, lejos de ser limitativa, pone de relieve la necesidad de autorizar la tutela cuando la sentencia del órgano del que proviene encuentra defectos que impactan afectando derechos constitucionales. El debido proceso es el cuadrante mayor, de manera que todo pronunciamiento que vulnere derechos fundamentales, de orden sustantivo como procesal, son pasibles de amparo de manera que no autorizan a cerrar el circuito de revisión con la sentencia definitiva ya dada, y así, evitar que se consolide una inconstitucionalidad con la cosa juzgada.

De esta forma, el concepto de vía de hecho judicial[192] comenzó a ser desplazado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por el de causales genéricas de procedibilidad, *bajo el cual quedan cobijados con mayor claridad conceptual y jurídica, los eventos en los que la Corte Constitucional ha determinado que es precisa la intervención del juez constitucional, para preservar los derechos fundamentales, frente a una decisión judicial*.[193]

---

[191] Seguimos en este pasaje la excelente obra de OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *El choque de trenes ¿guerra entre cortes? Acercamiento al conflicto entre órganos constitucionales de Colombia,* Doctrina y Ley, Bogotá, 2010, pp. 22 y ss.

[192] GÓMEZ GARCÍA, Carlos Fernando, "Las Vías de Hecho como generadoras del Choque de Trenes en la jurisprudencia constitucional. (1992-2008)". Artículo inédito, desarrollado dentro de su permanencia como Joven Investigador en el Grupo de Investigación en Derecho Público "Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé" de la Universidad de La Sabana. *Cfr*. OLANO GARCÍA, ob. cit., p. 23.

[193] Corte Constitucional. Sentencia T-018 de 2008. Igualmente, dentro de la amplísima bibliografía sobre el tema, podría, entre otros, leerse: ESCOBAR GIL, Rodrigo, "Doctrina Constitucional de la tutela contra

233.8. Hay también un aspecto más que tiene que ser considerado. En el concepto actual de supremacía, la concepción de finitud y soberanía de las Altas Cortes se relativiza con las decisiones del Sistema Interamericano al que Colombia adhirió expresamente. De allí que el control de convencionalidad le ha permitido sostener a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe 044 de julio de 2008, que el efecto del llamado "Choque de Trenes" es el de generar y perpetuar una situación de indefinición de los derechos ya sea reconocidos o negados por los tribunales de instancia superior: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. El conflicto entre estas instancias judiciales superiores deja a los usuarios del sistema judicial en la incertidumbre sobre el curso de acción a seguir en los casos en los que las sentencias judiciales violan derechos protegidos por la Convención Americana. En los casos en los que acuden a la acción de tutela con éxito, la materialización de sus derechos se ve sujeta a incumplimientos y trámites adicionales.

El informe complementa diciendo:

> Cabe recordar que la obligación prevista en el artículo 1.1 es una obligación que involucra el deber de organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos [...] 55) En estas circunstancias, la invocación de un recurso judicial rápido y sencillo como la tutela bajo el derecho colombiano, no resulta en el amparo de derechos fundamentales reconocidos en el derecho interno y la Convención. Asimismo, constituye un incumplimiento de la obligación de las autoridades competentes de garantizar toda decisión en que se haya estimado procedente dicho recurso. Ambos supuestos generan la violación del artículo 25 en concordancia con el artículo 1.1 de la Convención Americana.
>
> 56) El Estado ha argumentado que los tribunales internos ya han instrumentado las medidas necesarias para adoptar correctivos y hacer efectiva la sentencia de tutela dictada a favor del señor Cadena Antolinez. Si bien la Comisión reconoce la trascendencia y efecto de estas medidas, corresponde analizar la actividad de los tribunales durante el proceso y su impacto en el goce de las garantías previstas en el artículo 25 de la Convención, a la luz del transcurso del tiempo.
>
> 57) En opinión de la Comisión, el transcurso de casi cuatro años desde el planteo del recurso de tutela por parte del señor Cadena Antolinez y en particular el lapso de dos años y cinco meses trascurridos hasta la debida ejecución de los Autos de Cumplimiento emitidos por la Corte Constitucional, exceden la noción establecida en el artículo 25 de la Convención Americana sobre el acceso a un recurso sencillo, rápido y efectivo para el amparo de derechos fundamentales y la garantía del cumplimiento de toda decisión en la que se haya estimado precedente dicho recurso. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia que el hecho de que una sentencia se encuentre en etapa de ejecución no excluye una posible violación al derecho a un recurso efectivo dado que, si bien el cumplimiento de las sentencias requiere de la emisión de resoluciones y

---

providencias judiciales", en *Revista Judicial,* Órgano del Consejo Superior de la Judicatura, # 1, Bogotá, D.C., octubre de 2006, pp. 6-17; *cfr*. OLANO GARCÍA, ob. cit., p. 24.

pasos procesales adicionales, esto no justifica retrasos sustanciales en la ejecución de una sentencia firme.

58) En el presente caso, el periodo de más de dos años y cinco meses transcurridos desde el dictado de la sentencia de la Corte Constitucional hasta su debida ejecución, representa un incumplimiento con los criterios de razonabilidad basados en la complejidad del caso, la actividad procesal del interesado y la actuación de las autoridades judiciales, establecidos por la Corte Interamericana en su jurisprudencia. La demora señalada, no resulta atribuible a la actividad procesal del señor Cadena Antolinez sino que es enteramente atribuible a la actuación de las autoridades judiciales que a pesar de contar con una decisión definitiva, demoró la ejecución de los autos de cumplimiento en forma irrazonable.

59) En consecuencia, en el presente caso la Comisión concluye que el Estado no ha arbitrado los medios necesarios para cumplir con su obligación de brindar protección judicial adecuada al señor Sergio Emilio Cadena Antolinez, conforme a los artículos 25.1 y 25.2 en concordancia con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

233.9. El choque de trenes, más allá de la trascendencia institucional que importa, permite dar testimonio de cuánta importancia tiene el derecho procesal constitucional para comprender roles y funciones de la jurisdicción especial que tiene la Corte Constitucional.

No es un proceso ordinario ni un conflicto administrativo el que se ventila; se trata de encontrar en la interpretación constitucional operada dentro de un proceso diferente, la justicia para un Estado social de Derecho. De allí que el efecto "inter partes" de la acción de tutela también deba ser relativizado.

La Corte Constitucional tiene dicho que la interpretación en sí misma no es objeto del control constitucional. En primer lugar ha reconocido que las providencias que versan sobre la interpretación y aplicación del derecho no pueden, en principio, ser objeto de control constitucional en sí mismas por vía de tutela, si en ellas no se configura uno de los requisitos de procedibilidad, producto de una actuación abiertamente caprichosa frente al orden jurídico por parte de la autoridad judicial, que genera la violación de derechos fundamentales. Sin embargo, también ha señalado que la autonomía judicial que se protege, en materia de interpretación, no es del todo absoluta. Existen criterios objetivos que permiten fijar un límite legítimo a la interpretación judicial, en la medida en que orgánicamente establecen premisas generales que no pueden ser libremente desechadas por el fallado.

Esos criterios objetivos son: *a)* El juez de instancia está limitado por el precedente fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta; *b)* El tribunal de casación en ejercicio de su función de unificación puede revisar la interpretación propuesta por los juzgados y tribunales en un caso concreto, y fijar una doctrina que en principio será un elemento de unificación de la interpretación normativa que se convierte precedente a seguir. *c)* Si bien, ese criterio o precedente puede ser refutado o aceptado por el juzgado de instancia, lo claro es que no puede ser desoído abiertamente en casos iguales, sino que debe ser reconocido y/o refutado por el juez de instancia o tribunal, bajo supuestos específico; *d)* el precedente, no es el único factor que restringe la autonomía del juez. Criterios como la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, exigen que los pronunciamientos judiciales sean debidamente fundamentados

> y compatibles con el marco axiológico, deóntico y el cuerpo normativo y constitucional que compromete el ordenamiento jurídico; *e)* Finalmente el principio de supremacía de la Constitución obliga a todos los jueces a interpretar el derecho en compatibilidad con la Constitución. El deber de interpretar de manera que se garantice la efectividad de los principios, derechos y deberes de la constitución, es entonces un límite, si no el más importante, a la autonomía judicial.

Claro está que, para auspiciar una dimensión como esta, hay dos caminos a seguir: 1) considerar que la dogmática es suficiente porque el programa de derechos fundamentales es operativo directamente sin necesidad de reglamentar un supuesto programa previsto por la Constitución de 1991; o 2) admitir que la Corte Constitucional siga conociendo de la tutela contra sentencias, siempre y cuando se esclarezcan las reglas de su actuación.

La primera tendencia no está aún suficientemente desarrollada en la doctrina colombiana; la segunda, en cambio, tiene muchas manifestaciones y propuestas. Por ejemplo, Olano García dice que la Corte debería actuar en Sala Plena y con mayoría especial, lo cual se solucionaría inicialmente dándole a estos casos, que eventualmente fueren seleccionados, el trámite que la misma Corte en su Reglamento dispuso para las denominadas Sentencias "SU" de Unificación de Jurisprudencia.[194]

Agrega Olano García que:

> tampoco se puede renunciar a la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, aunque debería existir una limitante para su ejercicio, haciendo más estrictos los requisitos de procedibilidad, particularmente en defensa de las competencias de rango constitucional que tienen asignadas las altas Cortes colombianas. La unificación de la interpretación constitucional es una necesidad urgente y vital en el sistema jurídico colombiano.

234. El procedimiento en la acción de tutela

234.1. El procedimiento de la acción de tutela, regulado por el Decreto 2591 de 1991, armoniza con el mandato para sustanciar un proceso rápido y sencillo, de allí que se instaure el carácter preferente y sumario, como lo ordena la Constitución. Para su desarrollo se aplican los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.[195]

Agrega Cifuentes Muñoz que:

> [...] La acción de tutela puede ser interpuesta directamente por la persona afectada, sin necesidad de que un abogado asuma la personería del agraviado. También se permite que un agente oficioso presente la demanda si la persona afectada no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa. La Constitución y la ley autorizan al Defensor del Pueblo y a los personeros, para interponer acciones de tutela en nombre de las personas que así lo soliciten o que estén en situación de desamparo o indefensión.

---

[194] OLANO GARCÍA, ob. cit., pp. 77 y ss.

[195] CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, *La acción de tutela en Colombia,* Ius et Praxis, año 3 n° 1, 1997, Chile, pp. 165 y ss.

El contenido de la solicitud de tutela es el mínimo necesario para que el juez pueda establecer con claridad la identidad de las personas y autoridades involucradas, lo mismo que los hechos relevantes relativos a la lesión o amenaza de los derechos fundamentales. La presentación escrita de la demanda, no precisa de ninguna formalidad; la verbal, se autoriza cuando el solicitante no sepa escribir, sea menor de edad o en caso de urgencia.

El juez tiene amplias facultades para decretar las pruebas que estime conducentes. El fallo puede dictarse sin necesidad de que se practiquen todas las pruebas, tan pronto el juez llegue al convencimiento respecto del asunto sometido a su decisión (Decreto 2591, art. 22). En términos generales, el derecho implorado puede ser protegido «siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho (Decreto 2591, art.18).

La ley contempla una serie de medidas provisionales o cautelares que puede adoptar el juez antes del fallo con miras a la protección del derecho vulnerado o amenazado. Entre ellas se incluyen la suspensión temporal de la aplicación del acto causante de la lesión y las medidas de conservación o " seguridad que eviten la producción de daños o contribuyan a morigerarlos.

La protección judicial, de prosperar la acción, consistirá en garantizar al agraviado el goce pleno del derecho conculcado, lo cual significará, de ser posible, "volver al estado anterior a la violación". Si el *petitum* de la demanda se refiere a la denegación de un acto o a una omisión, la sentencia ordenará su realización dentro del plazo prudencial que fije el juez. En el caso de que la solicitud verse sobre una amenaza, se dispondrá su inmediata cesación y la abstención de todo acto posterior de perturbación o restricción.

Con el objeto de que la sentencia sea efectiva, se impone a las autoridades responsables el deber de cumplirla sin demora, so pena de incurrir en faltas disciplinarias y penales (Decreto 2591, art. 27).

La prevalencia del derecho sustancial sobre el de legalidad formal, imprime al proceso de sentido práctico. La rapidez se asegura con la habilitación completa de días y horas para interponer la acción de tutela. Igualmente, en la acción de tutela el fallo es de inmediato cumplimiento y en ningún caso pueden transcurrir más de diez días entre la demanda o solicitud de tutela y su resolución.

También, el trámite de la acción de tutela contra particulares se adelanta de conformidad con los mismos requisitos y formas predicables del trámite de la acción contra las autoridades públicas, salvo en el caso del agotamiento opcional de la vía gubernativa y sobre la forma de protección del derecho.[196]

Cabe acotar que, al igual que en el derecho de amparo argentino, se procura evitar los fallos inhibitorios o de rechazo in limine de la demanda, en cuyo caso, de ocurrir, se debe indicar al accionante cuál es la vía idónea que se aconseja para proteger el derecho amenazado o violado.

234.2. La competencia en la acción de tutela es territorial pues se aplica siguiendo el criterio de tener como juez de la causa al que tiene jurisdicción en el lugar donde hubiere ocurrido el acto lesivo o donde se suscitare la violación o amenaza de vulneración del derecho fundamental.

---

[196] ORTIZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 233.

La cuestión de competencia no se puede dar, por vía de principio, pues la misma Constitución prescribe que "[…] en ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución" (art. 86).

Cuando la acción se intente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y el demandante disponga de otro medio judicial, como las acciones contencioso administrativas, ella puede intentarse conjuntamente con la acción de nulidad, pero en estos casos el juez de tutela, si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto ni las decisiones respecto de la situación jurídica concreta en la que resultan vulnerados los derechos del accionante, mientras dure la actuación judicial ordinaria.

Dice Ortiz Gutiérrez que:

> […] "La substanciación de la acción de tutela corresponde al juez o al magistrado por turnos rigurosos, y se desarrolla de conformidad con los supuestos procesales de origen constitucional y de carácter especial, entre los que aparece el de su tramite preferencial, para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el caso del *Habeas Corpus*. En este tipo de actuaciones prevalece un principio de informalidad cuyo sentido consiste en que los obstáculos de trámite no se interpongan en la búsqueda de soluciones reales y palpables, acordes con el fondo de la preceptiva constitucional, a situaciones concretas de amenazas o quebranto de los derechos en ella plasmados.
>
> En efecto, para la presentación de la acción de tutela no es requisito que se hayan intentado los recursos administrativos que procedan contra los actos de las autoridades públicas y su presentación no enerva el derecho de acudir ante la misma autoridad para actuar en sede gubernativa. Su especial jerarquía exige que el modelo procedimental de la tutela esté desprovisto de requisitos formales y ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho afectado, cuando no existan en el ordenamiento jurídico otros mecanismos de defensa que se puedan invocar; su ejercicio no puede dar lugar al rigor formalista de los procesos ordinarios, ni se puede convertir su admisibilidad y trámite en ocasión para definir si se cumplen o no presupuestos procesales o fórmulas especiales y si no se pudiere determinar el hecho o la razón que motiva la solicitud de amparo constitucional de los derechos fundamentales por vía de la acción de tutela, es deber del juez prevenir al solicitante para que corrija su demanda en el breve término de tres días so pena de ser rechazada de plano; en caso de presentación verbal de la demanda de tutela, y de existir la mencionada indeterminación, el juez debe contribuir a su corrección en el acto de la presentación con la información adicional que le exigirá al solicitante.[197]

234.3. La facilidad en el acceso se agrega al no requerir defensa letrada, sin embargo, con el fin de evitar abusos procesales se dispone que la repetición de demandas en diversas jurisdicciones, provoca el rechazo de todas ellas, y la condena en costas.

En el caso de abogados, la temeridad (conciencia de saber que se actúa en forma contraria a derecho) lleva a que se lo suspenda en el ejercicio profesional por dos (2) años como mínimo; y si fuera reincidente, perderá definitivamente el derecho a ejercer la profesión.

---

[197] ORTIZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 230.

Dice Ortiz Gutiérrez que:

> con estas medidas se materializan las garantías constitucionales y su ejercicio no puede dar lugar al rigor formalista de los procesos ordinarios, ni se puede convertir su admisibilidad y trámite en ocasión para definir si se cumplen o no presupuestos procesales o fórmulas especiales; por ello, la demanda puede presentarse por memorial, telegrama, u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, y se admite que la acción sea ejercida verbalmente cuando el interesado manifieste que no sabe escribir o cuando manifieste ser menor de edad. Como la especial jerarquía de los derechos fundamentales exige que el modelo procedimental de la tutela esté desprovisto de requisitos formales y que ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho afectado, cuando no existan en el ordenamiento jurídico otros mecanismos de defensa que se puedan invocar, el Decreto 2591 de 1991, al referirse a la solicitud o demanda de tutela, destaca el carácter informal de la misma y advierte que debe desarrollarse con fundamento en los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.[198]

234.4. La demanda es muy simple y sencilla, basta con indicar el nombre y dirección del demandante; expresar claramente el acto que se considera lesivo o la omisión que se considera inconstitucional, es decir, si la violación fue consumada o se trata de un caso en ciernes; fundar sucintamente el derecho afectado (no hay necesidad de citar norma alguna), y precisar el nombre de la autoridad pública o el del autor de la amenaza o del agravio, cuando ello fuera posible.

También mejora la presentación demostrar que no hay otros recursos concurrentes ni remedios paralelos judiciales que obstruyen el curso de la acción de tutela dado su carácter subsidiario.

Finalmente, la demanda debe afirmar bajo la gravedad del juramento, que no se han presentado otras acciones respecto de los mismos hechos y derechos.

234.5. Recibida la petición el juez notificará y emplazará al accionado. La forma de comunicar la demanda no tiene medio preferente sino aquél que se considere más efectivo.

En forma previa se puede pedir al demandante que corrija o aclare la pretensión ambigua o deficiente, a cuyo fin no podrá superar el plazo de tres (3) días para hacerlo. Las correcciones se pueden proponer en forma verbal, en cuyo caso las adecuaciones las concreta el juez al disponer la providencia de sustanciación.

Dice Ortiz Gutiérrez que:

> la ley autoriza al juez para que en el desarrollo del procedimiento de tutela requiera y obtenga todos los informes que considere necesarios y aun para que solicite y pida el expediente en donde se encuentren los antecedentes administrativos o la documentación y antecedentes del asunto. En este caso los términos son muy breves y la ley autoriza al juez que substancia la causa para fijar plazos entre uno y tres días según la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación disponibles. Pero, ade-

---

[198] ORTIZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 231.

más, si los informes no fueren rendidos dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.[199]

234.6. La etapa probatoria es selectiva en el sentido de atribuir al juez la necesidad de producir aquellas actividades de verificación o acreditación que estime necesario.

Si la documental agregada con la demanda es suficiente no hay etapa probatoria, pero también el juez puede intimar al órgano o autoridad contra quien se plantea la tutela, a que acompañe en el término perentorio de tres (3) días, los antecedentes del caso, vencido el cual se considerará responsable.

Es tan evidente el propósito del legislador colombiano en estas materias para favorecer el desarrollo especial del trámite judicial de la tutela que en el punto de las pruebas, la ley permite al juez proferir el fallo tan pronto llegue al convencimiento respecto de situación litigiosa sin necesidad de practicar las solicitadas. De esta manera, la acción de tutela no está condicionada por exigencias y técnicas procesales ni obedece a requisitos formales propios de especialistas; no puede asimilarse a las acciones previstas en los procedimientos ordinarios, ya que corresponde a la defensa inmediata de los derechos fundamentales.[200]

235. La sentencia y los recursos

235.1. La acción de tutela no procede cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; empero, aun en este tipo de situaciones procesales, la existencia de otro medio judicial se apreciará en concreto para determinar su eficacia en atención a las circunstancias en las que se encuentre el solicitante.

La apelación del fallo de tutela puede elevarse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, ante el superior jerárquico del juez de primera instancia, quien está obligado a resolver el recurso dentro de los veinte (20) días siguientes al día de recibo del respectivo expediente. Las sentencias de tutela pronunciadas en las diferentes instancias se envían a la Corte Constitucional para su revisión, la que es discrecional por parte de este último órgano. Sobre las sentencias unilateralmente seleccionadas por la Corte, se debe producir el fallo de revisión dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha en la que se realizó su selección. El proyecto de ley estatutaria sobre administración de justicia disponía que por lo menos el cinco por ciento (5 %)de las decisiones de tutela mensualmente remitidas a la Corte Constitucional debieran ser admitidas para revisión.

La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la mencionada disposición (Corte Constitucional, sentencia C-37 de 1996). En la sentencia se expresa que "se trata [...] de una atribución libre y discrecional de la Corporación para revisar los fallos de tutela que sean remitidos por los diferentes despachos judiciales, con el fin de unificar la jurisprudencia sobre la materia y de sentar bases sólidas sobre las que los demás administra-

[199] ORTIZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 231.

[200] ORTIZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 232.

dores de justicia se puedan inspirar al momento de pronunciarse acerca de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico colombiano".

En la sentencia citada, la Corte no se ha limitado a reiterar la norma legal que señala que las sentencias de tutela y las de revisión sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591, art. 36). En aquella se anota que las sentencias de revisión en las que "se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si estos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad". En otro parte anterior de la misma sentencia, en efecto, se había manifestado que "la jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad".[201]

235.2. Esta extensa referencia que aprovechamos por la lucidez de la síntesis, nos permite caracterizar con mayor precisión el alcance del recurso extraordinario de revisión en la jurisdicción contencioso administrativa.

Lo primero que se debe apuntar es que, en principio, no habría justificativos bastantes para excluir de la revisión aquellas sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso administrativa, pese a la seguridad que impone el acto del legislador.

Si el objeto de la tutela persigue es el goce efectivo de los derechos fundamentales, la propia naturaleza del recurso y sus causales (art. 188 C.C.A.), hace que ellas puedan configurarse en cualquier clase de proceso, ante los jueces o ante los tribunales contencioso administrativos, sin que sea necesario que se presente recurso de apelación como requisito en algunos casos para acceder al recurso de revisión.

Ello así, porque no resulta jurídicamente viable sujetar el ejercicio de recursos extraordinarios al uso de los de naturaleza ordinaria, porque ello supone crear una exigencia no establecida en el ordenamiento y desconoce la finalidad por la cual fueron establecidos los recursos extraordinarios.

Pese a que el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, niega la posibilidad de que una sentencia fundada en pruebas o hechos fraudulentos o erróneos, pueda ser revisada de manera extraordinaria, se torna tal limitación como contraria al derecho a acceder a la justicia, al derecho a la igualdad y al debido proceso.

Por consiguiente, para la Corte, la restricción prevista en el artículo 185 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la norma acusada debe ser excluida del ordenamiento jurídico, de manera que el recurso extraordinario de revisión proceda contra todas las sentencias ejecutoriadas y de esta forma, se garantice de manera efectiva el derecho de igualdad en el acceso a la administración de justicia, en las mismas condiciones que permiten acudir a dicho recurso.

235.3. No obstante, otros interpretan que la forma como regula en la actualidad el recurso extraordinario de revisión el artículo 57 de la Ley 446 de 1998 no supone

---

[201] CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, *La jurisdicción constitucional en Colombia,* Ius et Praxis, v.8 n° 1, Talca, 2002, pp. 283 y ss.

violación del derecho al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, ni al debido proceso, por cuanto:

a) La revisión es un recurso extraordinario de creación legal y, por tanto, el tema de la procedencia es un asunto que le corresponde definir al legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración política que le reconoce la Constitución para regular los procesos judiciales;

b) el Consejo de Estado dicta sentencias en única instancia y segunda instancia que, una vez ejecutoriadas, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión. Por ser Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo el Consejo de Estado no decide "en primera instancia" por carecer de superior jerárquico y como sus decisiones, en única y segunda instancia, sí admiten recurso extraordinario de revisión, los cargos de la demanda no le son atribuibles;

c) los tribunales administrativos fallan en única, primera y segunda instancia los asuntos contenciosos. Contra todas esas decisiones cabe el recurso extraordinario de revisión. Solo que frente a los temas de primera instancia es menester agotar la segunda ante el Consejo de Estado, en el inequívoco entendido de que, por esa vía, es posible intentar superar la situación procesal o probatoria que determinó la decisión adversa proferida por el *a quo*. Bajo ningún punto de vista puede descartarse que, a través del recurso de apelación, se puede controvertir la situación procesal anómala o la prueba espuria que dio lugar a una sentencia desfavorable. Si dicho recurso fracasa queda perfectamente habilitada la opción de interponer el recurso extraordinario en cuestión.

d) La interposición de la apelación, además, impide la ejecutoria de la sentencia de primera instancia, con lo cual se aplaza el conteo del término de dos (2) años para presentar el recurso extraordinario, lo cual permitiría que el advenimiento de "situación nueva" (por ejemplo la sentencia en firme que declara que hubo violencia o cohecho contra el juez que falló en primera instancia, o la condena en firme contra los peritos que actuaron ilegalmente, o la aparición del documento decisivo determinante de una decisión diferente) se dé en dicho lapso y no posteriormente y, por lo mismo, da lugar a que la causal de revisión pueda alegarse oportunamente. Si la situación, nueva surge después de dos (2) años de la ejecutoria de la sentencia, por más relevante que resulte, no podrá hacerse valer por vía de este recurso extraordinario. De ahí la conveniencia indiscutible de interponer la apelación con las dos finalidades anotadas.

e) Las anteriores precisiones se aplican a las decisiones que adoptan, en primera instancia, los jueces administrativos. Si bien estas decisiones no admiten, en principio, revisión, basta con apelarlas para que el fallo de segunda instancia del Tribunal, sí admita dicho recurso, lo cual, además, posibilita que el advenimiento del "hecho nuevo" resulte oportuno como ya se indicó.

f) En lo que toca con las decisiones que dictan los jueces administrativos en única y segunda instancia no cabe predicar que sean objeto del recurso extraordinario de revisión por lo siguiente: Las primeras, por referirse exclusivamente al "recurso de

insistencia" frente a la negativa de la Administración de entregar copia de un documento que considera reservado. El juez se limita a decidir si el documento tiene o no reserva. Frente a esa decisión no se aplican las causales de revisión del artículo 188 del C.C.A., que regula supuestos que le son ajenos.

Además el tema, enmarcado dentro del "derecho de petición", suele definirse con mayor eficacia y garantía por medio de la acción de tutela; las segundas, por cuanto en este momento no se profieren debido a que la Ley 1066 de 2006, art. 5, eliminó la competencia que tenían los jueces administrativos para conocer en segunda instancia del recurso de apelación, del de queja y las consultas frente a los procesos de jurisdicción coactiva, lo que, en la actualidad, conoce la Administración en única instancia, decisiones contra las cuales sólo caben las acciones contenciosas administrativas.

Así las cosas no se ve la necesidad de someter las decisiones de los Jueces Administrativos al recurso extraordinario de revisión, las de primera, porque, una vez apeladas, lo decidido en segunda instancia por los Tribunales se puede impugnar por dicha vía y, las de única y segunda instancia por las razones ya expresadas. La regulación del recurso de revisión como está previsto en el C.C.A. cabe dentro de la libertad configurativa del legislador dentro de una jurisdicción con características especiales.[202]

236. El valor del precedente

236.1. En sus orígenes de 1896, la Corte Suprema de Justicia era la cabeza única de la jurisdicción y, a pesar de compartir con el Consejo de Estado el ejercicio de la función jurisdiccional, no existió conflicto aparente entre ellos.

En 1905, el Acto Legislativo Nº 10 suprimió el Consejo de Estado, y en 1913 (ley 130), reglamentó lo contencioso administrativo retornando así el poder al Consejo de Estado (a través del Acto Legislativo 01 de 1914). Comienza, entonces, el sistema dual de organizaciones jurisdiccionales y la posibilidad, por demás concreta, de tener decisiones ambivalentes.

236.2. El problema creado puede ser analizado en la perspectiva del art. 230 de la Carta Política, en cuanto consagra el principio de la autonomía judicial, que hace inferir que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada por las normas que integran el llamado bloque de constitucionalidad y las previsiones del derecho ordinario, por lo que la jurisprudencia y la doctrina toman la forma de fuentes auxiliares para la interpretación de tales textos.

No obstante, la propia ley fundamental indica el deber de las Altas Cortes de conseguir la unificación jurisprudencial dentro de cada una de sus jurisdicciones, a cuyo fin se torga fuerza vinculante a sus decisiones de cierre.

---

[202] Corte Constitucional de Colombia, sesión plenaria del 4 de agosto de 2009, en expediente D-7485, sentencia C-520/09.

La coherencia interna juega en este aspecto un conflicto de armonización, mucho más cuando se espeja la cuestión con decisiones contrapuestas como el ya referido choque de trenes.

236.3. La Corte Constitucional en la Sentencia 206 del año 2006 advirtió que:

> [...] la existencia de un precedente supone la existencia de una regla específica sobre el contenido y alcance de la disposición constitucional concretamente aplicable al caso. El precedente esta constituido así por aquellos apartes específicos y concretos de las sentencias de tutela o de constitucionalidad, que tienen relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva de la decisión. En suma, siguiendo los criterios jurisprudenciales mencionados, la *ratio decidendi* o el precedente de una decisión, suele responder al problema jurídico que se plantea en el caso específico y debe poder ser formulada como una regla jurisprudencial —o subregla— que fija el contenido constitucionalmente protegido de la norma constitucional aplicable a dicho caso concreto.

Por consiguiente la fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica, al menos, por cuatro razones principales:

a) En virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales;

b) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser razonablemente previsibles;

c) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente,

d) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico.[203]

236.4. Ahora bien, una cosa es utilizar el precedente como obligatorio para la jurisdicción donde se emite; y otra distinta es aprovechar la interpretación asignándole un efecto *erga omnes* que opera casi como una sentencia legislativa.

Muchas veces se ha dicho que esta es una regla teñida de inconstitucionalidades. La crítica principal que se levanta contra la obligatoriedad de los fallos proviene del sistema de control de constitucionalidad, donde convive el control difuso con la intervención de la Corte Constitucional.

Esto lleva a que, un control difuso como regla, supone admitir la libertad creativa del juez en la interpretación de la norma; ya que si se entiende que "el juez crea derecho", su tarea hermenéutica no puede variar en su esencia cuando debe aplicar una norma, surja ella de la tarea legislativa o de un tribunal reunido en pleno. Limitar la libre tarea del juez, llevaría a una situación que, puede significar el producto de una dañina penetración de la burocracia en el ámbito judicial.

La inconstitucionalidad de la obligatoriedad del precedente, decía Sartorio, resulta una expresa delegación de facultades legislativas en el Poder Judicial que,

---

[203] Sentencia de la Corte Constitucional T-086/07.

por lo tanto, constituye una transgresión al principio constitucional de la división de poderes.[204]

Otra resistencia proviene por la afectación al principio que establece la cosa juzgada. Este desfasaje pervive en dos situaciones: una respecto de los límites objetivos y subjetivos que cabe otorgar a la *res judicata*, y la otra atiende a la temporalidad del efecto y a la eventual revocabilidad que derivaría del acuerdo jurisprudencial. Fue Guasp quien advirtió en la existencia de efectos procesales de la decisión judicial la posibilidad de alterar la cosa juzgada en dos secuencias: una de carácter declarativo (influencia del fallo en ulteriores actividades de declaración de orden jurisdiccional) y otra de carácter ejecutivo (influencia del fallo en ulteriores actividades de ejecución).[205]

236.5. Esta clasificación nos interesa en el primer aspecto. La cosa juzgada cuenta con una eficacia especial, de tipo indefinido, que parcializa sus alcances en tres dimensiones distintas. El primero comprende a las personas, porque solo abarca a quienes hubieran sido parte en el juicio; la segunda se ocupa del objeto procesal, es decir que evita la repetición de decisiones ya adoptadas; y el tercero se entiende como la prolongación den el tiempo de la eficacia de la sentencia.

Si observamos como opera la obligatoriedad del fallo, con relación a los sujetos ocurre un hecho donde no se verifica que la interpretación dada para una situación legal suscitada entre partes, ocurra con el acuerdo plenario que, en principio no trabaja sobre el precepto *res judicata pro veritate habetur*. En realidad no hay cosa juzgada alguna.

Lo mismo sucede con el ámbito objetivo, donde es muy difícil encontrar una paridad tal de pretensiones que determinen la simetría del supuesto, para que con toda libertad se pueda aplicar analógicamente la doctrina del precedente jurisprudencial obligatorio.

En todo caso el acuerdo común puede indicar una orientación a seguir, pero nunca podrá resolver en el tema como si estuviese diciendo en concreto. La opinión sugerida tiene valor interpretativo pero no puede ser obligatoria, porque extenderá el efecto de la cosa juzgada a otro proceso, y hacia terceros que no se vinculan. En los hechos, la tesis del precedente no se concilia con el instituto de la cosa juzgada; tampoco se relaciona, pero sus enfrentamientos son permanentes por el roce que causa el peligro de la retroactividad de la ley.

Por eso había dicho Podetti que:

> la modificación de un fallo no debe afectar a las consecuencias de las relaciones y actuaciones jurídicas existentes, porque tal modificación no puede incidir sobre los negocios jurídicos celebrados teniendo en cuenta la primitiva doctrina plenaria, aunque su juzgamiento por los tribunales se realice estando vigente el nuevo plenario.[206]

---

[204] SARTORIO, José, *La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su constitucionalidad,* La Ley, 96-799.

[205] GUASP, Jaime, *Límites temporales de la cosa juzgada*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1963, p 437.

[206] PODETTI, *Tratado de los recursos*, cit., p. 308.

En consecuencia, un nuevo obstáculo para aceptar la obligatoriedad se encuentra en el conflicto que tiene retrotraer la acción al tiempo en que entró a regir la ley que interpreta, con lo cual se pueden hallar posibilidades retroactivas que comprendan situaciones jurídicas consumadas.

236.6. Es evidente, como dice Alexy, que los debates sobre las fuentes del derecho encierran una lucha por el poder. En Colombia, concretamente, se discute el valor del precedente constitucional como fuente primaria o como simple criterio auxiliar de interpretación normativa y esta discusión tiene las características de un debate sobre quién ha de ejercer el poder político de interpretación de los derechos fundamentales.

El citado maestro suele referir a la "sobreconstitucionalización" cuando una sentencia se convierte en una fuente primaria legislativa. En efecto:

> [...] al observar las diversas constituciones y tribunales constitucionales en el mundo, se advierte que el carácter prejudicial de las decisiones de la corte constitucional está reglamentado de dos maneras distintas. Una consiste en la regulación jurídico-positiva del carácter prejudicial. Este es el caso en Alemania. Allí, para numerosas decisiones del Tribunal Constitucional se encuentra establecida una vigencia normativa de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Donde tal reglamentación jurídico-positiva no existe, se plantea el problema general del carácter prejudicial. Hay diversas razones para un carácter prejudicial. La primera es de naturaleza altamente abstracta. Es la idea de la igualdad o de la justicia. Si un caso anterior ha sido resuelto de determinada manera, todo caso posterior que presente las mismas características debe ser resuelto de igual manera. Naturalmente, este efecto prejudicial a partir de la idea de la igualdad a manera de justicia formal, o incluso con base en el precepto de la igualdad en la Constitución, no es vinculante en el sentido estricto, ya que con una buena argumentación siempre se puede divergir de un concepto prejudicial. Eso es el o*verruling*.
>
> Existe, sin embargo, otra razón para atribuir un carácter prejudicial a las decisiones de la corte constitucional: las constituciones son regulaciones escuetas y en extremo abstractas. Desde ellas, la ponderación abre muchas posibilidades en cada caso particular. Precisamente a causa de la necesidad de ponderar en el derecho constitucional, especialmente en la interpretación de los derechos fundamentales, y precisamente a causa de la indefinición relacionada con eso, la vinculación prejudicial es indispensable como instrumento de compensación, con el fin de crear seguridad jurídica. Lo expuesto puede resumirse en la breve fórmula: ponderación supone precedente judicial. Y añado algo más: se debe evitar la sobreconstitucionalización, desde luego. Pero el medio adecuado para evitar una sobreconstitucionalización no es la eliminación del vínculo prejudicial. Al contrario, es justamente en el precedente judicial donde se habrán de destacar cuáles márgenes de acción y libertades tiene el legislador. Por eso necesitamos los precedentes.[207]

[207] Entrevista a Robert Alexy de Diana Patricia Quintero. Revista "*Precedente*", con traducción de Carlos Bernal Pulido, y del texto alemán de Ilse König de Laverde.

Sección 5ª La acción de protección de Ecuador

237. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

237.1. Esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.

Así lo establece el artículo 1° que pone en una misma línea a los procesos constitucionales que defienden derechos y libertades personales, como a los que denomina "derechos de la naturaleza" dándoles un espacio propio cuya titularidad impone esclarecimiento.

La acción de protección, prevista en el art. 88 de la Constitución,[208] con antecedentes en la carta de 1998,[209] y en el art. 19.10 de su similar de 1983 que en forma genérica otorgaba "el *derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en*

---

[208] La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (art. 88, Constitución Nacional de Ecuador).

[209] Art. 95.—Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles. El juez convocará de inmediato a las partes, para oírlas en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.

ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en el plazo adecuado, conforme a la ley".

De allí la importancia del nuevo esquema de "amparo constitucional" tal como afirma Berenice Pólit Montes de Oca a sostener que:

> [...] la acción de amparo se convierte así, en el más importante instrumento jurídico que confronta la presunción de legitimidad de que gozan los actos de las autoridades públicas, cuando estos actos son ilegítimos y vulneran derechos subjetivos, la actividad humana misma, o el interés legítimo de las personas; pero el amparo hoy por hoy, según el Tribunal Constitucional va más allá, tutela no sólo los derechos fundamentales de las personas, sino los más variados derechos que la Constitución establece.[210]

237.2. La vía procede cuando concurren los siguientes requisitos (art. 40): *1)* Violación de un derecho constitucional; *2)* acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, *3)* inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

El acto lesivo debe proferir un agravio de naturaleza fundamental que no pueda remediarse por un proceso alternativo. Por eso se admite la acción contra: *a)* Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio; *b)* toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías; *c)* todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías; *d)* todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: i) Presten servicios públicos impropios o de interés público; ii) presten servicios públicos por delegación o concesión; iii) provoque daño grave; ó, iv) la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

También procede contra todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

237.3. En cambio no se admite (art. 42): 1) Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales; 2) Cuando los actos

---

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional.

La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.

No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho.

[210] PÓLIT MONTES DE OCA, Berenice, *El amparo constitucional: garante de los derechos subjetivos,* Revista Judicial de Ecuador, en www.derechoecuador.com.

hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación; 3) Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos; 4) Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz; 5) Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho; 6) Cuando se trate de providencias judiciales; 7) Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisible la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.

238. El antecedente constitucional

238.1. El amparo como proceso constitucional específico lo incorpora el constituyente en 1996, otorgando la vía contra actos ilegítimos de autoridad de la administración pública. Dicha consagración no aventuró más ampliaciones que el acto lesivo público, pero fue un gran avance dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano. Con la reforma constitucional de 1998 se amplía el ámbito de competencia posibilitando la interposición del mismo contra actos u omisiones de particulares con ciertas condiciones establecidas en la misma Constitución. Estas condiciones, si bien permiten la interposición de amparos contra particulares, no fueron instituidas de manera amplia, sino con restricciones y distinciones de carácter formal y material.[211]

> Formalmente, se puede interponer acción de amparo contra actos que vulneren cualquier derecho fundamental realizado, en dicha calidad, por concesionarios, delegatarios o personas que presenten servicios públicos, sin importar la clase de derecho que se vulnera o se amenaza vulnerar, esto es, si se trata de un derecho individual, colectivo o difuso, es decir, procede la acción de amparo para proteger cualquier derecho subjetivo constitucional, pero dicha vulneración debe provenir de la actividad de la calidad de tal, esto es, en relación directa a su actividad como concesionario o delegatario o respecto de la prestación del servicio público.
>
> Para la protección de derechos subjetivos constitucionales se debe tener presente que el amparo protege derechos subjetivos constitucionales frente a actos u omisiones ilegítimas. El derecho subjetivo no sólo implica la facultad de ejercer derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sea positivo o natural, sino que este derecho subjetivo debe ser exigible a otro sujeto que se encuentra obligado (elemento externo), pues dicho derecho se ejerce frente a los demás, sea como derecho de libertad jurídica (facultad), como poder de crear nuevos derechos y obligaciones por la autonomía de la voluntad, como el derecho de exigir el cumplimiento de un deber ajeno o incluso como derecho de cumplir el propio deber.
>
> Con relación a la protección contra actos de la Administración, cabe aclarar que al concesionario o delegatario, como tal, solo le es exigible un accionar en esa calidad, es

[211] OYARTE MARTÍNEZ, Rafael, *El amparo contra particulares,* Revista Judicial de Ecuador, en www.derechoecuador.com.

> decir, solo se le puede exigir el cumplimiento de lo que se encuentra obligado por el ordenamiento jurídico. De tal forma, se mantiene entonces el amparo limitado a proteger derechos subjetivos constitucionales frente a actos de la administración realizados directamente por el Estado o indirectamente a través de delegatarios o concesionarios de servicio público, obra pública o de dominio público. A través de la concesión los particulares obran a nombre del Estado, participan en la cosa pública con un status activo, en términos de Jellinek.[212]

238.2. A diferencia de otros modelos, por ejemplo el argentino, el amparo divide las aguas cuando se trata de pedir la protección de un derecho o libertad amenazado o alterado, respecto del caso de cuestionar la inconstitucionalidad de una ley. En el primer caso se trata de resguardar con activismo la tutela de los derechos humanos; mientras que en el segundo, son temas de legalidad fundamental las que determinan la diferencia de trámite.

Vigente la Ley de Control Constitucional —hoy derogada—, el uso del art. 95 de la Constitución anterior fue producto de muchas desinteligencias y desacuerdos. La tendencia fue dar un uso restricto y limitado al amparo, para autorizar la vía únicamente cuando existía "un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho humano consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente"; o sea, cuando se origina en la violación del derecho subjetivo o personal que tiene un individuo como los de inviolabilidad de la vida y del domicilio, la libertad, el derecho a la honra, el derecho a la libertad de opinión, la libertad de conciencia, y los demás mencionados por el actualmente derogado artículo 23 de la Constitución.

239. El procedimiento

239.1. El procedimiento varía según se trate de una acción ordinaria de protección, respecto del caso previsto en el art. 94 constitucional que, con el nombre de "*acción extraordinaria de protección"* dispone:

> La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

239.2. La acción de protección común es un remedio constitucional de actuación inmediata y plena. No tiene subordinación ni subsidiariedad de tipo procesal, siendo el único limitante que la pretensión verse sobre la vulneración de derechos constitucionales.

---

[212] OYARTE MARTÍNEZ, ob. cit., *passim*.

El acto lesivo de atención atiende: *a)* la afectación directa del accionante; *b)* la amenaza cierta; *c)* la privación de derechos;[213] *d)* la inejecución de libertades.

Cuando el ejecutor es un particular o una autoridad ejercida por persona privada se requiere daño trascendente (violación del derecho que provoque daño grave, dice la Constitución).

En estos casos, corresponde atender si el sujeto pasivo presta servicios públicos impropios, o actúa por delegación o concesión, y la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

239.3. Por ello, el centro neurálgico es la *legitimación procesal* que, según el art. 86 inciso 1° de la Constitución vigente, le corresponde a cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.

En consecuencia, tienen capacidad de obrar activa los agraviados por el acto u omisión proveniente de un órgano público. La mención de "personas" que alude el art. 86 comprende a personas "físicas" o naturales, sean nacionales o extranjeras, así como las personas "morales" o jurídicas, de derecho privado, y las de derecho público u oficiales cuando no actúan en base a su facultad de imperio o autoridad (imbuida de atributos como la unilateralidad, la imperatividad y la coercibilidad) y actúa como particular que ha sido afectado en sus derechos.

> Se ha sostenido en el pasado e incluso ahora hay quienes sostienen que únicamente las personas naturales son las llamadas a presentar una acción de amparo, porque ellas son las titulares de los derechos subjetivos fundamentales garantizados por la Carta Política. Este criterio ha ido cediendo su paso frente a las nuevas corrientes sobre esta garantía constitucional y el propio Tribunal Constitucional (hoy Corte), se ha pronunciado en el sentido que la Constitución Política anterior, en el Art. 95, no hacía ningún tipo de exclusión ni discriminación respecto de las personas jurídicas, por tanto, la acción de amparo constitucional se puede ejercer por las personas físicas o naturales sean éstas nacionales o extranjeras; así como las personas morales o jurídicas de derecho privado.[214]

La Constitución actual no se refiere como la anterior a los sujetos que pueden presentar la acción de amparo, dejando el campo abierto a cualquier persona y con las garantías especiales que surgen de los arts. 75 y 76 de la carta suprema del Estado.

No obstante, la permisión de amparo a las "comunidades", "pueblos" o "nacionalidades", tiene en nuestra interpretación, una dimensión tuitiva que despoja la relación entre sujetos y derechos, para atender la proximidad del daño con la esfera de perjudicados.

---

[213] El art. 85 inciso 2° de la Constitución, en armonía con el art. 88, permite deducir el amparo "[…] Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto".

[214] Pólit Montes de Oca, Berenice, "La legitimación activa en la acción de amparo constitucional", *Revista Judicial de Ecuador*, en www.derechoecuador.com

Como dijo Pólit Montes de Oca, analizando la ley fundamental derogada:

> [...] no puede circunscribirse el concepto de colectividad o de interés comunitario a los beneficiarios de los derechos colectivos o difusos contenidos en el Título III, Capítulo 5 de la Constitución Política, esto es a los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos, a los defensores del medio ambiente o a los consumidores. Interpretarse de esta manera restringiría el ámbito de su aplicación y violentaría el más alto deber del Estado que establece que: *En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia*.[215]

239.4. En el amparo contra particulares el daño previsto puede ser inminente, siempre que se pueda demostrar algo más que una simple conjetura o presunción. Inclusive, las medidas cautelares autónomas pueden funcionar en la especie como una cobertura asistencial del riesgo posible.

Por tanto, sostiene la doctrina que:

> [...] no es necesario que el daño se haya causado, es suficiente la existencia de la presunción de que el daño puede causarse, y tanto cuando se ha causado o se pueda causar, el juez que tramita la acción de protección, tiene las más amplias facultades para tomar las medidas cautelares conjunta o Independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.[216]

239.5. La competencia para conocer y resolver la acción de protección ordinaria le corresponde al juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión; aunque puede ser, también, a opción del demandante el del lugar donde se producen los efectos del acto lesivo.

239.6. El procedimiento es sencillo, rápido y eficaz. La oralidad se impone para las actuaciones, así como la celeridad y claridad en las resoluciones que se adopten. Los plazos tradicionales se deben abreviar, así como los tiempos hábiles para realizar actuaciones válidas. Todos los días y las horas son hábiles.

No se admiten dilaciones, siendo indebidas y en el marco de la violación al derecho al plazo razonable (arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos) cuando ellas suceden sin justificación.

239.7. El patrocinio letrado no es obligatorio, pero el art.76 inciso *g)* de la constitución dice: "En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor".

---

[215] PÓLIT MONTES DE OCA, Berenice, "La legitimación activa en la acción de amparo constitucional", *Revista Judicial de Ecuador*, en www.derechoecuador.com

[216] OYARTE MARTÍNEZ, Rafael, "El amparo contra particulares", *Revista Judicial de Ecuador*, en www.derecho ecuador.com

Lo cual, aunque la norma parece referir al proceso penal, no se puede descartar al encontrarse en el terreno del capítulo general (Capítulo Octavo) referido a los "derechos de protección".

239.8. Una vez presentada la acción, el *a quo* del lugar en el que se origina el acto o la omisión, o donde se producen sus efectos, convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para que sean recabadas dichas pruebas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.

Cumplida la actuación se resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de algún derecho consagrado en la Constitución, deberá declararla, así como ordenar la reparación integral, material e inmaterial, además de especificar e individualizará las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

239.9. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte Provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de los servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar.

La ley actual corrige una omisión constitucional que estaba diluida, de manera que hoy, ante la inejecución hay responsabilidad pública; y si es de particular la omisión, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

Sección 6ª El amparo en Venezuela

240. Antecedentes

240.1. La Constitución venezolana de 1961 introdujo en el art. 49 una somera mención sobre el derecho de todo habitante de la república al goce y ejercicio de los derechos y garantías establecidos, acordándoles un procedimiento, breve y sumario, siendo potestad del juez competente restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

En la Constitución Bolivariana de 1999, se produce la incorporación expresa. El artículo 27 dice:

> Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.
>
> El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.
>
> La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.
>
> El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

240.2. Vigente la Constitución de 1961 la figura del amparo solo fue mencionada sin reglamentación especial. Justamente la exposición de motivos había dicho que: "[…] En cuanto al amparo se establece solamente el principio general, para que la Ley lo reglamente; pero a fin de no dejar en suspenso su eficacia hasta la promulgación de la ley respectiva, se consagra en las Disposiciones Transitorias el derecho de *habeas corpus*, reglamentándolo de manera provisional".

El mencionado art. 49 de la Constitución de 1961 se completó con la Disposición Transitoria Quinta que señaló "[…] el amparo de la libertad personal, hasta tanto se dicte la Ley especial que lo regule conforme a lo previsto en el art. 49 de la Constitución, procederá de acuerdo con las normas siguientes…".

La interpretación que inicialmente se diera a las normas citadas, fue en el sentido de que el constituyente establezca una vía jurisdiccional sumaria para restablecer la situación de las personas lesionadas por la violación de los derechos y garantías que la Constitución consagra, la cual debería estar regulada por una ley especial y, hasta tanto ésta no fuese dictada, transitoriamente, uno de los derechos consagrados, el de la liberad personal, quedaba protegido por un procedimiento específicamente concebido para tales fines, denominado recurso de *habeas corpus,* que debía ventilarse ante los jueces penales.[217]

240.3. La idea fue muy criticada. La doctrina más autorizada sostuvo que la Constitución de 1961 no había posibilitado un proceso subsidiario y contingente, sino un auténtico "derecho de amparo", que no era, por tanto, ni una "acción" ni un "recurso". La creación constitucional estaba referida a una "garantía" subsidiaria a las demás que contiene la Norma constitucional.

En efecto, Brewer Carías sostiene que esta característica:

> [...] se configura como un deber de los tribunales de amparar a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos. Por eso inicia el art. 49 afirmando que "los tribunales de justicia *ampararán*" ... Pero a pesar de esta multiplicidad de vías de protección judicial de los derechos y garantías constitucionales que aseguran el "el derecho de amparo" previsto en la Constitución, es indudable que dado el carácter omnicomprensivo de la protección que "en conformidad con la ley" establece el texto fundamental, para que aquel derecho de amparo sea realmente efectivo, resulta necesario identificar una "acción de amparo" de carácter subsidiario, que procedería sólo si no hay esos otros medios jurisdiccionales de protección y amparo de los derechos y garantías constitucionales legalmente previstos, es decir, formalmente establecidos por la ley.[218]

Cabe recordar que en aquella constitución, el control del principio de la supremacía tiene varias vías; no solo mediante la aplicación de los dos sistemas de fiscalización (difuso y concentrado), sino, esencialmente, por las herramientas que se confieren con el amparo y la revisión de sentencias.

240.4. El amparo cobró así una función más amplia de la prevista, y con la ley *Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales* firmada el 18 de diciembre de 1987 se consolidó la figura.

De todos modos había logrado consenso jurisprudencial desde 1983 (caso *Andrés Velázquez*)[219] con la aclaración de que el proceso tenía como misión central custodiar los derechos y recién después obrar el control de constitucionalidad. Más adelante

---

[217] RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Amparo Constitucional,* Arte, Caracas, 1988, p. 51.

[218] BREWER CARÍAS, Allan R., "El derecho de amparo y la acción de amparo", en *Revista de Derecho Público*, n° 22, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985 pp. 51 y ss.

[219] Este fallo puede consultarse en ORTIZ ÁLVAREZ, Luis y HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia de amparo constitucional* (1969 ~ 2004), Sherwood, Caracas, 2004, pp. 64 y 65.

se consigue ocuparlo como un control de los derechos fundamentales,[220] sobre la base de interpretar el art. 27 de la Constitución.

El amparo revisa el acople de los derechos afectados sin tener que encontrarlos expresamente previstos en la Ley, la Constitución o los Tratados Internacionales, o que hayan sido dictados o llevados a cabo por el Estado o por particulares. El control que se hace en el amparo es inmediato para con los derechos y mediato para con la norma. Pero hay que precisar otro aspecto sobre este control.

Se habla de un control de los derechos fundamentales y no de la constitucionalidad, debido a que lo contrario ha dado pie a un criterio sobre la procedencia del amparo muy criticable: La violación directa de la Constitución. Según éste para que proceda un amparo tiene que violarse una norma expresa de la Constitución (916/2004 del 17/05, caso Francisco Ameliach).

240.5. De esta forma, la función natural del amparo se posterga o relega, porque se lo deja en actuación mediata sin atender que el artículo 27 de la Constitución dispone el amparo para asegurar "el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales".

Cuando se sanciona la ley orgánica referida, pareció quedar aclarado que la finalidad era consagrar una acción destinada a restablecer el derecho lesionado; sin que ello perturbe la posibilidad de acumular la pretensión a otras acciones como: *a)* el amparo ejercido conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad; *b)* el amparo propuesto con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos, o contra la conducta omisiva de la Administración (acción de abstención o negativa); y *c)* el amparo hecho valer simultáneamente con el ejercicio de acciones ordinarias o especiales.[221]

240.6. Con la Constitución de 1999 se agrega la *revisión* de sentencias firmes de amparo constitucional y aquellas que hubiesen obrado en control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República.

No obstante, explica Brewer Carías,[222] a quien seguimos plenamente en la lectura del caso:

> [...] Para que la Constitución tenga plena efectividad, en el texto mismo de ella se regula todo un sistema de justicia constitucional, mediante la asignación a todos los jueces de la República, en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, de la obligación "de asegurar la integridad de la Constitución" (art. 334). En consecuencia, la justicia constitucional, como competencia judicial para velar por la integridad y supremacía de la Constitución, en Venezuela se ejerce por todos los jueces y no sólo por el Tribunal Supremo de Justicia, en cualquier causa o proceso que

---

[220] HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo, *El amparo constitucional: Control de los derechos fundamentales,* Sherwood, Caracas, 2004, pp. 73 y ss.

[221] RONDÓN DE SANSÓ, ob. cit., p. 67.

[222] BREWER CARÍAS, Allan R., *El sistema de la justicia constitucional en la Constitución de 1999,* Edtora Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 25 y ss.

conozcan y, además, en particular, cuando conozcan de acciones de amparo o de las acciones contencioso administrativas al tener la potestad para anular actos administrativos por contrariedad a la Constitución (como forma de contrariedad al derecho) (art. 259) [...].

En la Constitución de 1999 la institución del amparo ha quedado consolidada como un derecho constitucional y, en consecuencia, como una obligación de todos los tribunales de amparar, en el ámbito de su competencia, a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales. En tal sentido y dentro de la orientación que tenía el artículo 49 de la Constitución de 1961, en el artículo 27 de la Constitución de 1999 se estableció que: *Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos, aún de aquellos inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*.

Además, en la Constitución de 1999 se incorporó expresamente la institución de la acción de *habeas data* [...]. Ahora bien, en el caso de la acción de amparo constitucional, la Constitución precisó además, expresamente, que el procedimiento debe ser oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, teniendo el juez competente potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella; para lo cual todo tiempo debe ser hábil y el tribunal lo debe tramitar con preferencia a cualquier otro asunto. En consecuencia, conforme a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los tribunales competentes para conocer de dichas acciones actúan como jueces constitucionales, incluso en los casos en los cuales las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia conocen de acciones de amparo constitucional en única instancia o en apelación.

La Constitución de 1999, en consecuencia no derogó tácitamente, en forma alguna, la Ley Orgánica de Amparo, la cual continúa vigente. Sin embargo, la Sala Constitucional, al interpretar el artículo 27 de la Constitución ha introducido algunas *reformas* a la Ley Orgánica, en forma totalmente irregular pues la Jurisdicción Constitucional no puede ser un *legislador positivo*. Estas modificaciones a la Ley Orgánica se han producido en diversas materias.

A. *El problema de la "concentración" de la competencia en materia de amparo en la Sala Constitucional*: En primer lugar, en el campo de las competencias de las Salas del Tribunal Supremo en materia de amparo. En efecto, constitucionalmente, todas las Salas del Tribunal Supremo son competentes conforme a la Ley Orgánica de Amparo, para conocer de acciones de amparo. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en sentencia del 20-01-2000 dictada con motivo de decidir la admisibilidad de una acción de amparo (Caso: Emery Mata Millán vs. Ministro del Interior y Justicia y otros), interpretó erradamente los principios constitucionales y resolvió:

> [...] concentrar en la propia Sala Constitucional, las competencias para conocer de las acciones de amparo que venían conociendo las otras Salas, en única instancia contra altos funcionarios nacionales (art. 8 Ley Orgánica de Amparo); o contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal; o las apelaciones o consultas de las sentencias dictadas por esos mismos Tribunales cuando conocieran de acciones de amparo en primera instancia.

La apreciación de la Sala Constitucional sobre el ámbito de la jurisdicción constitucional que se adopta por la Sala Constitucional comenzó por constatar el ámbito de la Jurisdicción Constitucional, que:

> En la recientemente promulgada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se creó el Tribunal Supremo de Justicia; a este Tribunal, por intermedio de su Sala Constitucional, le corresponde, conforme a lo dispuesto en el último aparte del artículo 266 de la Constitución, ejercer la jurisdicción constitucional. Además, las interpretaciones que haga la Sala Constitucional, en ejercicio de esa jurisdicción, son de carácter vinculante para las otras Salas de este Supremo Tribunal y demás Tribunales de la República (como se desprende del contenido del artículo 335).

La Sala Constitucional, en la sentencia, además de precisar el ámbito de la Jurisdicción Constitucional, afirmó su competencia para conocer de la materia de amparo, así:

> La jurisdicción constitucional comprende, entre otros asuntos, no sólo declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa o inmediata de la Constitución o que tengan rango legal (artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también la revisión de las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva (numeral 10 del artículo 336 de la Constitución).

Sobre la vigencia inmediata de los preceptos orgánicos de la Constitución la Sala Constitucional, en la mencionada sentencia, para afirmar su competencia en materia de amparo consideró sobre la aplicación inmediata de las normas orgánicas de la Constitución, señaló que:

> Si bien es cierto, que la Constitución dispone la promulgación de una Ley Orgánica para regular el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es principio aceptado en la doctrina constitucional, que los preceptos orgánicos son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos, y, en particular, por los órganos a los que la disposición constitucional se refiere. Exista o no las normas que desarrollen la regulación constitucional, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por lo tanto, establece pautas para el funcionamiento del órgano al que se refiera la norma constitucional. En consecuencia aún cuando no haya sido dictada la ley que desarrolle el precepto constitucional, la disposición contenida en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es de aplicación inmediata por la Sala Constitucional.

Con fundamento en lo antes señalado, en la sentencia de 20-01-00, la Sala Constitucional estableció que ha sido facultada por la Constitución en materia de amparo de la siguiente forma:

> Para: *a)* La apreciación de la Sala Constitucional sobre el ámbito de la jurisdicción constitucional. La Sala señaló, en cuanto a su competencia general en la materia, lo siguiente: Por ser función de esta Sala, según el artículo 335 de la Constitución, la interpretación de dicha Carta Magna, es claro que la materia de su conocimiento abarca las infracciones constitucionales, como lo demuestran las atribuciones, que la Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela otorga a la Sala Constitucional en su artículo 336. Esta circunstancia la convierte en la Sala que por la materia tiene la competencia para conocer, según el caso, de las acciones de amparo constitucional propuestas conforme a la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Por otra parte, debido a su condición de juez natural en la jurisdicción constitucional, la competencia que contempla el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales ha desaparecido, ya que la materia constitucional corresponde a esta Sala (téngase presente que la creación de una Sala con competencia constitucional, origina un criterio orgánico para delimitar la competencia en el cual se encuentran comprendidos, necesariamente, todos los asuntos relacionados con la Constitución).

Con fundamento en los razonamientos anteriores, la Sala Constitucional declaró que la competencia expresada en los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales se distribuirá así: *i)* La competencia de la Sala Constitucional en única instancia. *ii)* En cuanto a la competencia para conocer de acciones de amparo en única instancia que Ley Orgánica atribuía a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Constitucional en la citada sentencia señaló:

1. Corresponde a la Sala Constitucional, por su esencia, al ser la máxima protectora de la Constitución y además ser el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el conocimiento directo, en única instancia, de las acciones de amparo a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, incoadas contra los altos funcionarios a que se refiere dicho artículo, así como contra los funcionarios que actúen por delegación de las atribuciones de los anteriores. Igualmente, corresponde a esta Sala Constitucional, por los motivos antes expuestos, la competencia para conocer de las acciones de amparo que se intenten contra las decisiones de última instancia emanadas de los Tribunales o Juzgados Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal que infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales.

2. Asimismo, corresponde a esta Sala conocer las apelaciones y consultas sobre las sentencias de los Juzgados o Tribunales Superiores aquí señalados, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, cuando ellos conozcan la acción de amparo en Primera Instancia.

En cuanto a la competencia de los Tribunales de Primera Instancia en materia de amparo, la Sala Constitucional dispuso que les corresponde la materia relacionada o afín con el amparo, el conocimiento de los amparos que se interpongan, distintos a los expresados en los números anteriores, siendo los Superiores de dichos Tribunales quienes conocerán, las apelaciones y consultas que emanen de los mismos, de cuyas decisiones no habrá apelación ni consulta.

En materia penal, cuando la acción de amparo tenga por objeto la libertad y seguridad personales, será conocida por el Juez de Control, a tenor del artículo 60 del Código Orgánico Procesal Penal, mientras que los Tribunales de Juicio Unipersonal serán los competentes para conocer los otros amparos de acuerdo la naturaleza del

derecho o garantía constitucional violado o amenazado de violación, que sea afín con su competencia natural.

Explica Brewer Carías que:

> [...] a pesar de la restricción que la Sala impuso sobre la competencias de amparo, en cuanto al control difuso de la constitucionalidad la Sala señaló lo siguiente:
>
> Reconoce esta Sala que a todos los Tribunales del país, incluyendo las otras Salas de este Supremo Tribunal, les corresponde asegurar la integridad de la Constitución, mediante el control difuso de la misma, en la forma establecida en el artículo 334 de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela, pero ello no les permite conocer mediante la acción de amparo las infracciones que se les denuncian, salvo los Tribunales competentes para ello que se señalan en este fallo, a los que hay que agregar los previstos en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales...
>
> Dentro de la interpretación de las normas constitucionales que puede realizar esta Sala, conforme al citado artículo 335, se encuentra, como se dijo, el establecer el contenido y alcance de las normas constitucionales, por lo que normas que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, quedan sin efecto alguno, y así se declara.[223]

En cuanto al ejercicio conjunto de la acción de amparo con la acción contencioso administrativo de nulidad prevista en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo, la Sala en la antes mencionada sentencia señaló lo siguiente:

> Consecuente con la doctrina sobre la competencia que la Sala desarrolla en este fallo, así como con el principio antes expuesto que las leyes cuyos artículos no colidan con la Constitución, continúan vigentes, pasa la Sala a interpretar la competencia de los tribunales que deban conocer los amparos previstos en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Dicho artículo, a juicio de esta Sala, no colide con la Constitución. Y por lo tanto, tiene plena vigencia, y según él, las acciones de amparo pueden ejercerse conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad de actos administrativos o contra las conductas omisivas. Al estar vigente el citado artículo 5°, surge una excepción a la doctrina sobre la competencia en materia de amparo, contenida en este fallo, y es que los tribunales, incluyendo las Salas de este Supremo Tribunal, que conozcan de procesos de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, o contra negativas o abstenciones de la Adminis tración, mediante recursos contenciosos administrativos, podrán a su vez conocer de los amparos previstos en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, siempre que el recurso de nulidad o por abstención de la Administración, no se funde en una infracción directa e inmediata de la Constitución, y siempre que la acción de amparo no se encuentre caduca.

Resultado de la doctrina que se expone, es que las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia que conocen amparos que no se han ejercido conjuntamente con recursos contenciosos administrativos, remitirán a esta Sala las acciones de

---

[223] BREWER CARIAS, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, cit., p. 33.

amparo que venían tramitando, mientras que la Sala Político- Administrativa y la Sala Electoral seguirán conociendo los amparos que se ejercieron o se ejerzan conjuntamente con el recurso contencioso administrativo o electoral de anulación de actos o contra las conductas omisivas.

241. Vigencia de la ley de amparo

241.1. El poder legisferante que se atribuye la Sala Constitucional le ha permitido derogar implícitamente la ley de amparo constitucional y dar a través de una sentencia una regulación nueva.

Por ejemplo, en materia de *amparo como acción autónoma*, la Sala Constitucional dice desde las primeras sentencias de 2000, cuando interpreta el artículo 27 de la Constitución, que regula la acción de amparo y procede a "adaptar" el procedimiento regulado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Así, en la sentencia Nº 7 de 01-02-2000 (Caso *José A. Mejía y otros*), la Sala, teniendo en cuenta que por mandato del artículo 27 de la Constitución el procedimiento de la acción de amparo constitucional "será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades"; siendo las características de oralidad y ausencia de formalidades que rigen estos procedimientos, las que permiten que la autoridad judicial restablezca inmediatamente, a la mayor brevedad, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella; y considerando que el artículo 27 de la Constitución es de aplicación inmediata; estimó que debía "adaptar" el procedimiento de amparo establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a las prescripciones del artículo 27 de la Constitución, aplicando además, el 49 de la Constitución que impone el debido proceso, cuyos elementos deben estar presentes en el procedimiento de amparo cuyas normas procesales también deben adecuarse a dicha norma, de manera que:

> …el agraviante, tiene derecho a que se le oiga a fin de defenderse, lo que involucra que se le notifique efectivamente de la solicitud de amparo; de disponer del tiempo, así sea breve, para preparar su defensa; de la posibilidad, que tienen todas las partes, de contradecir y controlar los medios de prueba ofrecidos por el promovente, y por esto el procedimiento de las acciones de amparo deberá contener los elementos que conforman el debido proceso".

Como consecuencia de esta orientación

> […] la Sala Constitucional, obrando dentro de la facultad que le otorga el artículo 335, de establecer interpretaciones sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, las cuales serán en materia de amparo vinculantes para los tribunales de la República, interpreta los citados artículos 27 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con el procedimiento de amparo previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, distinguiendo si se trata de amparos contra sentencias o de los otros amparos, excepto el cautelar, de la siguiente forma.

242. El procedimiento en la acción de amparo que no sea contra sentencias. Inicio del procedimiento

241.1. De acuerdo con la sentencia Nº 7 de la Sala Constitucional:

a) Con relación a *los amparos que no se interpongan contra sentencias,* tal como lo expresan los artículos 16 y 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el proceso se iniciará por escrito o en forma oral conforme a lo señalado en dichos artículos;

b) *La indicación, con la solicitud, de los medios de prueba.* La sentencia de la Sala Constitucional agrega que:

> …pero el accionante además de los elementos prescritos en el citado artículo 18 deberá también señalar en su solicitud, oral o escrita, las pruebas que desea promover, siendo esta una carga cuya omisión produce la preclusión de la oportunidad, no solo la de la oferta de las pruebas omitidas, sino la de la producción de todos los instrumentos escritos, audiovisuales o gráficos, con que cuenta para el momento de incoar la acción y que no promoviere y presentare con su escrito o interposición oral; prefiriéndose entre los instrumentos a producir los auténticos.

c) *El principio de la libertad de medios probatorios*

En general, sobre los medios de prueba, la sentencia Nº 7 de la Sala Constitucional dispuso:

> El principio de libertad de medios regirá estos procedimientos, valorándose las pruebas por la sana critica, excepto la prueba instrumental que tendrá los valores establecidos en los artículos 1359 y l360 del Código Civil para los documentos públicos y en el artículo 1363 del mismo Código para los documentos privados auténticos y otros que merezcan autenticidad, entre ellos los documentos públicos administrativos.

242.2 *La admisión de la solicitud.* Presentada la solicitud de amparo, conforme a la sentencia de la Sala:

> Los Tribunales o la Sala Constitucional que conozcan de la solicitud de amparo, por aplicación de los artículos de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, admitirán o no el amparo, ordenarán que se amplíen los hechos y las pruebas, o se corrijan los defectos u omisiones de la solicitud, para lo cual se señalará un lapso, también preclusivo. Todo ello conforme a los artículos 17 y 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

242.2 *La citación y las notificaciones para la audiencia constitucional.* Una vez admitida la acción, de acuerdo con la sentencia de la Sala Constitucional:

> …se ordenará la citación del presunto agraviante y la notificación del Ministerio Público, para que concurran al tribunal a conocer el día en que tendrá lugar la audiencia oral, la cual tendrá lugar, tanto en su fijación como para su practica, dentro de las noventa y seis (96) horas a partir de la última notificación efectuada. Para dar cumplimiento a la brevedad y falta de formalidad, la notificación podrá ser practicada mediante boleta, o comunicación telefónica, fax, telegrama, correo electrónico, o cualquier medio de comunicación

interpersonal, bien por el órgano jurisdiccional o bien por el Alguacil del mismo, indicándose en la notificación la fecha de comparecencia del presunto agraviante y dejando el Secretario del órgano jurisdiccional, en autos, constancia detallada de haberse efectuado la citación o notificación y de sus consecuencias.

242.3. *La audiencia constitucional*:

a) *La audiencia pública y oral y las pruebas del presunto agraviante.* Conforme a la sentencia de la Sala,

> En la fecha de la comparecencia que constituirá una audiencia oral y pública, las partes, oralmente, propondrán sus alegatos y defensas ante la Sala Constitucional o el tribunal que conozca de la causa en primera instancia, y esta o este decidirá, si hay lugar a pruebas, caso en que el presunto ya que este es el criterio que rige la admisibilidad de las pruebas. Los hechos esenciales para la defensa del agraviante, así como los medios ofrecidos por él se recogerán en un acta, al igual que las circunstancias del proceso.

b) *Las preguntas del Juez Constitucional.* La sentencia de la Sala señaló que "[…] los Jueces Constitucionales siempre podrán interrogar a las partes y a los comparecientes".

c) *Los efectos de la falta de comparencia a la audiencia constitucional.* La Sala, en la sentencia citada, dispuso que:

> La falta de comparecencia del presunto agraviante a la audiencia oral aquí señalada producirá los efectos previstos en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. La falta de comparencia del presunto agraviado dará por terminado el procedimiento, a menos que el Tribunal considere que los hechos alegados afectan el orden público, caso en que podrá inquirir sobre los hechos alegados, en un lapso breve, ya que conforme al principio general contenido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 14 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en materia de orden público el juez podrá tomar de oficio las providencias que creyere necesarias

d) *El régimen de litisconsorcios.* La Sala, respecto de litis consorcios, sostuvo que "[…] en caso de *litis consorcios* necesarios activos o pasivos, cualquiera de los *litis consortes* que concurran a los actos, representará al consorcio".

242.4. *Pruebas.* En relación con las pruebas, la Sala dijo que:

> El órgano jurisdiccional, en la misma audiencia, decretará cuáles son las pruebas admisibles y necesarias, y ordenará, de ser admisibles, también en la misma audiencia, su evacuación, que se realizará en ese mismo día, con inmediación del órgano en cumplimiento del requisito de la oralidad o podrá diferir para el día inmediato posterior la evacuación de las pruebas.

Sobe el desarrollo de la actividad probatoria en la audiencia la Sala estableció que:

> Cuando se trate de causas que cursen ante tribunales cuyas decisiones serán conocidas por otros jueces o por esta Sala, por la vía de la apelación o consulta, en cuanto a las

pruebas que se evacuen en las audiencias orales, se grabarán o registrarán las actuaciones, las cuales se verterán en actas que permitan al juez de la Alzada conocer el devenir proba torio. Además, en la audiencia ante el Tribunal que conozca en primera instancia en que se evacuen estas pruebas de lo actuado, se levantará un acta que firmarán los intervinientes.

El artículo 189 del Código Procedimiento Civil regirá la confección de las actas, a menos que las partes soliciten que los soportes de los actas se envíen al Tribunal Superior.

242.5. *El procedimiento no sujeto a formalidades:*

En cuanto a los principios generales del procedimiento la sentencia de la Sala confirma que:

Debido al mandato constitucional de que el procedimiento de amparo no estará sujeto a formalidades, los trámites como se desarrollarán las audiencias y la evacuación de las pruebas, si fueran necesarias, las dictará en las audiencias el tribunal que conozca del amparo, siempre manteniendo la igualdad entre las partes y el derecho de defensa. Todas las actuaciones serán públicas, a menos que por protección a derechos civiles de rango constitucional, como el comprendido en el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se decida que los actos orales sean a puerta cerrada, pero siempre con inmediación del tribunal.

242.6. *La Decisión.* Siguiendo a la Sala Constitucional se expone que:

[…] Una vez concluido el debate oral o las pruebas, el juez o el Tribunal en el mismo día estudiará individualmente el expediente o deliberará (en los caso de los Tribunales colegiados) y podrá: a) decidir inmediatamente; en cuyo caso expondrá de forma oral los términos del dispositivo del fallo; el cual deberá ser publicado íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó la decisión correspondiente. El fallo lo comunicará el juez o el presidente del Tribunal Colegiado, pero la sentencia escrita la redactará el ponente o quien el Presidente del Tribunal Colegiado decida.

El dispositivo del fallo surtirá los efectos previstos en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, mientras que la sentencia se adaptará a lo previsto en el artículo 32.

242.7 *La apelación y la consulta.* Al respecto se ordenó que:

Contra la decisión dictada en primera instancia, podrá apelarse dentro de los tres (3) días siguientes a la publicación del fallo, la cual se oirá en un só1o efecto a menos que se trate del fallo dictado en un proceso que, por excepción, tenga una sola instancia. De no apelarse, pero ser el fallo susceptible de consulta, deberá seguirse el procedimiento seguido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esto es, que la sentencia será consultada con el Tribunal Superior respectivo, al cual se le remitirá inmediatamente el expediente, dejando copia de la decisión para la ejecución inmediata. Este Tribunal decidirá en un lapso no mayor de treinta (30) días. La falta de decisión equivaldrá a una denegación de justicia, a menos que por el volumen de consultas a decidir se haga necesario prorrogar las decisiones conforma al orden de entrada de las consultas al Tribunal de la segunda instancia.

243. El procedimiento en la acción de amparo contra sentencias

243.1. Cuando el *amparo sea contra sentencias,* las formalidades se simplifican aún más y por un medio de comunicación escrita que debe anexarse al expediente de la causa donde se emitió el fallo, inmediatamente a su recepción, se notificará al juez o encargado del Tribunal, así como a las partes en su domicilio procesal, de la oportunidad en que habrá de realizarse la audiencia oral, en la que ellos manifestarán sus razones y argumentos respecto a la acción. Los amparos contra sentencias se intentarán con copia certificada del fallo objeto de la acción, a menos que por la urgencia no pueda obtenerse a tiempo la copia certificada, caso en el cual se admitirán las copias previstas en el artículo 429 del Código Procedimiento Civil, no obstante en la audiencia oral deberá presentarse copia auténtica de la sentencia.

Las partes del juicio donde se dictó el fallo impugnado podrán hacerse partes, en el proceso de amparo, antes y aún dentro de la audiencia pública, mas no después, sin necesidad de probar su interés. Los terceros coadyuvantes deberán demostrar su interés legítimo y directo para intervenir en los procesos de amparo.

La falta de comparecencia del juez que dicte el fallo impugnado o de quien esté a cargo del Tribunal, no significará aceptación de los hechos, y el órgano que conoce del amparo, examinará la decisión impugnada.

243.2. *Las nuevas normas procesales en los casos de amparo cautelar ejercido conjuntamente con otra acción.* En relación con los casos de ejercicio conjunto de la pretensión de amparo con otras acciones, la Sala Constitucional también estableció modalidades nuevas de procedimiento, en la sentencia Nº 88 de 14-03-2000 (Caso: *Ducharme de Venezuela, C.A.*), en la siguiente forma:

a) *Las modalidades de ejercicio de la acción de amparo*

La Sala comenzó indicando lo siguiente en relación con las modalidades de ejercicio de la acción de amparo:

> Observa esta Sala, que mediante la sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, del 21 de mayo de 1996, que anuló el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se establecieron las distintas alternativas de tramitación de los amparos ejercidos de forma conjunta con otras acciones, basándose para ello en la potestad consagrada en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:
>
> 1. Tramitar la solicitud de amparo constitucional de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo.
>
> 2. En caso de que la solicitud de amparo sólo tenga por objeto la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, darle el mismo tratamiento de beneficio que la suspensión de efectos prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
>
> 3. Si la solicitud de amparo tiene por objeto la obtención de una medida cautelar de las previstas en el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, tramitarla de conformidad con lo previsto en el Título II del Libro Tercero de dicho Código. No obstante, se observa que la potestad prevista en el artículo 102 de la Ley Orgánica de

la Corte Suprema de Justicia otorgada al juez Contencioso Administrativo, le permite a éste la aplicación de otros procedimientos de acuerdo a la naturaleza del caso y a las exigencias de la protección constitucional. (Subrayado de la Sala).

Con fundamento en la sentencia parcialmente transcrita, en concordancia con el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia, y atendiendo a los principios procesales consagrados en la nueva Constitución que se inspira en lograr la preservación de la tutela judicial efectiva y una pronta decisión a los asuntos sometidos a los órganos jurisdiccionales (artículo 26), esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia establece el siguiente procedimiento para tramitar *las acciones de nulidad interpuestas conjuntamente con medida cautelar de amparo*:

LA ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN PRINCIPAL

La Sala ha establecido, como primer aspecto, la necesidad de que el juez se pronuncie sobre la admisibilidad de la acción principal, indicando lo siguiente:

1. Una vez recibida en esta Sala la acción de nulidad, interpuesta conjuntamente con amparo constitucional, el Juzgado de Sustanciación de la Sala decidirá mediante auto sobre la admisibilidad de la acción principal, a menos que por la urgencia del caso la Sala decida pronunciarse sobre la admisión de la misma, supuesto en que también la Sala se pronunciará sobre el amparo ejercido conjuntamente con la referida acción de nulidad.

2. En caso de que se declare inadmisible la acción principal, se dará por concluido ejercicio y se ordenará el archivo del expediente.

b) *El cuaderno separado para la decisión del amparo cautelar.* Admitida la acción principal, de acuerdo con lo indicado por la Sala:

3. …en el mismo auto se ordenará abrir cuaderno separado en el cual se designará Ponente, a los efectos de decidir sobre el amparo constitucional

4. El procedimiento de nulidad continuará su trámite por ante el Juzgado de Sustanciación, y la Sala decidirá sobre la procedencia o no del amparo constitucional.

c) *La decisión sobre la pretensión y de amparo cautelar y convocatoria a la audiencia constitucional*

De acuerdo con la sentencia de la Sala, En el caso que se acuerde el amparo se le notificará de dicha decisión al presunto agraviante, para que, si lo estima pertinente, formule oposición contra la medida acordada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación, supuesto en el cual se convocará para una audiencia oral y pública que se efectuará en el tercer (3°) día siguiente a la formulación de la oposición, a fin de que las partes expongan sus alegatos. En el auto en el que se fije la celebración de la audiencia oral y pública, se ordenará la notificación del Ministerio Público.

d) *La decisión sobre el amparo luego de la audiencia*

De acuerdo con la sentencia antes citada, una vez concluido el debate oral, la Sala en el mismo día deliberará, y podrá:

a) Pronunciarse inmediatamente sobre la oposición, en cuyo caso se expondrá de forma oral los términos de la decisión, la cual deberá ser publicada íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó aquélla.

b) Diferir la audiencia oral por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho (48) horas por estimar que es necesario la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental para decidir el caso, o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público.

243.3. Los *efectos de la sentencia de amparo* se explanan al final sosteniendo que "[…] la decisión recaída sobre el amparo constitucional en nada afecta la tramitación de la causa principal".

Capítulo IX

La acción de inconstitucionalidad

Sección 1ª La acción de inconstitucionalidad en Argentina

244. Introducción

244.1. La acción de inconstitucionalidad es un proceso constitucional. Esta naturaleza puede ser *directa* cuando el proceso que se inicia tiene como destino esa finalidad específica (*v. gr.:* demanda de *amparo* en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional Argentina; *habeas corpus* —art. 6 de la ley 23.098— que faculta plantear la cuestión de oficio o a pedido de parte), o *derivada*, si la causa constitucional se interpone como *defensa*, *excepción* o *incidente* dentro de un proceso de conocimiento (*v. gr.:* planteo de inconstitucionalidad de una ley sobre la que se funda la demanda). También actúa como *recurso* (*v. gr.: recurso de inconstitucionalidad* deducido contra la sentencia dictada en un proceso donde se haya controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución Nacional o local y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema [art. 299, código procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires]; o el propio *recurso extraordinario federal* del art. 14 de la ley 48, o el que con ese nombre se plantea ante la Cámara Nacional de Casación Penal).

244.2. En todos los casos el control del principio de supremacía constitucional es idéntico, pero pueden cambiar las reglas del debate conforme sea el modelo de procedimiento. Por ejemplo, cuando se deduce un *juicio de amparo* contra el acto lesivo que se reputa anticonstitucional (pudiendo el juez en el caso, declarar la inconstitucionalidad de la norma) el objeto del proceso es el acto o la omisión contrario a un derecho sostenido por la Norma Fundamental o un Tratado a ella incorporado con jerarquía tuitiva para la protección y defensa de los derechos humanos. La pretensión persigue que se atienda de inmediato el problema de derecho, postergando las cuestiones de legitimación, ante lo manifiestamente arbitrario o ilegítimo del proceder público o del particular cuestionado. La prueba puede ser innecesaria, precisamente por lo ostensible del hecho que se denuncia, y la eficacia de la sentencia, hasta encuentra la posibilidad de ser extensiva a terceros, o inclusive más allá, si se le confiere efectos "*erga omnes*".

En cambio, si el conflicto de constitucionalidad se articula en un proceso ordinario, las formas del procedimiento no pueden cambiar, aunque la atención sobre el foco de ilegitimidad sea propicio para que el juez trabaje con funciones distintas

a las de la bilateralidad pura, que significa imponer cargas, deberes y obligaciones a quien lo promueve, de modo tal que si el perjuicio constitucional no se demuestra de manera clara e inequívoca, la declaración peticionada no será procedente.

244.3. Entre ambas situaciones aparece un tercer modelo de procedimiento que escapa de las figuras típicas que tienen los arquetipos anteriores que se resuelven con sentencias de condena. En efecto, dice el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, con el título "*acción meramente declarativa*" que:

> Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente [...].

La figura apunta a esclarecer "estados de incertidumbre", que por vía de principio, son proclives a generar inseguridad jurídica e imprevisión sobre efectos no pensados al tiempo de contratar. La acción que se presenta como "*meramente declarativa*" pareciera así acotar el reducto de actuación a tres objetivos precisos: *a)* verificar si la relación jurídica existente se aplica a la convención entre partes (*v. gr.:* obligaciones que asume el concesionario de una obra pública que se quieren extender a los contratos con subconcesionarios); *b)* establecer el alcance de dicha relación jurídica (*v. gr.:* saber si la obligación fiscal que se origina es aplicable a todos quienes contraten en una provincia o localidad determinada); y *c)* determinar las modalidades para ejecutar o cumplir la convención entre partes (*v. gr.:* deber de prestación en especie o satisfacción líquida, etc.).

244.4. En este esquema, son presupuestos de admisión que exista un claro perjuicio o lesión al actor, y que éste no tuviera otro medio legal para remediarlo.

Pero la acción de certeza que promueve una sentencia declarativa de esclarecimiento para la relación jurídica que se muestra difusa en cuanto a la existencia, alcance o modalidades, ha trascendido el espacio de la convención privada, para encontrar otro destino en el derecho público.

Ello sucede cuando la fluctuación o perplejidad viene dada por la ley, decreto, ordenanza, reglamento o cualquier acto administrativo que quiere incidir en el derecho de las partes; en cuyo caso, a la primera necesidad de esclarecer el estado de incertidumbre se agrega el interrogante sobre la constitucionalidad de aquello que en sí mismo es un acto contrario a derecho. De este modo, al resolver con la sentencia meramente declarativa, puede el juez, simultáneamente, disponer la inconstitucionalidad correspondiente.

Pero esta conclusión no es tan simple y exige más precisiones.

245. Antecedentes

245.1. La acción declarativa de certeza se introduce en el código procesal civil y comercial de la Nación con la reforma de la ley 17.454. Sustituye al "*juicio de jactancia*", pero lo redacta de manera confusa ocasionando innumerables perturbaciones.

Dice Alsina que:

> [...] la acción de jactancia es acordada contra toda persona capaz de ser demandada y que, fuera de juicio, se hubiera atribuido derechos propios a bienes que constituyen el patrimonio de un tercero.[224] Como se ve el objeto de la pretensión tiende a evitar que otro se atribuya derechos que no le corresponden, característica que no coincide con el objeto actual de la acción de certeza, y menos aun con el sentido antes previsto que hoy se consigue por medio de otras acciones y procedimientos.

245.2. En sus orígenes hubo disposiciones similares en el derecho romano (como la Ley *Diffamari* que referencia Chiovenda), pero recién en la Edad Media amplía sus objetivos transformándose en un procedimiento destinado a conminar al jactancioso a demandar dentro de un plazo judicialmente establecido el derecho que se atribuye y que otro considera que le pertenece.

La acción, dice Sentís Melendo:

> [...] se extendió a reprimir las calumnias y las difamaciones a la reputación o a la condición social de alguno; y se llegó, por analogía, a ejercitar a su amparo y bajo su forma las acciones particulares y, en particular, las relativas a créditos. Se hizo gran uso de la acción de jactancia por los estudiantes de Bolonia; unas veces se dirigía contra quien verdaderamente se había jactado de poseer contra ellos un crédito; y otras la demanda, representando una ficción, trataba exclusivamente de conseguir una sentencia que pusiera de manifiesto que contra el demandante no se había formulado o no había prosperado reclamación alguna.[225]

No puede pasar inadvertido el impacto de esta pretensión que intima a promover una demanda a quien invoca un derecho que otro resiste. De alguna manera es un contrasentido contra los principios procesales (*v. gr.:* principio dispositivo), que lleva a sostener que:

> [...] no es un proceso que normalmente se baste a sí mismo para satisfacer el interés del actor, ya que puede ser necesario un segundo proceso, con evidente violación del principio de economía procesal. El demandado está obligado a asumir el carácter de actor y suministrar una prueba para la cual quizás no se halla preparado; más aún, se le fuerza a deducir una acción antes de vencido el plazo o de cumplida la condición, al solo efecto de conservar su derecho, que deberá hacerlo valer oportunamente en un tercer juicio.[226]

---

[224] "Ordinariamente, la acción se ejerce por quien pretende tener derecho contra otra persona a fin de obtener la declaración de su existencia, y, en su caso, la ejecución forzada en sus bienes. Puede ocurrir, no obstante, que sin contradecir mi derecho, ni ejecutar actos materiales, sobre mis bienes, alguien se atribuya un crédito contra mí, o la propiedad de una cosa que poseo, o un derecho respecto de ella. ¿Cómo puedo poner término a esa situación de incertidumbre sobre la integridad de mi patrimonio, obteniendo un pronunciamiento judicial que establezca la inexistencia de la obligación o del derecho que se pretende?. El código de procedimiento legisla para ese efecto el juicio de jactancia, mediante el cual es posible provocar al jactancioso para que dentro de un término dado deduzca las acciones a que se crea con derecho, bajo apercibimiento de guardar perpetuo silencio" (ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* Tomo VI, Ediar, Buenos Aires, 1963, pp. 25 y ss.)

[225] SENTÍS MELENDO, Santiago, "El juicio de jactancia", *Revista de Derecho Procesal*, 1943-II, pp. 123 y ss.

[226] ALSINA, *Tratado teórico práctico...,* tomo VI, cit., p. 31.

Chiovenda los llamaba "*procesos provocatorios*", que formaban parte del elenco de acciones de declaración de certeza de extracción germana, pero apoyadas en fuentes mal interpretadas que llevaron a reformularlas en tres modelos:

> a) *Derecho alemán y derivados:* Los procesos provocatorios habían pasado del derecho común alemán a los derechos particulares de algunos Estados alemanes. Al prepararse el reglamento procesal civil para el imperio, se dijo que era inútil conservar los procesos provocatorios con todos sus inconvenientes prácticos, y se salvó la función de declaración de certeza para la que los mismos servían introduciendo en su lugar una acción de declaración de certeza, desarrollando y generalizando las normas del *Code de procédure civile* (arts. 193 y ss., 214 y ss.) concernientes a la acción para el reconocimiento y verificación de la escritura privada y para la declaración de certeza de la falsedad de los documentos [...].
>
> *Derecho anglo-americano*: Los juicios meramente declarativos estaban en uso en Escocia a partir del siglo XVI. Evidentemente, se trata aquí de una aplicación y transformación de los juicios provocatorios que pasaron a Escocia con el derecho común allí adoptado a partir precisamente del fin del siglo XVI [...]. Se admite la acción con la que se solicita una sentencia *merely declaratory* y la Corte puede hacer *binding declarations of Rights*, ya se pidan o no, puedan o no pedirse, actos consecuenciales de ejecución. Además, toda parte interesada en un contrato o en un testamento puede pedir a la Corte la interpretación de cláusulas dudosas y la declaración de sus derechos. El interés, según la jurisprudencia, consiste en la necesidad de pedir la declaración para eliminar la falta de certeza del derecho [...].
>
> *Francia e Italia*: En Francia, los procesos provocatorios, si bien admitidos, aunque con notables discusiones, en la práctica de los países de derecho escrito, no pasaron a las ordenanzas; y, no obstante la defensa que de ellos hizo Merlín, permanecieron desconocidos para el *Code de Procédure Civile*. Esta exclusión hizo nacer la cuestión de si estaban o no abrogados, y la jurisprudencia y la doctrina terminaron por considerarlos, en definitiva, inaplicables [...]. Poco diferente fue la actuación del legislador italiano de 1865. En Italia, en el momento de la unificación legislativa, los juicios provocatorios se encontraban admitidos ya en las leyes de los Estados no incorporados todavía al nuevo reino [...]. Durante los trabajos preparatorios del nuevo código italiano, los juicios provocatorios fueron ampliamente discutidos y finalmente condenados por leve mayoría de votos [...]. Esto, no obstante, la ley italiana mucho más que la francesa, presentaba normas positivas que ofrecían un buen punto de partida para la construcción de una acción de declaración de certeza como figura general.[227]

245.3. En cuanto a nosotros interesa por su influencia, la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 mantuvo el juicio de jactancia pero no dio espacio para las acciones provocatorias ni a los juicios de certeza pura.[228] Nuestras primeras leyes de

---

[227] CHIOVENDA, Giuseppe, "Acciones y sentencias de declaración de mera certeza", *Revista de Derecho Procesal*, 1947 I parte, Año V, pp. 528 y ss.

[228] "La acción de jactancia española, lo mismo que la de otros países, fue originariamente utilizada por la nobleza y el clero para proteger sus privilegios y buen nombre y luego por los comerciantes, en defensa de su crédito. La organización comercial moderna y el desarrollo de las querellas de libelos y difamaciones en las que se persigue el resarcimiento de los daños, han desplazado a la jactancia como

organización introdujeron desde el marco de la ley 50 de jurisdicción federal, y especialmente en los arts. 425 a 432 del código de procedimientos civiles de la Capital Federal (1880), el juicio de jactancia, hasta su derogación por la ley 17.454 que trae el art. 322 con la redacción antes vista,

En la exposición de motivos se dijo que "[...] al consagrarse en el art. 322 la acción meramente declarativa se ha acogido un postulado de la doctrina y legislación procesal moderna. Reemplaza al juicio de jactancia, abandonado por la actual legislación, y extiende la posibilidad de tutela a otros casos actualmente no amparados por aquélla".

El conflicto devino con la redacción del precepto, pues como veremos más adelante, un sector de la comisión reformadora quiso agregar entre las pretensiones de certeza, a la acción de inconstitucionalidad; pero la mayoría no lo aceptó aunque dejaron abierto a la interpretación el espacio de reglamento del citado artículo.

246. La pretensión declarativa de certeza

246.1. El marco cognoscitivo que tiene la acción parece quedar en el reducto de la relación jurídica de carácter privado, sobre la que se produce una situación de incertidumbre respecto a la existencia, alcance o modalidad.

El *interés jurídico relevante* es el que define la posibilidad de plantear la intervención judicial con fines esclarecedores y conforme el objeto que se requiera. Vale decir, la pretensión que debiera ser declarativa (y si lo es no puede condenar porque cambia la naturaleza jurídica del pronunciamiento) tiene alternativas a perseguir: *a)* una sentencia declarativa de certeza, sin agregar una condena específica, porque sólo quiere saber si la relación jurídica existe y en su caso, si debe aplicarse a su respecto; *b)* una sentencia que declare la existencia, alcance o modalidad de ejecución, y con su resultado obtener la constitución de un estado tal que signifique una condena de no hacer; *c)* una sentencia que despeje el estado de inseguridad y, en su caso, imponga al demandado una condena específica.

246.2. Dicho interés jurídico "suficiente" para accionar, que es la base que sustenta el derecho de pedir la actuación que supone el proceso declarativo, tiene que ser *actual*, es decir, con perjuicios en curso de ejecución. Así opera en el modelo alemán del cual la ley argentina toma argumentos, a diferencia del sistema anglosajón que lo considera un procedimiento alternativo.[229]

---

recurso prácticamente innecesario" (BORCHARD, Edwin M., "Las sentencias declarativas", *Revista de Derecho Procesal*, 1947 I parte, Año V, p. 581).

[229] *Cfr*. CNCom., Sala B, 1987/07/30, "*Gaitor, S. A. c. Goma de Armando Chiodi, S. A., Rosario*", La Ley, 1988-A, 305. La Corte Nacional afirma que "corresponde diferenciar el requisito de interés jurídico suficiente para accionar, que legitima en general al actor sobre la base de la existencia de un perjuicio o lesión actual, de la condición relacionada con el interés específico en el uso de la vía declarativa, punto acerca del cual la ley argentina se adscribe al modelo alemán, habilitándola solamente en casos en que no tenga el demandante expedito otro medio legal idóneo, a diferencia del sistema anglosajón, en el cual se trata

Esto es incongruente, porque la función tutelar de la vía es predominantemente *preventiva,* de modo que exigir una lesión actual en lugar de "inminente" lleva a modificar la declaración por la condena, trasponiendo confusamente el objetivo.

Para peor, observa Rivas:

> [...] se dice que el perjuicio o lesión actual, "*pudiera*" producirse, es decir en el futuro, contradicción flagrante que jurisprudencialmente debió ser superada en los casos concretos. Por lo demás confunde incertidumbre con falta de "*certeza*", olvidando que la certeza solamente podría darla la sentencia luego de sustanciado el pleito y por lo tanto no puede ser presupuesto de la demanda sino resultado del fallo. La "incerteza" —el opuesto de certeza— es precisamente la situación jurídica derivada de la ausencia temporal del fallo esclarecedor; la incertidumbre es un estado psicológico de duda acerca del derecho propio y por ende también del contrario. Así, el dispositivo da como presupuesto de la acción una situación de incertidumbre en el sujeto; es decir una incertidumbre subjetiva; ello imposibilitaría la viabilidad de la acción pues toda acción debe contener una pretensión, es decir una afirmación del derecho propio; de no ser así y si no hubiese sino una manifestación de duda, no solamente no habría conflicto sino que no se podría contestar la demanda por falta de un planteo concreto al que se pueda discutir. Desde ya que lo correcto es computar la existencia de una incertidumbre objetiva, es decir derivar de las condiciones en las que se estableció la relación jurídica o en la que se da el vínculo.[230]

247. La pretensión de inconstitucionalidad. Creación pretoriana y evolución jurisprudencial

247.1. En mi país el control de constitucionalidad directo sobre la Constitución Nacional no existe. Solo las legislaciones provinciales articulan la fiscalización de sus propias Cartas Magnas desde las que se puede llegar a cuestiones constitucionales de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia federal mantuvo este criterio restrictivo hasta el año 1967 que se sanciona la ley 17.454 que modifica sustancialmente el anterior código de procedimientos, e innova distintas instituciones entre las que se destaca la introducción de la acción meramente declarativa. Como vimos en el parágrafo que precede, el ámbito que colecta la pretensión de certeza pareciera quedar en el ámbito de las relaciones jurídicas sustanciales, y así fue que la jurisprudencia interpretó por varias décadas que no se podía por esta vía ejercer control de constitucionalidad normativo.

247.2. El art. 322 fue un problema para la exégesis, porque en el seno del debate parlamentario, un sector de la comisión redactora pretendió incluir en el texto la declaración de inconstitucionalidad, sin recibir apoyo suficiente; lo cual no fue obstáculo para acordar una redacción que parece sesgada, pero que desde la exposición de motivos persuadía sobre ampliaciones funcionales.

---

de un procedimiento alternativo (CS, 1982/03/11, *"Provincia de Chubut c. Agua y Energía Eléctrica, Sociedad del Estado*", La Ley Online – ED, 98-692, La Ley, 1998-A, 305).

[230] Rivas, Adolfo Armando, *La acción declarativa de inconstitucionalidad,* La Ley, 2001-E, 1097.

En 1971, el Procurador General de entonces, dictaminó en la causa "*Hidronor S.A. c/ Provincia de Neuquén*" (sentencia de fecha 28 de febrero de 1973) que, existiendo "caso" o "controversia", aun tratándose de una acción meramente declarativa, era posible introducir la cuestión constitucional.[231] La causa sentenciada carece de relevancia porqué se redujo al simple proveimiento de tener por desistido el proceso; pero el dictamen tenía un valioso aporte doctrinario que se puede resumir en lo siguiente: *a)* El sistema de control constitucional vigente en el orden nacional impide que se dicten sentencias que priven de valor *erga omnes* a las normas impugnadas y obsta a la emisión de pronunciamientos sobre agravios meramente conjeturales e hipotéticos; *b)* la acción de certeza iniciada sobre la base de un interés sustancial concreto y definido, con efecto limitado a una declaración válida únicamente para quienes son partes, constituye "causa" en los términos de la Ley Fundamental; *c)* la acción declarativa reglada por el art. 322 del código procesal se refiere tanto a las relaciones de derecho privado como a las de derecho público; y si aquélla se emplea para impugnar la constitucionalidad de leyes, no se opone a ello la presunción de constitucionalidad de éstas, en virtud de la naturaleza declarativa de dichas acciones, que hace que durante la tramitación de la causa pueda ser igualmente ejecutada, no así después de resuelta su inconstitucionalidad por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que desde luego hace desaparecer la presunción.[232]

247.3. El precedente fue solo eso, pues la duda quedó despejada recién el 20 de agosto de 1985 cuando en la causa "*Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/ acción de amparo",*[233] la Corte, por vez primera, reconoce en la acción declarativa un procedimiento *preventivo* tendiente a impedir que se aplique una norma de dudosa constitucionalidad.

Explica Bazán que el tribunal:

> [...] con un interesante y valioso desapego por el rigorismo formal, prescindió del *nomen iuris* dado por la accionante a su pretensión [articulada primigeniamente como amparo], recanalizándola para subsumirla en el radio de cobertura de la acción declarativa regulada en el art. 322 del código procesal civil y comercial de la Nación, a la que estimó como un canal apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la actora, quien planteaba ante los estrados del tribunal una relación jurídica discutida o incierta, evidenciándose la convergencia de un interés real y concreto susceptible de protección legal actual [considerando 5°], con lo que puede afirmarse que inauguró una suerte de etapa revisionista de su anterior postura negatoria en punto a la potencialidad de la acción declarativa para efectuar, por su intermedio, control de constitucionalidad.[234]

---

[231] *Cfr*. BIANCHI, Alberto B., *Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad? - Las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho (Oliver W. Holmes),* La Ley, 1990-E, pp. 1089 y ss.

[232] *Cfr*. BAZÁN, Víctor, *Vicisitudes de la convivencia entre la acción meramente declarativa y la acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal,* ponencia al XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Tomo II, San Juan, 2001, pp. 775/6.

[233] Fallos, 307:1379.

[234] BAZÁN, ob. cit., p. 777.

247.4. Pero en ese mismo año, la causa "*Lorenzo, Constantino c. Nación Argentina*",[235] da un giro y comienza a poner condiciones al progreso de la acción de inconstitucionalidad dentro del mecanismo de las pretensiones declarativas de certeza. La sentencia remite al fallo dictado en "*Baeza, Aníbal Roque c/ Gobierno Nacional*"[236] y apoyándose en el dictamen del Procurador General (Juan O. Gauna) sostiene que [...] el "*interés personal de ciudadano tácitamente merituado no resulta apto para la obtención de amparo judicial por la vía intentada*". En el segundo considerando agrega que [...] "*no se da una causa o caso contencioso que permita el ejercicio del Poder Judicial conferido a los tribunales nacionales cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de otros poderes*".

Hasta aquí hubiera supuesto un regreso a ideas presuntamente abandonadas, pero en el cuarto considerando, agregado a título de *obiter dictum*, dice:

> Que la Corte, al reafirmar tales principios básicos del control de constitucionalidad, estima poner de relieve que ellos no tienen por corolario que en el orden nacional no exista la acción declarativa de inconstitucionalidad. En este punto resulta preciso disipar la confusión entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud [...] y las acciones determinativas de derechos de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos como son la acción de mera certeza o el amparo.

247.5. Desde entonces se reafirma la acción de inconstitucionalidad, pero se deja en claro que debe ser actuada dentro de un caso concreto donde exista un interés jurídico suficiente y relevante de quien lo pide.

Esta exigencia la recuerda en la causa "*Klein, Guillermo Walter*"[237] y la completa en "*Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c/ Provincia de Santa Fe*",[238] donde nuevamente aceptó resolver la inconstitucionalidad dentro de una acción de certeza.

---

[235] CS, 1985/12/12, Fallos, 307:1387.

[236] Fallos, 306:1125 del 28 de agosto de 1984.

[237] Fallos, 308:1489 del 29 de agosto de 1986. Opina Bianchi que este fallo "[...] tuvo lugar al dictarse sentencia en la acción de amparo promovida por Guillermo Walter Klein, con motivo del allanamiento de su estudio jurídico por las comisiones parlamentarias que investigaban irregularidades en la compra por parte del Estado nacional de la Compañía Italo-Argentina de Electricidad. La Corte rechazó el amparo no por cuestiones de fondo, sino porque el mismo había devenido abstracto careciendo el mismo de interés actual. Sin embargo, el tribunal creyó oportuno preguntarse si los planteados de constitucionalidad formulados por el actor, estaban aún vigentes y había interés actual en resolverlos, a lo que respondió negativamente (consid. 11), alegando que expedirse sobre ellos implicaría un apartamiento de las reglas clásicas sobre control de constitucionalidad, cuyo respeto más ortodoxo acredita con citas de sus más antiguos precedentes (Fallos, 1:27 y 292). Ello, la lleva de la mano a un segundo obiter, ya que "sin perjuicio de ello (es decir de los principios aludidos) esta Corte reafirma el reconocimiento de dicha acción (la declarativa de inconstitucionalidad) en el orden federal siempre que se den sus requisitos" (Consid. 13). Cita luego los casos arriba estudiados, "*Constantino Lorenzo y Provincia de Santiago del Estero c. Nación Argentina*" (ob. cit., p. 1090).

[238] Bianchi, Alberto B., *De la acción declarativa de certeza a la acción declarativa de inconstitucionalidad (La conversión del caso federal en caso judicial),* E.D., 2001, Volumen: 2000/200, pp. 577 y ss.

En "*Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba*"[239] por fin la Corte sistematiza los requisitos de procedencia: *a)* estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica; *b)* interés jurídico suficiente en el accionante, en el sentido de que la falta de certeza pudiera producirle un perjuicio o lesión actual; *c)* interés específico en el uso de la vía declarativa, es decir, que el actor no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

A partir de este pronunciamiento, se colige que dentro de la pretensión declarativa de certeza se puede articular el pedido de inconstitucionalidad, más no a la inversa, porque el temperamento de acciones directas inexistentes continuaba vigente. La acción fue, entonces, aquélla que se concreta en el sentido que en el momento de dictarse el fallo, se hayan producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho disentido, condición bajo la cual sólo podrá afirmarse realmente que el fallo pone fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que podría acordarse a un supuesto de hecho hipotético.

247.6. Después de ello, la fisonomía de la acción comenzó a reclamar cierta autonomía. En "*Newland, Leonardo A. c/ Provincia de Santiago del Estero*",[240] se afirma que siguiendo los precedentes del tribunal, se concreta la existencia de una acción declarativa de inconstitucionalidad en forma directa ante el tribunal cimero, siempre que se den los presupuestos para la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia. En el expediente, se discutían cuestiones tributarias que la demandada resistió argumentando que la repetición de impuestos solo era procedente cuando ellos se pagaban voluntariamente, agregando que el actor carecía de legitimación activa porque en materia tributaria debía aplicarse el principio *solve et repete*. Pero la Corte entendió que si el demandante debía pagar el importe de los tributos que cuestionaba importaba desconocer la necesidad de tutela judicial deducida.

Con la reforma constitucional de 1994 y el nuevo art. 43 se planteó el grado de subsidiariedad del amparo respecto de la acción declarativa de inconstitucionalidad o, en su caso, la complementariedad entre ambos procesos o bien la indiferencia del *nomen iuris* cuando se trata "*en el caso*" de "*resolver la inconstitucionalidad de las leyes*".

247.7 En la causa "*Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Provincia de Buenos Aires y otro*"[241] se aclaró que aunque el demandante pretenda articular la cuestión de inconstitucionalidad por la senda del art. 322 del código procesal, no constituye óbice aplicar por analogía los resultados que se adoptan en el juicio de amparo, en virtud de la analogía entre ambos. Interpretó que la denuncia de inconstitucionalidad importaba una acción directa, que para el caso, resultaba la vía más idónea, por ser la que permite consi-

---

[239] Fallos, 310:142, La Ley, 1986C, 117.

[240] Fallos, 310:606 del 19 de marzo de 1987.

[241] Fallos, 320:691, La Ley, 1997-C, 322.

derar la crisis constitucional y, lo que fue más importante, porque permitió trabajar sobre la finalidad preventiva de la acción declarativa.

Poco después, en *"Provincia de Río Negro c/ Nación Argentina"*[242] expresó que tanto la acción declarativa como el amparo, poseen una finalidad preventiva que no requiere la existencia de daño consumado para guarecer los derechos; aunque era menester, siempre, conocer en una "causa" o "controversia".[243]

247.8. Y así llegamos al caso "*Fayt, Carlos S.*"[244] que tiene connotaciones muy trascendentes en esta materia. El actual ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpuso demanda declarativa con el fin de obtener la nulidad de la reforma introducida en el art. 99 inciso 4° párrafo tercero de la Constitución Nacional, el cual importaba a su entender una violación a la garantía de inamovilidad de los jueces consagrada en el art. 110 del texto constitucional. Tras el devenir procesal, el asunto llegó a la máxima instancia que resuelve hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad de una norma de la Ley Fundamental, dándole un alcance genérico y de efectos expansivos de la cosa juzgada.[245]

Con esta breve excursión por la jurisprudencia de la Corte Nacional argentina se deduce la aceptación de una acción declarativa de inconstitucionalidad, primero dentro de la pretensión de certeza y después como demanda directa. Emplazada en su autonomía, se dieron condiciones que se espejaron en dos fuentes: los presupuestos del art. 322 y los requisitos del juicio de amparo. Con este juicio se asimilaron funciones (*en el caso, se podrá declarar la inconstitucionalidad de las leyes*, dice el art. 43 constitucional), encontrándose aperturas y restricciones en la jurisprudencia posterior, conforme se entiendan e interpreten cada uno de los demás requisitos formales.

---

[242] Fallos, 322:1135 del 31 de mayo de 1999.

[243] *Cfr. "Iribarren, Casiano Rafael c/ Provincia de Santa Fé",* Fallos 322:1253 del 22 de junio de 1999.

[244] Fallos 322:1616 (1999), La Ley, 1999-F, 117.

[245] Sostiene Gil Domínguez la trascendencia del fallo en las siguientes consideraciones "[…] **Se trató de una demanda promovida por un titular de un derecho subjetivo con proyección* colectiva individual homogénea (la estabilidad vitalicia que el originario artículo 96 de la Constitución argentina —hoy artículo 110— asegura a los jueces de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales inferiores sin limitación alguna); * Estuvo dirigida contra una Convención Constituyente reformadora (aunque la defensa la ejerciera el Procurador del Tesoro de la Nación en representación del Estado Nacional) emisora de la norma cuestionada (pero sin facultad de aplicación de la misma) como sujeto pasivo, sin que la Cláusula Transitoria Undécima de la Constitución Nacional estuviera en vigor y desconociendo que cuando ello aconteciera el Poder Ejecutivo remitiría el pliego de Fayt al Senado de la Nación, o bien, aun si se lo hubiera enviado dicho Cuerpo le hubiese otorgado un nuevo acuerdo); * Se consideró que existía una "causa", por cuanto Fayt había invocado ante el Poder Judicial la protección del derecho a mantener la inamovilidad en el cargo de juez de la Corte Suprema de Justicia para el cual fue designado según el procedimiento vigente por entonces en la Constitución argentina y de acuerdo con el alcance que dicha garantía le reconocía; * Se dictó una sentencia declarativa con efectos *erga omnes* retroactivos (la nulidad de la reforma introducida por la Convención Reformadora de 1994 en el artículo 99 inciso 4° párrafo tercero y en la disposición transitoria undécima al artículo 110 de la Constitución argentina) (Gil Domínguez, Andrés, *Acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal,* La Ley, 2008-E, pp. 73 y ss.).

248. Presupuestos formales comunes

248.1. Tanto el art. 322 del código procesal citado, como la Corte Suprema en la causa "*Gomer*", definen las condiciones que tornan admisible la demanda declarativa de certeza.

No son requisitos aislados sino reunidos para trabajar en conjunto, y valen para solicitar que se resuelva la falta de certeza como para pretender que se declare la inconstitucionalidad. El primer recaudo es el "estado de incertidumbre", el siguiente es el lugar donde ella se suscita (*derechos, nunca hechos*); luego la "posibilidad de que la imprecisión produzca un riesgo al actor [perjuicio o lesión]", y finalmente, "que el proceso sea la única vía posible para dar término al conflicto planteado".

Estos son presupuestos que anidan en el objeto material. Es la presentación del problema, no de quien lo sufre. Hay una variable en el foco de atención, que se constata cuando se advierte que la primera acreditación que exige la justicia cuando recibe una demanda, es la legitimación (la pregunta es ¿Ud. quién es? ¿cuál es el derecho que tiene para reclamar lo que pide?), mientras que en las pretensiones declarativas, se comienza por ver la crisis del derecho; dicho esto último sin considerar el tiempo cuando se analice el "interés para obrar" que la jurisprudencia suele instalar en la antesala de los presupuestos, aunque a veces lo posterga (*v. gr.:* Caso "*Fayt*") permitiendo más libertad para el acceso a la justicia.

248.2. Por eso, la acción de pura certeza para que sea admisible como tal, requiere un examen previo sobre el contenido normal, jurídicamente obligado, de la eventual sentencia y no puede ser otro que una declaración que en lo sustancial exprese que el derecho existe o no. No se trata de expresarlo formalmente en un auto de admisión, como pareciera indicar la actual redacción del art. 322 del código federal, sino de evaluar si están dados los presupuestos y, en su caso, si el tipo de proceso de conocimiento pedido por el actor (*v. gr.:* ordinario, sumarísimo, amparo, *habeas corpus*) se corresponde con la complejidad de la causa. Por tanto, si bien es cierto que sin interés no hay paso para sustanciar el proceso, cuando se trata de una pretensión meramente declarativa, ella sola satisface o agota el interés del accionante.

En la exposición de motivos del Código Procesal Alemán (Z.P.O.) se lee:

> [...] Si la ley admite, al lado de la acción de prestación que corresponde a la relación jurídico respectiva, una acción declarativa, reconoce con ello que de la relación jurídica nace, al lado de la pretensión de prestación, otra pretensión independientemente realizable, que tiene por objeto la declaración del derecho. Tal como la pretensión de la prestación, también puede ser infringida, la pretensión de declaración, y sólo cuando hubiese sido infringida, existir motivo para interponer una acción de declaración.[246]

a) *El estado de incertidumbre*

La acción declarativa quiere despejar un estado de incertidumbre presente en una relación jurídica o en el derecho que se cuestiona. Las pretensiones pueden ser

---

[246] WACH, *La pretensión de declaración*, cit., p. 19.

independientes, acumuladas o subsidiaria una de otra. Por ejemplo, cuando se pide esclarecer el alcance de una relación jurídica, la demanda persigue solo ello; si agrega el planteo de inconstitucionalidad como eventual de la respuesta que diga que dicha relación se aplica en su caso, la pretensión es acumulativa; mientras que también dispone de la demanda directa de inconstitucionalidad, sin pedir la certeza que queda implícita en el pronunciamiento.

Lo curioso es que el fundamento normal de toda demanda es la incertidumbre; alguien que cree de buena fe estar asistido de un derecho que motiva adecuadamente con el fin de lograr un resultado que, obviamente, no está asegurado ni es previsible.

De allí que Chiovenda aclare que:

> [...] Las sentencias puramente declarativas son aquellas que se limitan a declarar la existencia o la no existencia de un derecho. Aparte los casos especiales que las leyes de todos los países conocen, en los que la sentencia tiene este alcance limitado, y prescindiendo de la gran masa de las sentencias que rechazan la demanda, y que son precisamente meramente declarativas, se llama propiamente acción y sentencia meramente declarativa a aquella figura general de acción y sentencia con la que el actor que la propone o la invoca tiende exclusivamente a procurarse la certeza jurídica, frente a un estado de falta de certeza que le es perjudicial, pidiendo a tal objeto que se declare existente un derecho suyo o inexistente el derecho ajeno, con independencia de la efectiva realización, de la condena, de la ejecución forzada. En este sentido, la sentencia *meramente* declarativa se diferencia de la sentencia de condena, que tiende a la ejecución efectiva de una prestación, y de la sentencia constitutiva, que tiende a la modificación del estado jurídico existente.[247]

El encuadre es útil para configurar el sentido de cuanto significa buscar el "estado de incertidumbre". En la mayoría de los casos estará constituido por un *derecho* o por una *relación jurídica*, no por hechos,[248] aun cuando en sus orígenes la figura se aplicó para reconocer la autenticidad de escrituras y documentos.

La falta de certeza supone "duda", es decir, que abarca la existencia del derecho, el modo de cumplir con sus mandatos y el alcance objetivo y subjetivo del mismo. Esta falta de precisión llega a la relación jurídica de carácter privado (*v. gr.:* el art. 1197 del Código Civil dice: "*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*"), siempre y cuando la incertidumbre no esté suplida con presunciones legales. De allí que la acción declarativa no procede cuando se pide que se declare la autenticidad de un documento público, que está amparado en las previsiones de los arts. 993 a 995 del Código Civil. O cuando se interpone para que se diga que el matrimonio de que da fe una partida sentada con las formalidades de ley, es válido; o para cualquier otra declaración semejante sobre la existencia de un acto o situación jurídica que por ley se presume.[249]

---

[247] CHIOVENDA, *Acciones y sentencias de declaración de mera certeza,* cit., p. 554.

[248] ROSENBERG, Leo, "Las sentencias declarativas", *Revista de Derecho Procesal*, 1947, I parte, Año V, p. 562.

[249] Highton – Areán, tomo 6, cit., pp. 91/2.

También se expande al derecho público al permitir que se ataquen por el carril de la incertidumbre las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones y reglamentos que estatuyan sobre materia regida en las Constituciones locales y en la Nacional.[250] La diferencia está en que la ausencia de certeza permite interpretar la constitucionalidad de la norma que se impugna o la legitimidad de un acto administrativo.[251]

La simple vacilación que produce inseguridad en la actuación no es suficiente, siendo necesario un acto, e inclusive, un hecho exterior objetivo que sea la causa productora de la incertidumbre. No basta la mención del interesado sobre las dudas propias, en la medida que la fluctuación pueda resultar evidente para toda persona que aprecie.

b) *La incertidumbre debe ser sobre el derecho*

La falta de certeza ha de estar en la relación jurídica o en el derecho aplicable, de forma tal que se dude sobre la existencia, alcance o modalidades de ejecución. El encuadre vale para las convenciones particulares como para las normas de cualquier tipo y origen.

Por ejemplo, se ha dicho que:

> [...] la acción declarativa regulada en el art. 322 del código procesal, constituye una vía idónea para poner fin a la situación de incertidumbre, suscitada con motivo de una inspección llevada a cabo por la Administración Federal de Ingresos Públicos —en el caso se impuso una multa por falta de aportes previsionales—, respecto de si existe una relación de dependencia entre la empresa actora y las modelos representadas por aquélla.[252]

Kisch sostiene que:

> [...] el objeto de la sentencia de declaración de certeza es, según los principios, una *relación jurídica* (el matrimonio, la paternidad, la pertenencia a una sociedad, la existencia de una locación o de un contrato de trabajo, la propiedad u otro derecho real como una hipoteca, un usufructo), o bien un *derecho de obligación* (contra quien pretende que mi deuda a favor de él no haya sido pagada, acciono para la declaración de certeza de que la deuda ya no existe), o bien un *derecho potestativo* (por ejemplo, un derecho de despido).

---

[250] Señala Bazán que como casos que escapan de los lineamientos genéricos podría ubicarse a las Constituciones de Córdoba y Chubut que incluyen, como materia potencialmente objeto de control, a las cartas orgánicas. También, y por su marcada amplitud, a las de Río Negro, que alude genéricamente a "normas"; Tierra del Fuego que apunta a "leyes y demás normas jurídicas"; y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que incluye —además de las leyes y decretos— a "cualquier norma de carácter general emanada de las autoridades de la ciudad". A su turno, la de La Pampa hace también extensiva su previsión a los edictos (ob. cit., p. 804).

[251] Dice Rosenberg que "[...] casi siempre el derecho a la relación jurídica pertenecerá al *derecho privado*, pero puede también corresponder al *derecho público*, en canto los tribunales civiles sean llamados a decidir sobre cuestiones de derecho público. Así sucede, por ejemplo, en Inglaterra y los Estados Unidos de Norte América en donde se han admitido a menudo acciones merodeclarativas sobre el derecho a exigir un impuesto y, además, como sucede en Holanda, sobre la legitimidad de actos administrativos" (ob. cit., p. 563).

[252] CNTrab., Sala X, 2005/07/29, La Ley, 2005-E, 379, en Highton – Areán, tomo 6, cit., p. 94.

El objeto puede ser la relación jurídica entera (existencia de una locación) o una modalidad singular suya (la duración) [...].

Objeto de la sentencia de declaración de certeza no puede ser (aparte el caso excepcional de la autenticidad de un documento) un simple *hecho*, aun cuando sea jurídicamente relevante. No se puede declarar que fue concluido un contrato, sino que existe un contrato válido; ni que Ticio ha cometido un delito, sino que él es responsable de los daños; ni que una mercadería es defectuosa, sino que se tiene derecho a devolverla; ni que Cayo ha sido admitido en una sociedad, sino que es miembro de esta sociedad; ni que ha existido una cohabitación entre Mevia y Sempronio, sino que Sempronio es padre natural. Una acción dirigida a la declaración de certeza de uno de estos hechos jurídicos, debe interpretarse posiblemente como dirigida en realidad a la declaración de certeza de la relación.[253]

c) *La lesión o perjuicio causado por la incertidumbre*

Este requisito es incomprensible porque si existe incertidumbre no se ve de qué manera pueda hallarse un perjuicio concreto imputable a la vaguedad de la relación jurídica o a la inconstitucionalidad de la norma. En los hechos, si hay acto lesivo la pretensión no sería declarativa sino de condena; y si fuera la ley la que produce el efecto nocivo directo, bastaría con alegar su inconstitucionalidad.

La Corte Nacional argentina estuvo atenta a estos cuestionamientos que planteó repetidamente la doctrina, resumiendo el requisito en tres condiciones: *a)* que la afectación produzca en algún momento un perjuicio sobre los intereses legales de alguna persona; *b)* que la incertidumbre alcance al peticionario en forma suficientemente directa y *c)* que ella haya llegado a una concreción bastante.[254]

Para nosotros es necesario comprender mejor el alcance que se ha definido. En efecto, la premisa de tener perjuicio para lograr la acción, solo es factible en pocas situaciones reglamentadas en las normas. Por ejemplo, el art. 1067 del Código Civil dispone que: "*No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia*". El presupuesto del daño hace a la posibilidad de ejercer una pretensión resarcitoria.

Pero el derecho procesal moderno avanzó notablemente desde que elude esa relación entre el acceso a la justicia y la pertenencia del derecho; de otro modo, solo quien es el dueño del derecho subjetivo puede conseguir el pase de entrada al proceso. Hoy la situación es diversa, no solo con la posibilidad de expandir los intereses a quienes no son directamente afectados, sino y lo que es más importante, para conseguir que la justicia actúe preventivamente en lugar de la típica intervención *ex post facto*.

En tal sentido, la acción declarativa debiera quedar emplazada en la inseguridad perjudicial que genera el derecho incierto o impreciso. La necesidad de tener violado

---

[253] Ver cita de CHIOVENDA, *Acciones y sentencias de declaración de mera certeza,* cit., pp. 533/4.

[254] CS, 1988/10/18, "*American Express Argentina S. A. c. Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Buenos Aires s/ordinario*", Boletín de Jurisprudencia de la CS, Competencia N° 617-XXII, cfr, Verdaguer, Alejandro, *Acción meramente declarativa (Su alcance como acción de inconstitucionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación),* La Ley, 1991-A, 794 y ss.

el derecho y, en consecuencia, contar con un perjuicio, tendría que ser un presupuesto de la reparación, más no de los requisitos para la admisión formal.[255]

La probabilidad de sufrir un menoscabo en el derecho o un daño posible de no remediarlo con la sentencia declarativa constituye el centro de gravedad del presupuesto. Por ello, no requiere la existencia de un padecimiento consumado, desde que predomina en la acción declarativa la finalidad preventiva.

La jurisprudencia señala que "lo actual" no se refiere a la lesión, sino al estado de incertidumbre,[256] que es aquello que demuestra la necesidad de la vía judicial para el esclarecimiento que no se consigue en otros carriles posibles.

En suma, la consumación del daño da lugar a un reclamo distinto que el previsto en la acción declarativa (*v. gr.:* si la duda está en saber si un impuesto alcanza o no a la empresa, y ésta pagó el tributo, la vía es la acción de repetición y no la de mera certeza). Aquél puede ser futuro (inminente), potencial (cierto) y no simplemente especulativo. La seguridad está en que el daño se producirá con el mantenimiento de la incertidumbre y, por tanto, se tiene cubierto el recaudo previsto.

d) *Inexistencia de otra vía más idónea*

El último requisito, propio de la acción declarativa, es la inexistencia de un carril mejor, similar o concurrente para remediar el problema afrontado. La cobertura tiene paralelo en el requisito del amparo constitucional puesto por el art. 43 de la ley fundamental, al señalar su improcedencia cuando existe una *vía judicial más idónea*.

Si tenemos en cuenta la analogía que la propia Corte realiza entre la acción declarativa y el proceso de amparo, cuadra interrogarse sobre el carácter subsidiario o directo de la pretensión de certeza y su alcance respecto a la acción de inconstitucionalidad inserta o no dentro del primero.

Así como para el amparo la discusión ha permitido concluir que no es un remedio subsidiario merced a que es un instrumento idóneo para conseguir que se declare la inconstitucionalidad de las leyes, también podemos alcanzar esa definición para la acción de inconstitucionalidad.

Pero esta simetría puede encontrar reparos u obstáculos según se interprete la frase [...] "*y este no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente*", como un mecanismo que señala la necesidad de transitar por el reclamo administrativo previo.

En el amparo, el artículo 43 constitucional inhabilita la acción de amparo cuando exista "*otro medio judicial más idóneo*", criterio esclarecedor de antiguas polémicas

---

[255] Según Rosenberg "[...] no es necesario que el derecho cuya declaración se solicita ya haya sido violado; basta que el demandado lo discuta, desacate o se jacte de tener un derecho cuya existencia deba declararse. Tampoco es necesario que la inseguridad del actor dependa del comportamiento del demandado, pero en tal caso se exige algunas veces que a éste se le exima del pago de las costas. En cuanto a que la conducta del demandado pueda servir de fundamento al interés a la mera declaración es suficiente que su comportamiento lo haya puesto de manifiesto en el curso del proceso" (ob. cit., p. 564).

[256] CFed. Civil y Comercial de Rosario, Sala A, 1989/10/12, ED, 136-167, en Highton - Areán, ob. cit., tomo 6, p. 96.

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 pueden ser *otros medios legales,* pero lo cierto es que por su alcance, podrán no ser herramientas jurisdiccionales. En consecuencia es posible que algunos señalen que […] "la vía declarativa es excepcional habilitándola en aquellos casos en que el demandante no tenga expedito otro medio legal idóneo".[257] Conclusión lógica para ciertas circunstancias donde la intervención previa de la administración, mediante las denuncias o recursos deducidos por el interesado, cuenta con la posibilidad de dar respuesta a la incertidumbre que se plantea.[258]

Ahora bien, si la acción declarativa importa en esa vía articular la inconstitucionalidad, hay una variable. Ella surge de reconocer la asimilación hecha con el amparo (que admite declarar la inconstitucionalidad de las leyes) donde para reconocer la idoneidad del medio seleccionado para la defensa del derecho constitucional cabe atender 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. Lo mismo se podría decir de la acción de inconstitucionalidad.

e) *La existencia de otras vías legales en las relaciones jurídicas que se pretenden esclarecer*

Corresponde realizar alguna clasificación para entender mejor el funcionamiento de la frase "*otro medio legal para ponerle término inmediatamente*" para despejar el estado de incertidumbre.

Ya advertimos que esta vía (la acción meramente declarativa) admite tres pretensiones: 1) *Pretensión de mera certeza* (busca que se aclara la vigencia, sentido y alcance de una norma o afín, que produce una afectación directa a intereses personales); 2) *Pretensión de certeza más inconstitucionalidad* (donde la demanda quiere que se esclarezca la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica, y en caso de expresar el pronunciamiento que el actor sufre la afectación, deja planteada la inconstitucionalidad del acto lesivo); 3) *esclarecer el alcance* que tiene la relación jurídica (o la norma), con el fin de poder cumplirla adecuadamente.

---

[257] CNCiv., Sala E, 1987/10/30, La Ley, 1988-C, 293. Asimismo se agrega que […] "la acción declarativa establecida en el art. 322 del código procesal tiene carácter subsidiario, pues está subordinada a la inexistencia de otro medio legal (CNCiv., Sala C, 1995/10/10, La Ley, 1996-A, 800).

[258] Es improcedente la acción declarativa si el actor no ha utilizado los recursos administrativos previstos por la ley 19.549 y en la ley orgánica municipal 19.987 y pretende mediante la misma obtener la revisión del acto administrativo por el cual se lo intimó a pagar las diferencias correspondientes a distintos períodos de los gravámenes de alumbrado, barrido y limpieza y otras contribuciones, diferencia resultante de una nueva valuación fiscal de inmuebles (CNCiv., Sala B, 2000/07/12, La Ley, 2001-A, 434).

Este cuadro preliminar demuestra que la acción meramente declarativa cuando se refiere a relaciones jurídicas de carácter particular o público, pero sin cuestionar la constitucionalidad normativa, sino la afectación (que supone pedir la inaplicación al caso concreto), admite una doble función en el instrumento previsto: *a)* investigar si la convención concede a un determinado interés una tutela y, en su caso, cuál es la que corresponde, a efectos de establecer, en el caso singular, que corresponde aplicar; *b)* afirmar la existencia de una voluntad de la ley que garantiza al actor un bien de la vida.

En estos casos, la subordinación a otra vía legal debe interpretarse en la medida del reclamo que se peticiona, evitando que el juez intervenga cuando hay posibilidad cierta e indudable que la acción declarativa se utiliza con apresuramiento, sin darle posibilidad a la contraparte para que se pronuncie al respecto.

Hay también algo más. Si la pretensión de certeza ataca una decisión administrativa, el juez no podrá intervenir cuando:

a) El acto cuestionado no sea definitivo;

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 inmediata que se persigue.

De igual manera pensamos que si la acción declarativa se dirige contra actos de un particular parte en la relación jurídica, 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.

f) *La inexistencia de otra vía idónea en la acción de inconstitucionalidad*

Este planteo supone diferenciar el requisito anterior cuando dentro de la acción declarativa se articula la inconstitucionalidad normativa. Los inconvenientes de aplicar similares conclusiones a las del punto anterior pueden quedar de manifiesto con las obstrucciones que antes tenía el amparo y que hoy no las cuenta, de modo tal que si la pretensión declarativa se refleja en dicho proceso constitucional, es obvio que merece similares aplicaciones.[259]

De allí que 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.

---

[259] Coincidimos aquí con Bazán cuando afirma que "[…] La acción declarativa de inconstitucionalidad desborda claramente el perímetro de la descripción procesal de la figura de la acción meramente declarativa, más el acogimiento de aquélla aun discurriendo por la senda de la *mere declarativa* y, como afirma Bidart Campos, rinde resultados positivos para brindar curso procesal a cuestiones constitucionales y aplicabilidad judicial a la fuerza normativa de la Constitución (*cfr.* BAZÁN, ob. cit., p. 806).

De hecho así se requiere en el párrafo final de la norma (*El juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida*) conforme explicamos más adelante.[260]

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, a las medidas cautelares, y también a la acción declarativa, como las únicas vías confiables e insoslayables 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 actuar de inmediato y, eventualmente, instalar a la pretensión declarativa en un paréntesis, no alcanzan para constituir el medio apto que obstruya la acción, en tanto no sirve para resolver sobre la inconstitucionalidad denunciada.

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.

La asimetría de la pretensión de mera certeza con la acción de inconstitucionalidad queda expuesta en estos presupuestos, aunque funcionalmente puedan actuar como acumulación por inserción de pretensiones dentro de un mismo proceso (art. 88, CPCC).[261]

---

[260] La jurisprudencia, en realidad aislada, aplica este criterio que nosotros llamamos de la "reconducción", diciendo en algunas oportunidades que: "Sin perjuicio de la improcedencia de la acción meramente declarativa de certeza —art. 322, Cód. Procesal— para encauzar los reclamos de depósitos alcanzados por el 'corralito' y la 'pesificación', atento a la existencia de otros medios procesales idóneos para obtener la tutela solicitada, por aplicación del principio *iura novit curia* y la garantía de la tutela judicial efectiva corresponde ordenar que el actor adecue su pretensión de conformidad con los recaudos de la acción de amparo, vía procesal que resulta apta para tratar el tema sometido a decisión" (CNFed.contencioso administrativo, Sala II, 2003/02/26, La Ley, 2003-E, 941).

[261] Para Kielmanovich, la viabilidad de contar con una sentencia de *condena* en una acción meramente declarativa, no responde a un efecto de la propia acción o pretensión, sino que, antes bien, supone un supuesto de *acumulación objetiva de acciones*, en la especie de una pretensión de *condena a una meramente declarativa*, en tanto ellas no se excluyan mutuamente, sean de la misma competencia del tribunal y puedan tramitar por los mismos trámites, cuestión que dogmáticamente sigue discutiéndose en doctrina y en algunos precedentes... mientras paradójicamente nuestros tribunales admiten tranquilamente la acumulación de la acción por *daños y perjuicios* y la de *inconstitucionalidad*, *v.gr.*, del dec. 260/1997 que declara en estado de emergencia a la actividad aseguradora del autotransporte público de pasajeros, tanto en el fuero Civil como Comercial, entre muchas otras (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* tomo I, cit., p.).

La inconstitucionalidad dentro de la acción declarativa puede quedar atrapada en la maraña de los presupuestos de admisión, que como señalamos, son acumulativos y no de consideración individual. Por eso nos parece apropiado darle autonomía, mucho más cuando es la propia Corte la que reconoce la misma eficacia que tiene el amparo.

De tal emplazamiento y después 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 inconstitucionalidad, por cuanto para esto debe acreditarse que aquellos, al contrario de esta última acción, resultan ser más idóneos a efectos de brindar una rápida y eficaz tutela al derecho conculcado.

249. Requisitos jurisprudenciales

249.1. Sostiene la Corte Suprema de Justicia nacional que

> [...] la acción declarativa de inconstitucionalidad constituye un recaudo apto para intentar que se eviten los eventuales perjuicios que se denuncian, en la medida en que la cuestión no tenga un carácter simplemente consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso y busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal.[262]

De este y otros antecedentes más lejanos, se agregan como requisitos para la acción meramente declarativa: *a*) la existencia de un caso; *b*) concreto, no abstracto; *c*) actual o en ciernes.

249.2. El esquema se puede presentar como requisitos comunes a la pretensión declarativa de mera certeza como para la acción de inconstitucionalidad, resultando un esquema de presupuestos aumentados a los que el código señala que, a veces, se explanan en leyes especiales o en las mismas constituciones locales.

En realidad los recaudos (presupuestos) no son nuevos. Rosenberg sostuvo que:

> [...] el derecho o la relación jurídica que puede ser objeto de una acción *merodeclarativa*, debe ser *concreto*. Acciones y sentencias merodeclarativas sobre cuestiones jurídicas abstractas o puramente teóricas se consideran inadmisibles en todos los países. No es menester que el derecho o a relación jurídica exista *entre las partes* del proceso. Muchas veces se aduce como ejemplo de acción merodeclarativa el llamado litigio del pretendiente entre varias personas, en el cual cada una de ellas pretende ser el titular del derecho de crédito contra un tercero. Se trata entonces de la declaración relativa a la existencia de una relación de obligación entre una de las partes y un tercero, no entre ambas partes. En estos casos, la cuestión de la legitimación pasiva se halla especial y cuidadosamente examinada en el derecho anglo-americano.[263]

---

[262] CS, 2005/05/24, "*La Cabaña S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*", DJ, 205-2, 1157.

[263] Rosenberg, op. cit., p. 563.

249.3. También como regla se exige que la cuestión a esclarecer sea "*actual*", pero también pueden ser objeto de atención algunas relaciones jurídicas pasadas, cuando ellas continúan proyectando efectos hacia el presente. Inclusive, pese a que algún sector importante de la doctrina manifiesta oponerse a la demanda declarativa sobre relaciones jurídicas *futuras*, éstas caben dentro de las pretensiones de mera certeza o inconstitucionalidad cuando constituyen un riesgo inminente, un perjuicio potencial, o una afectación en ciernes (amenaza).

250. La existencia de caso

250.1. La acción declarativa requiere un "*caso*", es decir, un conflicto entre partes donde la relación jurídica dispuesta convencionalmente, o derivada de la aplicación de una norma en cualquiera de sus modalidades (ley, decreto, ordenanza, etc.), necesita quedar resuelta por la jurisdicción actuando la función declarativa cuya naturaleza es exclusivamente procesal.

El art. 2 de la ley 27 relaciona el *caso* con la *controversia*, dicho para establecer que la justicia nunca interviene de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte. Inmediatamente (art. 3) agrega: *"Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitucional nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella".*

250.2. Ahora bien, la naturaleza de la pretensión meramente declarativa difiere en el objeto, de la inconstitucionalidad pura. Mientras la primera puede ser "consultiva" para esclarecer la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica; la segunda claramente persigue una *pretensión de declaración*. La comunidad de presupuestos está en que para ambos, hay un perjuicio o lesión actual al actor producto de esa incertidumbre (el código dice "falta de certeza", pero es una imprecisión técnica).

No obstante, la jurisprudencia repetidamente dice que:

> Siempre que la cuestión no tenga carácter simplemente consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso que busque precaver los aspectos de un acto al que se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, la acción declarativa constituye un recaudo apto para evitar los eventuales perjuicios que se denuncian.[264]

250.3. ¿Dónde está el problema? En que una pretensión declarativa no quiere una condena ni que se le atribuya algo que otro posee o le niega; sólo demanda

---

[264] CS, 2008/02/26, "*Expreso Lomas Sociedad Anónima c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa*", Fallos, 331:337. También se ha dicho: "La acción declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un "caso", ya que dicho procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo, ni importa una indagación meramente especulativa, sino que debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes —al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal— y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto" (CS, 2005/09/27, "*Banco Credicoop Cooperativo Limitado c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa de certeza*", Fallos, 328:3586).

precisión, seguridad jurídica, o como dice Chiovenda "[…] él quiere solamente saber que su derecho existe, o quiere excluir que exista el derecho del adversario; él pide al proceso la certeza jurídica y no otra cosa".[265] Entonces, el conflicto existe (la incertidumbre lo provoca), pero la controversia no es un presupuesto necesario, quizás hasta pueda evitarse.

De algún modo, la Corte aclara —parcialmente— que "[…] para que exista un caso a los fines de la acción declarativa de inconstitucionalidad se exige que medie: *a)* actividad administrativa que afecte un interés legítimo; *b)* que el grado de afectación sea suficientemente directo; *c)* que aquella actividad tenga concreción bastante".[266] Es decir, que el fundamento de la pretensión de mera certeza está en el perjuicio que produce la incertidumbre y en la urgencia en repararlo.

250.4. Por tanto, no se debe buscar en la sentencia declarativa una solución condenatoria contra el contradictor, porqué justamente son resoluciones destinadas a dar certidumbre, que por tanto, suelen también denominarse de "*mero acertamento*". Su finalidad consiste en interpretar y esclarecer el contenido de una relación jurídica existente, determinando su objeto y las modalidades como debe ser cumplida. En definitiva no constituyen un estado jurídico ni generan novación alguna en la situación de derecho; solamente prestan seguridad al declarar sobre los alcances y contenidos de una relación jurídica.

En cambio, si la acción de inconstitucionalidad se subordina al esclarecimiento (*v. gr.:* se pretende declarar que tal impuesto no corresponde, pero en caso de afirmar su procedencia, se deja planteada la inconstitucionalidad del tributo), la sentencia además de ser *declarativa* es *constitutiva.*[267] Hay una evidente intención de conseguir una declaración positiva que no se traduzca en la mera declaración, sino que tenga posibilidad de ejecución.

De allí que la sentencia de declaración de mera certeza se contraponga, de un lado a la sentencia de condena, porque la acción de declaración de certeza no hace valer un derecho a la prestación del demandado, ni en particular al reconocimiento del derecho por parte de éste; y por otro, a la sentencia constitutiva, porque se limita a declarar la certeza sin modificar las relaciones jurídicas preexistentes.[268]

---

[265] CHIOVENDA, *Acciones y sentencias de declaración de mera certeza,* ob. cit., p. 529.

[266] CS, 2006/08/15, "*Policonsultorios de Cabecera S.R.L. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción meramente declarativa*", Fallos, 329:3184

[267] Chiovenda, tanto en los *Principios* como en las *Instituciones* ha insistido en que la actividad del juez en la sentencia constitutiva es puramente jurisdiccional; puesto que el efecto se produce por la ley, en virtud de la declaración, no hay que pensar que junto a la actividad jurisdiccional de declaración se dé una actividad administrativa de producción del efecto jurídico. Por tanto, interpreta Mercader que "[…] a partir del momento en que la sentencia quedase firme, habría de ser notorio el cambio del objeto jurídico sobre el cual recaería la decisión porque nadie podrá negar que, a través de la cosa juzgada, al eliminarse la situación de incertidumbre, el bien que antes de la sentencia y durante el desarrollo el proceso fue de categoría litigiosa, pierde esa calidad y se transforma en un objeto definitivamente incorporado al patrimonio de los litigantes a cuyo favor se ha expedido la declaración" (Mercader, Amílcar, *La sentencia constitutiva,* Revista de Derecho Procesal, 1947 I parte [año V], Ediar, Buenos Aires, p. 452).

[268] CHIOVENDA, *Acciones y sentencias de declaración de mera certeza,* ob. cit., p. 536.

Superada esta dificultad técnica, se puede asegurar que la acción declarativa tal como se reglamenta en el art. 322 del código federal y los que lo siguen, es un medio para obtener en forma directa y única, la declaración judicial de que existe un derecho del actor (pretensión positiva), o que no existe un derecho del demandado (pretensión negativa). Esta intervención requiere de un *caso*, entendido como causa suscitada a consecuencia de la necesidad de procurar que los jueces despejen un estado de incertidumbre que provoca un perjuicio al actor o que está en ciernes de producirlo.

251. Cuestión concreta. Diferencia con la cuestión abstracta

251.1. La demanda declarativa se limita a necesidades prácticas; lo que significa que la *consulta* realizada al juez para que ponga claridad y certidumbre a la relación jurídica o al derecho cuestionado, tiene que estar sustentada en un *interés jurídico* suficiente aplicado a una *cuestión concreta*, no especulativa ni imaginada.

La Corte federal afirma que "[…] procede la acción declarativa (de inconstitucionalidad) en la medida que la situación planteada supere la indagación especulativa o el carácter consultivo, para configurar un *caso* que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal".[269] Ella tiene una función esencialmente preventiva, que persigue fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto respecto de las cuales se debe haber producido la totalidad de los hechos concernientes a su configuración.[270]

---

[269] CS, 2006/05/09, "*Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/ Tucumán, Provincia de s/ acción declarativa*", Fallos, 329:554

[270] CS, 2007/08/28, "*San Luis, Provincia de c/Estado Nacional y otro s/acción declarativa*", Fallos, 330:3777. "La acción declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un *caso*, ya que dicho procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo, ni importa una indagación meramente especulativa, sino que debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes -al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal- y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto; relaciones respecto de las cuales se debe haber producido la totalidad de los hechos concernientes a su configuración (CS, 2007/07/11, "*Brandi, Eduardo Alberto y otros c/Mendoza, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad*", Fallos, 330:3109).

La pretensión tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 3701 de la provincia de Río Negro no constituye causa o caso contencioso que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación si no se encuentra cumplido el requisito referido a que el grado de afectación sea suficientemente directo ya que la actora no demuestra que los usuarios comprendidos en el régimen regulatorio del gas establecido por la norma cuestionada hayan pretendido hacer efectivo el beneficio ni que la provincia la compela a otorgarlos, al menos con el grado de concreción necesaria para la procedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad, extremo indispensable cuando la ley en cuestión no contempla sanciones a las prestadoras de servicios (disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay) (CS, 2008/10/07, "*Camuzzi Gas del Sur S.A. c/Río Negro, provincia de s/acción de inconstitucionalidad*", La Ley Online).

Siempre que la cuestión no tenga un carácter simplemente consultivo ni importe una indagación meramente especulativa sino que responda a un caso y busque precaver los aspectos de un acto en ciernes al que se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, la acción declarativa constituye una instancia apta para evitar los eventuales perjuicios que se denuncian (CS, 2006/10/03, "*Expreso Quilmes Sociedad Anónima c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa*", Fallos, 329:4259. La acción

Para Kisch, la acción:

> [...] necesita un interés jurídico, o sea un interés razonable en eliminar, mediante decisión judicial con eficacia jurídica, un estado de falta de certeza o de discusión que se refiera a los hechos u obligaciones de las partes. No bastaría un interés meramente moral, o científico o de amistad [...]. Y el interés debe ser actual, esto es, derivado de una falta de certeza actual: la simple posibilidad de que alguno en el futuro niegue el derecho no justificaría la acción. Este interés consiste, pues, principalmente en la negación que otro haga del derecho del actor, o viceversa en la afirmación de un derecho a cargo del actor.[271]

251.2. Tomados estos argumentos resulta claro que la noción de "cuestión concreta" significa un caso a resolver, encontrando de allí en más el interrogante sobre el alcance de la decisión cuando se resuelven conflictos colectivos. En ciertos supuestos de acciones de mera certeza, la sentencia puede alcanzar en la cosa juzgada una expansión imprevista, pero necesaria para la seguridad jurídica. Son proyecciones distintas según el sistema que acepte en sus fallos la incidencia de jurisprudencia vinculante.

Por ejemplo, cuando se decide que "[...] resulta procedente la acción meramente declarativa incoada por el tomador de un seguro de retiro individual pactado en dólares, a efectos de determinar si el monto que va a percibir en el futuro estará expresado en dólares o en pesos, pues aún cuando dicho seguro todavía no se ha tornado operativo ello no impide que la falta de certidumbre pudiere producir un perjuicio actual, ya que si bien el asegurado compra un seguro para obtener una renta futura, también intenta adquirir la seguridad actual de que sus ingresos serán suficientes para mantener sus gastos una vez que abandone la productividad laboral activa,[272] es evidente que la sentencia será utilizada en casos similares cuya incertidumbre estará amenguada.

251.3. No obstante, como en el sistema judicial argentino no rige la aplicación forzosa de los precedentes jurisprudenciales, la sentencia declarativa quizá solo obtenga eficacia para las partes.[273] No se podría afirmar lo mismo cuando se trata de una acción de inconstitucionalidad adoptada en un proceso colectivo.

---

declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un "caso", ya que dicho procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo, ni importa una indagación meramente especulativa; la acción debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes -al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal- y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (CS, 2006/08/15, "*Policonsultorios de Cabecera S.R.L. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción meramente declarativa*", Fallos, 329:3184).

[271] KISCH, Wilhelm, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en La Haya del 2 al 6 de agosto de 1942, *Rivista di diritto processuale civile,* tomo I, 1933, pp. 3 y ss.

[272] CNCom., Sala D, 2005/03/03, La Ley Online.

[273] En el sistema anglosajón se puede recurrir a la "opinión consultiva" que ha llegado a constituir una valiosa ayuda con la que los tribunales, a requerimiento de las autoridades administrativas o legislativas, preventivamente, y sin que exista litigio trabado, concurren mediante su consejo a la más sólida legalidad de las decisiones de la administración o de las leyes que se proyectan. Desde los primeros años del go-

En efecto, el "*caso concreto*" es el problema a resolver, cuestión diferente a la del *"interés"* y el *"perjuicio actual*". Puede haber *caso* con legitimación (que reúne el interés y el perjuicio —*legitimatio ad causam*— en un mismo nivel de atención) insuficiente; y también a la inversa, que es el supuesto cuando se procura impedir que la jurisdicción actúe en beneficio de mero control de legalidad sin otra consecuencia que un pronunciamiento dogmático.

Sin embargo, como explica García Pullés:

> [...] el concepto de exclusividad de la "jurisdicción dirimente" dio paso al de la posibilidad de la "jurisdicción preventiva", en particular a través de la recepción de la pretensión declarativa de certeza y de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad, criterio que fuera recogido en los casos de "*Estado Nacional c/Santiago del Estero*" y "*Santiago del Estero c/Estado Nacional*".[274]

251.4. Al aceptar la actuación preventiva, que ratifica en numerosos precedentes que señalan la finalidad de precaver las consecuencias de un acto inminente, la presencia del "*caso*" existe sobre situaciones que antes había concebido como abstractas, prematuras, meramente dogmáticas o de discrecionalidad administrativa.[275] De este modo, el *caso* se desprende del *interés*, e incide en los efectos de la cosa juzgada permitiendo la extensión de la sentencia al grupo colectivo (intereses de incidencia colectiva) o al conjunto de la sociedad (derechos o intereses difusos).

> En la causa "*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 y Decreto 1563/04",*[276] el Supremo Tribunal de la Nación confirma la tendencia que la doctrina reclamaba, y desde la fundamentación de la diversidad de intereses a tutelar (individuales, colectivos, individuales homogéneos o trasindividuales), aun siendo el proceso donde resuelve un amparo constitucional, no tenemos duda que se da lugar al caso indirecto que, sostenido en la función preventiva de la acción declarativa —particularmente en la pretensión de inconstitucionalidad— consagra la cuestión abstracta que en algunas provincias funciona en el ámbito de la jurisdicción originaria y exclusiva de los superiores tribunales.[277]

---

bierno inglés, la corona y la Cámara de los Lores han recurrido frecuentemente al dictamen de los jueces en asuntos que el gobierno debía despachar; pero desde los días de Cooke hasta ahora (1932), la magistratura se ha mostrado reacia a tales consultas. Las causas de esa resistencia, entre otras, se fundan en las circunstancias de que las cuestiones no le son sometidas por litigantes agraviados, sino por rama coparticipadora del poder gubernamental y, a menudo, con referencia a controversias típicas cuya argumentación no siempre es enunciada y que, sn embargo, pueden presentarse luego ante esos mismos jueces, en forma de verdadero litigio. La solicitud de esa ayuda judicial ha crecido, eso no obstante, y en diversos Estados de la Unión aparece prevista en la Constitución o en las leyes estatutarias (*cfr*. BORCHARD, *Las sentencias declarativas,* cit., pp. 574/5).

[274] GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los limites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?,* La Ley 04/03/09, donde cita los precedentes de Fallos, 310:2812 y 311:193, respectivamente.

[275] Ver entre mucho otros: Fallos, 329:1568.

[276] CS, 2009/02/24. causa H. 270. XLII.

[277] Coincidimos con García Pullés en que "[...] no es posible desconocer el sentido pedagógico del fallo. El Tribunal no sólo resuelve la extensión de los efectos del pronunciamiento como consecuencia

251.5. El ámbito de lo abstracto que la acción declarativa no tolera, se reconduce y define para evitar pronunciamientos sin causa, es decir, cuando la sentencia tiene una función puramente académica o responde a una consulta imaginada para una hipótesis que los hechos no respaldan.

En nuestro parecer hay algo más que obliga a diferenciar lo *concreto* de lo *abstracto*. En ambos la actuación preventiva satisface el objeto de la acción, pero es evidente que en las relaciones jurídicas convencionales, la pretensión persigue esclarecer la existencia, alcance y modalidades de una obligación existente, donde lo abstracto queda relegado. No hay que olvidar que el demandante debe afirmar y probar, además de los hechos concernientes a la existencia o no existencia del derecho, los hechos de los que nace el interés en pedir la declaración de certeza, entre los cuales la lesión o el perjuicio actual derivado de la incertidumbre, confluye para la necesidad de la acción.[278]

Mientras que en la acción de inconstitucionalidad el conflicto es normativo, y como tal, puede tener un agraviado directo que demande, o varios indirectos que se mantienen en expectativa a la espera de un eventual resultado expansivo de la cosa juzgada. Entonces, surge una contingencia inesperada, porque la duda constitucional que motiva la pretensión tiene un aspecto indeterminado en las personas, bienes o cosas que la norma alcanza, tornando necesario, de alguna manera, la actuación "en abstracto" con fines puramente preventivos, en defensa de la pura legalidad.

251.6. Lo expuesto nos alienta a propiciar un desprendimiento formal de la pretensión simple de mera certeza, de la acción de inconstitucionalidad. La primera tiene que actuar en casos concretos, integrados sus elementos de admisión para eludir la cuestión abstracta. La relación jurídica a atender puede ser pasada cuando de ella derivan consecuencias que todavía perduran, y aun extinguida cuando exista un interés en declarar su validez; no puede ser futura, sino en cuanto se trate de la influencia de un hecho futuro (condición) sobre una relación actual. El interés en accionar consiste en un estado de falta de certidumbre que perjudique al titular del derecho frente a los terceros; no es, pues, indispensable que éste sea un estado subjetivo de falta de certeza del titular del derecho ni que dependa de la falta de certeza objetiva del derecho considerado en sí mismo. Este estado de incertidumbre puede depender del hecho de una determinada persona (negación, rechazo de reconocimiento de un derecho), pero puede depender de muchas otras causas. Finalmente, la acción declarativa de certeza no será admitida cuando el actor tenga a su disposición un medio de defensa más amplio, como la sentencia de condena o la sentencia constitutiva, con tal que sirva para satisfacer el interés en la declaración de certeza.[279]

---

directa de las características del "caso concreto" que imponen esa superación de los límites subjetivos, sino que también lo hace en un contexto de advertencia sobre la instrumentalidad de las formas procesales de cara a la defensa de los derechos fundamentales" (ob. cit., p. 4).

[278] *Cfr*. CHIOVENDA, *Acciones y sentencias de declaración de certeza,* ob. cit., p. 535.

[279] *Cfr*. CHIOVENDA, *Acciones y sentencias de declaración de certeza,* ob. cit., p. 550.

251.7. De su lado la acción de inconstitucionalidad no debiera basarse en la incertidumbre, en cuyo caso, los presupuestos de admisión (incluido el criterio de subsidiariedad) serían distintos a los de la acción de mera certeza (que recordemos, suma en conjunto: la incertidumbre, el perjuicio, la necesidad o urgencia de la pretensión y la elección apropiada del procedimiento), para dar paso a un mecanismo efectivo de controlar a constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones, sea cuando se aplican en el caso concreto o en abstracto.

252. El requisito de peligro en ciernes

252.1. La acción declarativa promueve la actuación preventiva con daño potencial aun no consumado. Para llegar a esta conclusión es preciso inaplicar los vocablos "*perjuicio* o *lesión actual*" insertados en el art. 322 del código procesal, toda vez que ellos deben considerarse implícitos o contenidos en el estado de incertidumbre.

En concordancia con este criterio, la Corte afirma que:

> [...] se encuentran reunidos los requisitos del art. 322 del Cód. Procesal para la procedencia formal de la acción meramente declarativa, si concurre un estado de incertidumbre sobre la existencia y modalidad de una relación jurídica, en la medida en que se trate de dilucidar la existencia de una obligación respecto de la cual se ha producido la totalidad de los hechos concernientes a su configuración, por lo que la controversia es actual y concreta, la actora ha demostrado tener un interés jurídico suficiente y carece de otra vía alternativa útil.[280]

252.2. El peligro en ciernes se refiere al perjuicio de sufrimiento inminente que llegará a producir el acto incierto cuyo esclarecimiento se formula. La inminencia supone proximidad, cercanía o inmediatez con la producción del acto lesivo, que se funda en algo más que una conjetura.

Es decir, el proceso incoado no está para dar explicaciones de carácter dogmático o esclarecer 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 de la acción no se persiguen beneficios restitutivos.

252.3. La prueba del perjuicio o lesión está a cargo de quien demanda. No obstante:

> [...] hay casos en los cuales a necesidad de la acción de declaración de certeza no tiene necesidad de ser demostrada. La existencia de un documento de nuestro derecho en forma privada autoriza a accionar preventivamente aun antes de hacer uso del documento, para poner la escritura al reparo de futuras negaciones. Por otra parte, la existencia de un documento falso, del que resulte un derecho ajeno en daño nuestro, autoriza a

[280] CS, 1988/03/29, "*Colegio San Lucas S. R. L. c. Estado nacional y Prov. de Buenos Aires s/acción declarativa*", La Ley, 1988-D, 98.

accionar preventivamente para la declaración de falsedad, aun antes de que el derecho sea hecho valer contra nosotros…[281]

252.4. La presunción de peligro no basta para fundamentar la pretensión declarativa, pues los hechos inciertos o eventuales no tienen la fehaciencia necesaria que acredite la producción del perjuicio que la eventual incertidumbre genera. 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.[282]

También el peligro en ciernes se puede probar con actos intimidatorios; vale decir, una amenaza propiamente dicha que refleja, en sí misma, una vía 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 obligaciones fiscales que el demandante resiste por improcedente.[283]

253. Actualidad del perjuicio

253.1. La actualidad en el perjuicio supone la permanencia del daño inferido por la incertidumbre al tiempo de resolver la pretensión declarativa. De otro modo, la cuestión carece de interés por haber devenido abstracta, pudiendo, en su caso, ser resuelta por otras vías judiciales concurrentes.

La vigencia del agravio se debe a que la acción declarativa no es un proceso de revisión, es decir, *no juzga hechos pasados*, sino que declara mediante una sentencia, el alcance de la relación jurídica puesta en consulta, y en su caso (inconstitucionali-

---

[281] CHIOVENDA, *Acciones y sentencias de declaración de certeza,* ob. cit., p. 552.

[282] CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, 1988/09/22, La Ley, 1989-B, 240.

[283] Procede la acción meramente declarativa tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 3701 de la provincia de Río Negro, pues, la pretensión de la empresa distribuidora de gas procura tutela jurisdiccional frente a la actitud del Estado provincial mediante el dictado de la norma citada, consistente en la eliminación del cobro por la reconexión del servicio de gas, retiro de los medidores, así como de las multas resultantes de facturas impagas, razón por la cual se configura una causa judicial atinente al control de constitucionalidad de preceptos legales infraconstitucionales cuya decisión es propia del Poder Judicial, en la medida que se advierte un perjuicio concreto al derecho que asiste a quien legítimamente lo invca (CS, 2008/10/07, "*Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Provincia de Río Negro",* La Ley suplemento de derecho admnistrativo 2008 [diciembre], p. 62).

Resulta procedente la acción declarativa entablada por na empresa de transporte a fin de que se declare la inconstitucionalidad del impuesto de sellos que una provincia pretende aplicarle sobre el permiso de concesión otorgado por la autoridad nacional para efectuar el servicio público de transporte interjurisdiccional de pasajeros y anexos, ya que se encuentran reunidos los presupuestos fijados por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues, frente a la actividad explícita de la demandada tendiente a percibir el tributo se evidencia un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de la relación jurídica, y su resolución pone fin a una controversia actual y no eventual (CS, 2008/02/26, "*Expreso Lomas S.A. c/ Provincia de Buenos Aires",* La Ley Online).

dad subsidiaria) dispone sobre la legalidad y el ejercicio de los derechos. El parámetro sobre la actualidad se toma al tiempo del pronunciamiento, de forma tal que si el daño se ha producido y la vía ya no puede evitarlo (*v. gr.:* se ejecuta la el crédito fiscal que el demandante pone en duda), no será éste el carril más idóneo para reclamar (*v. gr.:* en el caso sería la repetición del impuesto).[284]

La Corte aclara que:

> [...] al momento de dictar sentencia, el proceso ha de contar con un objeto actual, requisito que no puede entenderse satisfecho cuando las normas originalmente impugnadas mediante la acción declarativa —art. 8 de la ley 5324 de San Luis y decreto provincial 117/2003— ya no son de posible cumplimiento.[285]

253.2. Por tanto, la acción declarativa resulta un medio eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora, cuando existe una controversia actual y concreta que concierne a la materia federal, que se vincula con la correcta aplicación de la alícuota del impuesto sobre los ingresos brutos a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, y ha mediado una actividad explícita por parte de la provincia dirigida a la percepción del tributo con la alícuota cuestionada.[286]

253.3. En cambio, la presentación de proyectos de ley, —en el caso, modificación de la situación político-institucional de un municipio— no fija en forma definitiva la existencia y modalidad de una relación jurídica, ni genera el estado de incertidumbre que justifica que se de curso a una acción declarativa de inconstitucionalidad para dilucidarlo ya que los trámites que se intenta impedir no causan estado por sí mismos ni conllevan una vulneración de derechos subjetivos que autorice a sostener que se presenta una controversia actual y concreta.[287]

254. Legitimación e interés

254.1. Los presupuestos que tornan procedente la acción declarativa se acreditan en conjunto al tiempo de demandar; lo mismo sucede con los requisitos de la pretensión que observamos en los puntos que preceden; ahora, la verdadera dificultad

---

[284] Al no existir una controversia actual y concreta que configure un "caso" susceptible de ser sometido a la decisión de los jueces, corresponde rechazar la acción declarativa pues, sin perjuicio de la improcedencia de la competencia originaria de la Corte Suprema respecto del agravio referente a la eventual acción de regreso que pudieran intentar las vendedoras por la parte del impuesto abonado correspondiente al actor, no se probó comportamiento alguno de las vendedoras que pueda válidamente originar un conflicto concreto en la materia (CS, 2004/04/15, "*Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa*", Fallos, 327:1034).

[285] Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay, CS, 2005/02/24, "*Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de certeza*", Fallos, 328:175.

[286] CS, 2006/02/07, "*Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ acción declarativa*", Fallos, 329:59.

[287] CS, 2001/08/09, "*Municipalidad de la Ciudad de San Luis c/ San Luis, Provincia de y Estado Nacional s/ acción de amparo*", Fallos: 324:2315.

que presentan las acciones de certeza está en la determinación del interés suficiente para justificar la proposición.[288]

Dice Chiovenda que:

> [...] este interés consiste en una situación de hecho tal que el actor, sin la declaración judicial de certeza sufriría un daño, de modo que la declaración judicial se presenta como el medio necesario para evitar este daño. Pero es solamente la perspicacia del magistrado en la valoración de esta necesidad, en cada caso, la que puede garantizar contra eventuales abusos, como pueden ser los juicios colusivos o ficticios, las acciones desconsideradas y vejatorias.[289]

La legislación argentina en esto tiene una particular aplicación que puede llevar a confusiones entre "derecho" e "interés"; la advertencia ocurre porque casi todos los reglamentos entienden que hay *interés* cuando el actor se encuentra en estado de incertidumbre o inseguridad perjudicial a su situación jurídica, y ese estado puede ser removido por la sentencia declarativa del tribunal.

En la doctrina anglosajona la cuestión revela que es el poder discrecional del juez el que admite o deniega la vía, a cuyo fin el test sigue estando en la duda razonable, en la finalidad útil del pronunciamiento y en la elección de la herramienta apropiada.[290]

254.2. El problema es que "*legitimación para obrar*" no es igual a "*interés jurídicamente relevante*", de modo que el tema, o tiene respuesta para la entrada al proceso en solo uno de estos planteos, o en su caso, se tratan por separado resolviendo de un lado la legitimación o capacidad procesal para ser parte; y por otro, la relevancia de la pretensión para merecer la sentencia declarativa que peticiona.

Inclusive, la vacilación aumenta si la demanda se articula con la base del art. 43 de la Constitución Nacional para fundar la legitimación en juicio, pues el carácter de afectado no tiene relación con el perjuicio o la lesión actual que pide en el actor el art. 322 del código adjetivo.[291]

254.3. Por vía de principio, la pretensión declarativa no escapa a las condiciones que le exigen a la parte acreditar personalidad. El interés se dirige a fundar la pretensión, y ésta solamente se desarrolla cuando hay "*causa*", que refleja la incidencia del art. 116 de la Constitución Nacional que establece que la justicia nacional "*nunca*

---

[288] CHIOVENDA, *Acciones y sentencias de declaración de certeza,* ob. cit., p. 551.

[289] CHIOVENDA, *Acciones y sentencias de declaración de certeza,* ob. cit., p. 551.

[290] Rosenberg, *Las sentencias declarativas*, ob. cit., p. 564.

[291] El hecho de que el actor se funde en el art. 43 de la Constitución Nacional, tampoco justifica la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en razón de que no está en juego la inteligencia de aquella norma sino aspectos propios de la jurisdicción local (Fallos, 322:2023), sin perjuicio de que la Corte entienda en las cuestiones federales que puedan plantearse por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48 (Fallos, 311:2065). Ello es así por el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, que requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre aspectos propios de su derecho público (Fallos, 314:94 y 319:241).

procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte". Sobre esta base, una constante jurisprudencia del tribunal cimero expresa que tales "causas", "casos" o "asuntos" son aquéllos en los que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas.[292] De ahí que la existencia de *causa* presupone la de *parte*, esto es, la de quien reclama o se defiende, y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución dictada finalmente en el proceso.

254.4. Inclusive, cabe observar que la legitimación para obrar alcanza a todas las personas respecto de las cuales quiera formarse la cosa juzgada a fin de disipar la incertidumbre, lo que conduce al mismo tiempo, a las cuestiones de debida integración de la litis, y de límites objetivos y subjetivos de la decisión.

En conclusión, cuando se afronta una pretensión meramente declarativa para resolver la incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica "convencional", quien la promueve debe demostrar la existencia de un interés especial, directo o sustancial, o sea que los agravios alegados tengan suficiente concreción e inmediatez para poder procurar tal proceso.

254.5. De este modo la jurisprudencia hace el correlato y sostiene que: "[…] Si se le otorgó al actor un permiso de uso de los terrenos de un aeródromo público a título precario, éste carece de legitimación para plantear la inconstitucionalidad de los decretos que dispusieron la revocación del permiso y la concesión de los aeropuertos, ya que la situación de precariedad del permiso que se le otorgara, obsta a la constitución de un derecho subjetivo a su favor".[293] Es decir, le niega legitimación por no tener derecho subjetivo.

También en la jurisdicción del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba se dispuso que:

> […] Los concejales de un municipio no están legitimados para pedir la intervención del Poder Judicial de la Provincia en nombre y representación de los vecinos de dicha localidad, pues cuando quien interpone el amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional es el "*afectado*", pretendiendo tutelar incluso derechos de incidencia colectiva, la legitimación para accionar sólo está asignada a quien acredite la preexistencia de un derecho subjetivo, esto es de un agravio propio, directo y concreto de un derecho o garantía constitucional, y tampoco los habilita la sola condición de ciudadanos para asumir la defensa judicial de los intereses de la comunidad por cuanto no logran demostrar en qué medida la disposición atinente a la instalación de un sistema de propalación en el área céntrica de la ciudad puede incidir en su interés personal y directo, produciéndoles un daño concreto.[294]

---

[292] Fallos, 156:318; 317:335 y 322:528.

[293] CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala II, 2006/02/07, "*Empresa Alas Argentinas S.R.L. c. Estado Nacional*", La Ley Online.

[294] Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala electoral, de competencia originaria y exclusiva en asuntos institucionales. 2008/07/21, "*Alvarez, Osman Enrique y otros c. Municipalidad de*

254.6. Pero si dentro de la acción de certeza, o directamente, se deduce la "acción de inconstitucionalidad", las cuestiones de legitimación no pueden tener el mismo estándar de los conflictos privados.

Es cierto que tradicionalmente la Corte Nacional ha trazado reglas muy exigentes al respecto, pidiendo en quien reclama contra el principio de legalidad que: *a)* acredite un perjuicio directo, que no sea contingente ni potencial; *b)* la existencia de un caso concreto, con interés actual y presente; *c)* para la pertinencia de una declaración de inconstitucionalidad es necesario que se dicte una sentencia de condena, es decir, que se reconozca a favor del impugnante un derecho concreto; *d)* la impugnación debe formularse contra la parte que causa el perjuicio denunciado.[295]

Además, sostiene que:

> [...] la incorporación de intereses de incidencia colectiva a la protección constitucional —art. 43, Ley Fundamental— no enerva la exigencia —arts. 108, 116 y 117— de que el afectado demuestre en qué medida su interés concreto, inmediato y sustancial se ve lesionado por un acto ilegítimo o por qué existe seria amenaza de que ello suceda.[296]

254.7. Del encuadre surgiría asentada la corriente que pretende definir en las acciones de inconstitucionalidad la existencia de un interés directo, inmediato, concreto o sustancial que permita tener por configurado un "caso contencioso". Pero ello no limita, antes bien, amplía la legitimación hacia los derechos de incidencia colectiva que pueden acreditarse con el parámetro de la "representación adecuada".

Alta Gracia", La Ley Online. En el mismo sentido se afirma que: "El Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Córdoba carece de legitimación para entablar una acción declarativa de certeza contra la Dirección General de Rentas Provincial a fin de que se declare la improcedencia e inconstitucionalidad de la pretensión de pago del Impuesto sobre los Ingresos Brutos respecto de los ingresos provenientes de las ventas de medicamentos destinados a la salud humana efectuadas por profesionales farmacéuticos no organizados como empresas —farmacias individuales o unipersonales—, ya que para el ejercicio correcto de la tutela judicial efectiva no basta la invocación genérica de derechos supuestamente vulnerados, sino que el sujeto o sujetos afectados, y en calidad de titular de los mismos, deben provocar la actuación jurisdiccional, en tanto lo contrario implicaría que el Poder Judicial invada esferas propias de otros poderes del Estado, alterando el principio de separación de poderes (CFed. Apelaciones de Córdoba, Sala A, 2008/08/15, "*Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Córdoba - Secc. Bell Ville y otros c. Estado de la Provincia de Córdoba (D.G.R.) y otros*", LLC 2008 (octubre), 981 - IMP 2008-23 (diciembre), 2008 - PET 2008 [diciembre-408], 11).

El Consejo de la Magistratura de la Nación carece de legitimación para entablar una acción declarativa cuestionando la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia —en el caso, 557/2005— que distribuyó los recursos del Tesoro Nacional entre él y la Corte Suprema de Justicia, ya que no es titular de un interés propio que lo habilite para impugnar judicialmente un decreto del presidente de la nación, pues tanto el Poder Ejecutivo como el Consejo gestionan únicamente intereses públicos en el ámbito fijado por las potestades y competencias establecidas constitucionalmente (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III , 2006/02/21, "*Consejo de la Magistratura c. Estado Nacional*", La Ley, 2007-A, 560).

[295] *Cfr*. Fallos, 255:262; 264:206; 294:163; 270:74; 306:1282, entre muchos otros.

[296] CS, 2001/08/14, "*Raña, Luis A. c. Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur*", La Ley Online.

Comparte la idea Bianchi para quien:

> [...] a partir de la admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad, donde lo único que se discute -en un juicio de estrecho marco cognoscitivo- es la validez constitucional de una ley o de otra norma, parecería que el caso constitucional o caso federal contemplado en los incisos *a* y *b* del art. 14 de la ley 48 ha pasado a tener por sí rango de caso judicial. Esto es, puede ser llevado ante un tribunal como pretensión independiente y aislada de todo otro contexto, en la medida en que una persona alcanzada por las disposiciones de una ley cuestionada acredite la existencia de un daño futuro y cierto. En consecuencia, el caso constitucional o federal en sí, despojado de toda cuestión de hecho y de derecho común y local, que antes era sólo discutible en esa atmósfera reservada exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia en la instancia extraordinaria, actualmente puede ser analizado también por los jueces de las instancias ordinarias.[297]

Igualmente, cuando la Corte sostiene que, la circunstancia de haberse promovido una pretensión declarativa de certeza no es óbice para emplear en la legitimación las reglas del art. 43 de la Constitución Nacional, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo.[298]

254.8. En suma, el *interés* se relaciona con el objeto a esclarecer, y la *legitimación* con la persona que reclama la intervención de la justicia para actuar sobre ello, no solo por ser portadora de un derecho subjetivo, sino también, porque tiene un interés jurídicamente relevante que le otorga el permiso de entrada al proceso. Pero este interés es el fundamento de la causa, y puede ser diametralmente diferente a la capacidad o legitimación para obrar (*v. gr.:* cuando la acción de inconstitucionalidad se plantea en abstracto), la que sirve para resolver el sentido de quienes son las justas partes de la acción declarativa.

255. El demandado en la acción declarativa

255.1. La *pretensión de certeza simple* no escapa a las reglas de bilateralidad y contradicción de todo proceso. El sujeto pasivo destinatario de la acción declarativa es aquél contra quien se quieren aplicar los efectos de la cosa juzgada.

Decía Rosenberg que:

> [...] algunas veces existen dificultades para determinar la legitimación pasiva (*legitimatio ad causam* del demandado), cuando se demanda la mera declaración de una relación jurídica que no existe entre las partes o en la cual se hallan interesadas otras personas, además de los litigantes.[299]

Cuando la contestación llega de una de las partes en la relación jurídica, las posibilidades de resistencia van en orden a la negación sobre la existencia, alcance o modalidades que el actor interpreta dudosas; es decir, la confrontación existe y

---

[297] BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Tomo 1, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 419.

[298] Fallos, 320:690.

[299] ROSENBERG, *Las sentencias declarativas,* cit., p. 565.

entre ellos se sustanciará el litigio. El problema ocurre cuando la negación proviene de un tercero, porque éste fuerza a demandar a los contratantes o titulares de la relación jurídica.

255.2. De todas formas, en la pretensión de certeza sobre la relación jurídica, las cuestiones de sujetos implicados es más clara y fácil de resolver que cuando refiere a acciones inconstitucionalidad. Es más simple porque la identificación del sujeto es posible, y ya sea por los institutos de la integración de la litis; el litisconsorcio necesario; la intervención de terceros, por citar sólo los mecanismos habituales, la debida constitución del proceso declarativo no tiene demasiadas complicaciones.

255.3. Ahora bien ¿es totalmente cierta esta conclusión? La respuesta afirmativa es riesgosa porque la redacción que tiene la acción declarativa no es suficiente para determinar sin dudas el sentido de lo que se quiere significar con la frase "*relación jurídica*".

Cuando el ámbito se reduce a las convenciones entre particulares no hay conflicto, pero si la vinculación se realiza entre la norma (que genera la relación con otro) y el sujeto, se podrá observar que hay dos tipos de relaciones.

Ellas son bien explicadas por Estela Sacristán cuando dice:

> [...] para comprender mejor esta cuestión tengamos presente que las normas jurídicas pueden establecer, entre sus destinatarios y el órgano legislativo que las dicta, dos tipos de relaciones: (a) *Una relación directa* (sustancial) o (b) *una relación indirecta*. El primer caso tiene un ejemplo típico en las normas tributarias donde el Estado —nacional, provincial, municipal—, emisor de la norma, entabla una relación directa con el destinatario (contribuyente). En el segundo supuesto, la norma tiende a regular una relación entre sujetos (públicos o privados) diferentes del órgano legislativo que la emite o de la persona estatal en la cual ese órgano legislativo desarrolla su actividad. En este segundo supuesto, por lo general, actor y demandado son aquellas personas alcanzadas por la regulación legal, sin que haya participación procesal del Estado o de la persona pública estatal que ha emitido la norma. La cuestión no es tan clara, sin embargo, cuando se trata de un proceso directo sobre la constitucionalidad de la norma, como es la acción declarativa. Se debate, entonces, si en el marco de la acción declarativa de inconstitucionalidad, cuando la relación entre el emisor de la norma y sus destinatarios no es directa, es decir no es sustancial, corresponde no obstante demandar a quien produjo la norma impugnada.[300]

255.4. La controversia depende del sentido que se asigne a la definición de "relación jurídica", porque la propia Corte Nacional ha oscilado el criterio. Algunas veces, sostuvo que la demanda debía ser dirigida contra el "*beneficiario*" y otras contra "*el órgano emisor del acto*". Por ejemplo, en el llamado "corralito financiero", la inconstitucionalidad normativa provino del Estado, las reglamentaciones operativas del Banco Central de la República Argentina, mientras que eran partes de la relación jurídica, los bancos y los depositantes. Si fuera seguido el primer criterio, habría que

---

[300] SACRISTÁN, Estela B., *El legitimado pasivo en las acciones declarativas de inconstitucionalidad (El problema de la llamada relación sustancial),* La Ley, 2002-E, 351.

demandar solo a los bancos, mientras que si la acción se entabla contra el órgano emisor (que no es parte de la relación jurídica) podría faltar en la pretensión declarativa aquél frente a quien se quiere hacer valer la cosa juzgada.

256. Concepto de relación jurídica

256.1. En líneas muy amplias, la Corte siempre se preocupó por analizar los presupuestos de la acción y los requisitos procesales, dejando en un segundo plano el análisis sobre los sujetos de la relación jurídica.

En el año 1998 la Corte resuelve el pedido de inconstitucionalidad planteado por Edesur S.A. contra las leyes 11.752 y 11.756 de la Provincia de Buenos Aires. El Estado demandado argumentó que era sujeto pasivo solamente por ser el órgano emisor del acto sin resultar titular de la relación jurídica en que se sustenta la pretensión. La Corte, resolviendo la excepción en instancia originaria dijo que:

> [...] El hecho de que el Estado provincial, por medio de las leyes 11.752 y 11.756, les haya reconocido a algunos municipios la facultad de cancelar sus deudas en bonos no lo transforma en parte de la relación jurídica referida. La actividad legislativa provincial sólo determina el marco legal aplicable; su cuestionamiento debe ser encauzado, entre quien se dice afectado por el régimen y quien resulta su beneficiario, por la vía procesal que en cada supuesto establecen las normas locales de procedimiento, y, en su caso, con relación a las cuestiones federales que puedan estar en juego, por la contemplada por el art. 14 de la ley 48.[301]

256.2. Afinca en la noción de "parte adversa" la bilateralidad de la relación, que no encuentra en la provincia por no ser deudor de los créditos acerca de los cuales se esgrime la pretensión. Expresamente sostiene que "[...] el hecho de que la actora interponga la acción en virtud de la actividad legislativa de la Provincia de Buenos Aires, no es suficiente para hacerla *parte* y, como tal, legitimada pasiva para ser demandada.[302]

El criterio puede ser correcto si la pretensión declarativa queda emplazada como proceso bilateral y contradictorio entre legítimos contradictores, donde el problema normativo se encuadra en las potestades del juez de declarar la inconstitucionalidad de las leyes sin importar de quien provengan ni de que tipo sean, pues en definitiva, no hay inconstitucionalidad pura, sino inaplicación de ella al caso concreto.

> Habría muchos otros ejemplos, por el caso, la Resolución 30.167/2004 de la Superintendencia de Seguros de la Nación que altera los contratos de seguros de retiro, puede ser base para despejar el estado de incertidumbre en que caen quienes poseen este tipo de pólizas y quieren saber si a ellos se les aplica el límite de ochenta (80) años para la vigencia de la póliza, en cuyo caso, titulares de la relación jurídica son las partes contratantes, aunque sea otro el órgano emisor del acto.

---

[301] CS, 1998/03/17, "*Edesur SA. c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*", Fallos, 321:551.

[302] Fallos, 321:551.

256.3. Pero el temperamento, que insistimos puede ser correcto en las relaciones convencionales, no lo ha mantenido el Tribunal supremo de la nación en cuestiones de carácter tributario, entre otros.

Una vez más, es la profesora Sacristán quien pone claridad en el tema. Ella sostiene que:

> [...] en lo que hace al emisor de la norma y su legitimación pasiva cuando se trata de una acción tendiente a la declaración de inconstitucionalidad de una norma de carácter tributario, vemos que el meollo de la cuestión no gira en torno al emisor de la norma. Antes bien, dado que en la relación —de innegable contenido patrimonial— puede válidamente inferirse la existencia de un acreedor del tributo, que además es el emisor de la norma o quien la implementa, y un deudor, o de un sujeto activo y de un sujeto pasivo en la así denominada relación jurídica tributaria, o, en otras palabras, dada la existencia de un beneficiario y de alguien quien se dice afectado por el régimen, esta suerte de bipolaridad resultante simplifica el análisis.
>
> En estos casos, como regla, y en la medida en que además se verifiquen los restantes recaudos [...] será posible accionar contra el emisor de la norma.[303]

---

[303] Sacristán, ob. cit., p. 352. Allí agrega "[...] Sobre ello nos ilustran los precedentes de la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional que siguen. En "*Hidronor Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. c. Pcia. de Neuquén*" (Fallos: 307:1387 (La Ley, 154-517) —caso de especial relevancia pues es el primero en el que se admite el control de constitucionalidad en el marco de una acción meramente declarativa— la empresa, habiendo sido intimada al pago de un impuesto de sellos por un contrato celebrado con una empresa constructora, acciona contra la provincia de Neuquén pues estima que la provincia carece de facultades para imponer el gravamen. Más recientemente, en "*Transportadora Gas del Sur c. Pcia. de Santa Cruz*" (Fallos: 324:871) la actora, que solicitaba la declaración de inconstitucionalidad del impuesto de sellos sobre diversos contratos celebrados, obtuvo la medida cautelar solicitada por lo que se ordenó a la provincia que se abstuviera de realizar actos tendientes al cobro de aquel impuesto. En "*Santiago del Estero c. Estado Nacional y/o Y.P.F. s/amparo*" (Fallos: 307:1379 -La Ley, 1986-C, 117, con nota de Néstor P. Sagüés-) la provincia perseguía una declaración preventiva que impidiera que, cuando ley tributaria provincial 5464 se pusiera en vigencia, el Estado nacional concretará la no provisión de carburantes y aplicará sanciones, con ilegitimidad y lesión al régimen constitucional (Fallos: 307:1379, consids. 3° y 4°); la relación jurídica, en este caso, se habría comenzado a concretar —mediante telegramas— entre la provincia, acreedora del impuesto, e YPF, entonces entidad autárquica nacional. En "*La Plata Remolques S.A. c. Buenos Aires*" (Fallos: 311:1835) fue admitida formalmente la acción declarativa planteada para obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 118 del Código Fiscal de Buenos Aires en cuanto gravaba con el impuesto a los ingresos brutos a los servicios de remolque que la actora prestaba; ello, pues se violaba el entonces art. 67, inc. 12 de la C.N. En similar línea se ubica "*El Libertador S.A. c. Buenos Aires*" (321:2527) y "*Cooperativa de Trabajo Transportes Automotores de Cuyo (T.A.C.) Limitada c. Mendoza*" (Fallos, 321:2501), en los cuales la sociedad actora -permisionaria nacional- accionó contra la provincia para que se declarara la inconstitucionalidad del gravamen sobre ingresos brutos que ésta pretendía aplicar sobre la actividad de transporte interjurisdiccional desarrollada. En "*Central Neuquén S.A. c. Buenos Aires*" (Fallos, 318:30) y en "*Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A.*" (Fallos, 318:33) se demandó a la provincia en pos de la declaración de inconstitucionalidad de los gravámenes sobre consumo de electricidad previstos en diversas normas provinciales, D.L. 7290/67 y 9038/78 y dtos. 1160/92.

Cabe, asimismo, mencionar el precedente "*Nación AFJP c. Catamarca*" (Fallos, 323:1206), en el que la actora —una AFJP con capital de propiedad del Banco de la Nación Argentina en un 99, 996%, por lo que era una entidad nacional— demandó, y obtuvo, la declaración de inconstitucionalidad de la resolución 9/97 de la Administración General de Rentas de la pcia. de Catamarca en cuanto pretendía incluir en la

257. El emisor del acto cuestionado

257.1. En el régimen argentino no hay una norma federal que reglamente la acción directa de constitucionalidad, aunque el desarrollo jurisprudencial la admite por la pretensión declarativa o desde la acción de amparo. Algunas provincias argentinas, pautan la vía directa concentrando el proceso en la instancia de los superiores tribunales en jurisdicción originaria y exclusiva.

Dicho esto a los fines de diferenciar las condiciones y presupuestos, porque una cosa es elaborar la demanda de inconstitucionalidad dentro de una relación jurídica que se encuentra afectada por el impacto normativo, del cual surge el perjuicio y la incertidumbre eventual; respecto de aquellos lugares donde el ataque a la ley, decreto, ordenanza o reglamento no recibe más condiciones que las especialmente previstas para la acción directa.

257.2. Dentro de la acción declarativa, no se puede eludir el concepto de relación jurídica, de modo tal que el Estado (que emite la ley o norma en conflicto) no puede alcanzar la condición de legitimado "*ad causam*" porque no es parte en la relación jurídica de contenido sustancial. El criterio que la Corte aplicó[304] para no admitir las demandas declarativas contra el órgano emisor del acto, fue señalar que de hacerlo, se provocarían declaraciones genéricas de inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes.*

De igual forma, no debe olvidarse que la Corte advierte que toda controversia se debe sustanciar con aquellas personas cuyos derechos sean afectados por la norma impugnada, excluyendo de la misma al Estado Nacional o Provincial en la medida que éste no revista el carácter de adversario formal, de manera tal que aunque se considerara conveniente su intervención, la misma no lo sería con el carácter de parte a los fines de la existencia de la causa contenciosa requerida para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad.[305]

257.3. Sin embargo en la causa "*Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional*"[306] modifica la corriente y sostiene que:

> [...] la acción declarativa regulada en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación constituye un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la demandante que derivaría de la imposibilidad de cobrar el impuesto a los automotores a los titulares dominiales que han registrado la denuncia de venta, toda vez que ello requiere de la definición de una relación jurídica discutida o incierta. En efecto, los alcances

---

base de cálculo del impuesto a los ingresos brutos a la parte de la comisión prevista en el art. 116 de la ley 24.241. En este caso, la relación jurídica se había generado entre la AFJP y la provincia, que había dictado la premencionada resolución.

[304] Fallos, 321:551. También, CS, 2004/05/27, "*Search Organización de Seguridad S.A. c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa*", Fallos, 327:1813.

[305] Fallos, 310:2342.

[306] CS, 2008/06/10, Fallos, 331:1412.

de la ley 25.232 revelan la existencia, en la actora, de un interés real y concreto, susceptible de protección legal actual.

Es decir, en una situación muy similar al precedente "*Search Organización de Seguridad*", la Corte opta por indicar —indirectamente, pero surge claro en la disidencia de Fayt— que el sujeto pasivo *es el órgano emisor del acto*.

258. Cuestiones procesales

258.1. Fuera de los temas desarrollados, aparecen cuestiones procesales que completan la fisonomía de la acción declarativa, que han generado también discusiones sobre aspectos y aplicaciones.

a) *Plazo de prescripción*

La acción de certeza en el plazo de las relaciones jurídicas de carácter privado no tiene plazo de prescripción porque se debe corresponder con el "interés" y, sobre todo, con la "actualidad" del supuesto perjuicio que provoca la incertidumbre.

En tal caso, los hechos revelarán la temporaneidad del pedido, porque si se trata de solicitar la *existencia*, ella no podrá plantearse una vez que haya comenzado a ejecutarse; en cambio, el comienzo de la relación jurídica fijará un plazo de caducidad para requerir la pretensión sobre el *alcance* o las *modalidades* de cumplimiento, siempre considerando el momento cuando aparece la "duda".

Los plazos de articulación dispuestos para las nulidades del proceso nos parecen demasiados breves (cinco días desde que se toma conocimiento del vicio, o del acto que se vuelve incierto), lo que no significa dejar abierto un espacio abierto de tiempo que no esté vinculado con la pretensión que se persigue.

Por ejemplo, se ha dicho que debe rechazarse la acción declarativa de certeza incoada por el vendedor de un inmueble, tendiente a obtener la declaración judicial de prescripción de las acciones emanadas del boleto de compraventa, cuando la posesión permanente del bien prometido en venta ha sido tolerada por el vendedor, lo que constituye un factor interruptivo de la prescripción en los términos del art. 3989 del Código Civil.[307]

Asimismo, tratándose de una acción declarativa de condena patrimonial de tipo personal referida a la acción correspondiente al socio del socio de una sociedad posteriormente transformada, no teniendo la acción personal un régimen especial de prescripción en los códigos de fondo, se encuentra regida por la general establecida en el art. 846 del Código de Comercio, o el establecido en el art. 4023 del Código Civil, conforme a la regla general del art. 844 del primer cuerpo de leyes que remite a éste; que en ambos casos es similar: diez años, comenzando a correr la prescripción desde la fecha del título de la obligación (arg. art. 3956), atento a que carece de plazo de vencimiento.

---

[307] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 2003/11/18, "*Playarama Corrientes S.A.C. Inmobiliaria y financiera c. Almada de Trujanovich, E. Florentina*", La Ley Online.

Pero en las acciones de inconstitucionalidad, hay plazos reglamentarios en los códigos o leyes locales que llevan a interpretar el tiempo de la presentación.

De este modo se afirma que, corresponde declarar la caducidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad de la ley 7435 de la Provincia de Tucumán, cuando han transcurrido los sesenta días corridos previstos en el inciso 1º del artículo 90 de la ley procesal constitucional para la impugnación de la norma, lo cual torna inútil e innecesario la sustanciación de la demanda.[308]

De igual modo, la acción de inconstitucionalidad sólo procede cuando se invoca de modo directo la infracción de alguna cláusula de la Constitución de la Provincia. Su plazo de caducidad es de un mes y está justificado por el carácter de tutela preventiva que se le asigna a la sentencia declarativa dictada en este tipo de demandas. Tal plazo se computa a partir de la afectación específica y no genérica de los derechos del accionante.[309]

El problema puede surgir en las declarativas de inconstitucionalidad suscitadas en el orden federal, porque de seguir el temperamento de igualación con la acción de amparo, se puede abrir el debate sobre la caducidad de los plazos previstos en la Ley 16.986.

Según esta norma, el amparo se debe deducir 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.

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

---

[308] Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, 2005/04/14, "*Arias, Víctor H. y otro c. Provincia de Tucumán*", LLNOA 2005 (junio), 809 - LLNOA 2005 (agosto), 958, con nota de Oscar Flores.

[309] Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, 1994/10/21, "*Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur c. Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Ushuaia*", La Ley Online.

por la Constitución, ya que presenta factores de conveniencia para su aplicación en el vigente régimen de amparo.[310]

En cambio otros consideran que la norma del artículo 43 de la Constitución Nacional no contiene una derogación en bloque de las disposiciones de la ley 16.986 sobre la acción de amparo, sólo deben entenderse derogadas aquellas condiciones de admisibilidad de la acción que lo hayan sido de modo expreso, entre las que no cabe incluir la enunciada en el artículo 2º inciso e, de la ley que dispone que dicha acción no será 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.[311]

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 irritantes 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.

b) *Tasa de Justicia*

La diferencia trazada en las referencias anteriores se aplica en el caso una vez más. De esta forma, cuando la acción declarativa de certeza verse sobre relaciones jurídicas entre particulares, la tasa de justicia corresponde integrarla, quedando el debate en el porcentual que corresponde. Es decir, si debe ser de monto indeterminado o con el porcentual dedicado al monto del litigio.

Pero si la acción es de inconstitucionalidad, el proceso es constitucional y queda exento de la carga económica. El art. 13 inc. *b)* de la ley 23.898 dispone que la acción de amparo y la acción de *habeas corpus* están exentas del pago de la tasa de justicia siempre y cuando no fueran denegados. La regla que emana de la norma es sencilla: *si la acción de amparo procede se reestablece la vigencia de un derecho fundamental conculcado y el proceso se torna gratuito para el justiciable*.[312] En cambio si la inconstitucionalidad se rechaza, la regla proviene del art. 6 de la misma norma de tasas, que dice:

> En los juicios cuyo objeto litigioso no tenga valor pecuniario y tampoco se encuentren comprendidos expresamente en las exenciones contempladas por esta ley otro cuerpo normativo, se integrará en concepto de monto fijo la suma de [...] que será actualizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de acuerdo al sistema que ella determine pagadero en su totalidad al inicio de sus actuaciones.

Jurisprudencialmente la evolución coincide con los precedentes de la Corte Nacional. Ella ha dicho que, si los antecedentes reseñados demuestran con suficiente evidencia que la pretensión deducida tiene un explícito contenido patrimonial en la

---

[310] CNFed. Civil y Comercial, 1999/06/03, "*Capizzano de Galdi, Concepción c/ Instituto de Obras Sociales*".

[311] CNCiv., Sala F, 1998/03/13, "*Donatelli c/ Ciudad Autónoma de Buenos Aires*", La Ley Online.

[312] GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y SLAIBE, María Eugenia, *Acción declarativa de certeza constitucional y tasa de justicia*, La Ley, 2002-D, 1444.

medida en que la actora pretende percibir una suma de dinero, ella desborda los límites propios de una acción declarativa de inconstitucionalidad y contiene una pretensión de cobro cuya situación económica real es análoga a la de los procesos a través de los que se persigue una sentencia que condene a entregar una suma de dinero, por lo que la parte actora se ha colocado en igualdad de situación con todos los demandantes de tales sumas, quienes deben retribuir el servicio de justicia mediante el pago de la respectiva tasa de conformidad con los artículos 2° y 4°, inciso *a)*, de la ley 23.898, de manera proporcional al monto del interés económico perseguido.[313]

Es procedente la oposición al pago de la tasa de justicia formulada por la parte actora si en el proceso sólo existen constancias que acreditan la intimación que le fue cursada para que presentara el comprobante del impuesto cuya constitucionalidad cuestionó o, en su defecto, efectuara el pago omitido por tal concepto, mas no surge de los elementos incorporados el valor comprometido en el pleito, dado que el fisco provincial no determinó el monto del reclamo fiscal.[314]

La acción declarativa de certeza iniciada por la actora, tendiente a que se disipe el estado de incertidumbre provocado por el poder de imposición que la Provincia de Neuquén y el Estado Nacional —Administración de Parques Nacionales— pretenden ejercer en forma exclusiva sobre el establecimiento de propiedad de este último, tiene un inequívoco contenido económico en virtud de los importes reclamados por el Estado provincial en concepto de impuesto inmobiliario y a los ingresos brutos, por lo que corresponde que la accionante abone el tres por ciento de tasa de justicia, conforme al art. 3° de la ley 23.898, y no el monto indeterminado previsto en al art. 5° del citado ordenamiento.[315]

Los tribunales inferiores corresponden la idea y señalan que, en una acción meramente declarativa tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la normativa de emergencia y el cobro de la diferencia entre los dólares depositados por el actor y la suma extraída, éste debe abonar la correspondiente tasa de justicia ya que, atendiendo al principio de primacía de la realidad, es evidente que se trata de una acción con contenido económico en tanto, persigue el cumplimiento de un contrato.[316]

A efectos de determinar el monto de la tasa de justicia que debe abonarse en una acción declarativa tendiente a lograr la restitución en dólares de los fondos depositados en plazo fijo, debe estarse al porcentaje previsto en el artículo 4° de la ley 23.898 en tanto, no se trata de un juicio de monto indeterminado.[317]

---

[313] CS, 2007/08/14, "*Barattini, Norma Beatriz c. Provincia de Salta*", La Ley Online.

[314] CS, 2007/05/03, "*Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. c. Provincia de Tierra del Fuego*", La Ley Online.

[315] CS, 2006/10/31, "*Lago Espejo Resort S.A. c. Provincia del Neuquén y otro*", La Ley Online.

[316] CNFed. Civil y Comercial Federal, Sala IV, 2007/08/22, "*Venara, Oscar Pedro Mario c. Estado Nacional Ejecutivo y otro*", La Ley Online.

[317] CNFed. Civil y Comercial Federal, Sala III, 2006/05/18, "*Silvetti, María Fernanda y otro c. Poder Ejecutivo Nacional*", DJ 04/10/2006, 359.

En cambio otros ponderan que, en una acción declarativa la tasa de justicia debe oblarse conforme al art. 6 de la ley 23.898, pues aun cuando el litigio tenga por finalidad un beneficio patrimonial, cabe considerarlo de monto indeterminado, por cuanto se persigue el dictado de una sentencia declarativa.[318]

Tratándose de una acción declarativa de certeza —art. 322 del Cód. Procesal—, la tasa de justicia debe abonarse conforme al art. 6° de la ley 23.898), pues, aquélla persigue el dictado de una sentencia declarativa que, aún cuando pueda tener repercusiones de índole patrimonial, carece de contenido económico.[319]

En algunas provincias se afirma que, a fin de establecer el monto de la tasa de justicia que corresponde en la acción declarativa de certeza incoada por una empresa licenciataria del servicio telefónico con el objeto de poner fin a la situación de incertidumbre que la Municipalidad de Río Cuarto creo al pretender cobrarle la contribución que incide sobre el comercio, la industria y las empresas de servicios prevista en el art. 173 del Código Tributario Municipal debe tenerse en cuenta el monto de la determinación tributaria, ya que estamos frente una acción que intenta frenar la pretensión del municipio demandado, evidenciándose así un valor del objeto litigioso o monto económico determinado en la demanda.[320]

c) *Costas*

En las acciones declarativas el presupuesto es la incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica. En consecuencia, es inevitable suponer que quien promueve esta pretensión lo hace ante el desconcierto y con fines supuestamente leales frente al contrario ocasional.

En tal sentido, la situación tiene paralelo con aquellas donde se distribuyen las costas procesales cuando existe divergencia doctrinaria y jurisprudencial, es decir, cuando el propio conflicto tiene dudas razonables sobre la solución.

Sin embargo, 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 las costas. El punto de partida nace en 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 a dilucidar es complejo, las cuestiones analizadas son dudosas y existen opiniones divergentes en doctrina y jurisprudencia, se justifica que el juzgador posea razonables pautas par eximir de costas por estos motivos.

De este modo se afirma que corresponde imponer las costas de ambas instancias por su orden si la acción meramente declarativa fue rechazada en mérito a la improcedencia formal de la vía intentada- en el caso, al contar el accionante con los me-

---

[318] CNCiv., Sala K, 2005/06/09, "*Emerging Markets Fixed c. Humara, Susana*", La Ley Online.

[319] CNCiv., Sala C, 2005/05/03, "*Wolczanski, Rebeca J. c. Haberkorn, Gabriela R.*", DJ 2005-3, 254.

[320] Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala A, 2007/08/31, "*Telefónica de Argentina S.A. c. Municipalidad de Río Cuarto*", IMP 2008-7 (Abril), 616.

dios impugnativos previstos en la ley 11.683 de procedimiento tributario y concurre una cuestión jurídica compleja.[321]

Por supuesto que este límite requiere de una interpretación restrictiva, pues solamente opera cuando la situación de derecho es dudosa, por ejemplo, cuando no hay todavía elaborada una doctrina o una jurisprudencia definida, o se trata de la aplicación de una ley nueva cuya regulación ofrece un entramado jurídico de complejidad.

No se cumple el requisito de señalar y demostrar los errores en que ha incurrido el pronunciamiento apelado, mediante la aseveración de que la cuestión resuelta es de carácter complejo y que por ello debió dilucidarse en una acción declarativa —en el caso, el demandado cuestiona la imposición de las costas a su parte—, ya que ello es insuficiente para modificar lo decidido, por encima del acierto o error del pronunciamiento.[322]

d) *Medidas cautelares*

Toda acción declarativa trabaja sobre una base de confusión que impide dar cumplimiento adecuado a la relación jurídica comprometida. Inclusive, si lo dubitativo se refiere al alcance de la ley, norma o reglamento, y en su caso, a las modalidades de ejecución, es evidente la necesidad de impedir que la continuidad en el desconcierto agrave los perjuicios que la incertidumbre provoca.

Por eso, la sola circunstancia de tratarse de una acción declarativa no excluye la procedencia de medidas precautorias, en tanto éstas tienden a evitar el riesgo de que, durante el transcurso del proceso, el derecho reclamado pierda virtualidad. Y ese riesgo puede existir no sólo en el supuesto de las acciones de condena sino también en las declaraciones de certeza, en la medida en que se afecte de cualquier manera aquél cuyo reconocimiento se persigue.[323]

Los presupuestos no serán diferentes a los tradicionales, como lo destaca reiterada jurisprudencia superior que va delineando la verosimilitud en el derecho (el interés actual y la duda razonable), el peligro en la demora (la afectación directa que provoca la incertidumbre), y las condiciones de la contracautela.

En el grupo de disposiciones, no está eliminada la tutela anticipada, siempre que se acredite su procedencia; o bien la llamada "innovativa", que siendo una decisión excepcional, porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, no queda inerte cuando se justifica.[324]

---

[321] CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, 2000/03/09, "*Hidroeléctrica Ameghino S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos*", La Ley, 2000-F, 643 - DJ, 2001-1-265.

[322] Del voto del doctor Galli. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 2002/04/23, "*P., M. y otros c. Colegio Público de Abogados de Capital Federal*", Sup. Const., 2003 [diciembre], 13 - Con nota de Rey, Sebastián Alejandro.

[323] CS, 1990/11/13, "*Provincia de Mendoza c. Compañía Argentina de Teléfonos S.A. y otro*", La Ley, 1991-B, 255.

[324] Fallos: 316:1833; 319:1069

Por otra parte, y en lo referente al requisito del "peligro en la demora", previsto en el art. 230, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la Corte ha destacado —sin que ello importe juicio alguno acerca de la posibilidad de iniciar acciones meramente declarativas en materias en las que resulta aplicable la Ley 11.683— que si el contribuyente encauza su pretensión por la vía de la acción de mera certeza, no puede desconocer que ella está destinada, por su índole, a agotarse en la declaración del derecho, limitación que en principio obsta a que pueda configurarse aquel recaudo.[325]

Sostiene, entonces, que resultan suficientemente acreditados los presupuestos previstos en los incisos 1° y2° del art. 230 del Cód. Procesal para acceder a la medida cautelar de no innovar, pedida por la Administración de Parques Nacionales en el marco de la acción declarativa deducida contra la Provincia de Misiones con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley provincial 4467 —en cuanto crea el "Parque Provincial Río Iguazú" sobre un establecimiento de utilidad nacional sometido a jurisdicción del Estado Nacional— y ordenar la suspensión de los efectos de la ley impugnada y de de toda otra norma dictada en su consecuencia, con relación al sector argentino del Río Iguazú comprendido dentro del Parque Nacional Iguazú.[326]

Ante todo, cabe recordar que la acción declarativa que no implica una acción de carácter simplemente consultivo, ni importe una indagación meramente especulativa y responda a un "caso" que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal, constituye "causa" en los términos de la Ley Fundamental, en cuya virtud es posible disponer toda medida cautelar que evite perjuicios innecesarios.

Sobre estas bases proceden medidas provisionales, inclusive aquellas que supongan afectar el principio de ejecución plena del acto administrativo, toda vez que ha dicho la Corte Nacional que, que si bien, por vía de principio, las medidas no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles.[327]

259. Las cuestiones de inconstitucionalidad

259.1. A esta altura es posible ir pensando en la necesidad de darle autonomía a la acción de inconstitucionalidad y desprenderla totalmente de la pretensión declarativa. Inclusive de oficio, imprimiendo el trámite del amparo como se ha destacado en los precedentes jurisprudenciales.

Pero es éste un problema de la acción declarativa federal, no así de los reglamentos locales donde cabe hacer algunos comentarios.

---

[325] Fallos: 307:1804 y 319:1069

[326] CS, 2008/12/29, "*Administración de Parques Nacionales c. Provincia de Misiones*", Sup. Adm. 2009 (febrero), 52 - La Ley, 2009-A, 423.

[327] Fallos, 250:154; 251:336; 307:1702; 314:695.

259.2. En Argentina, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes le permite a todos y cualquier juez, aplicar con libertad el criterio de interpretación sobre el ajuste de la norma cuestionada a la carta constitucional. En las provincias, por vía de principio, el ajuste debe practicarse cobre la Norma Fundamental local, y recién mediando cuestión federal, la colisión eventual con la Constitución Nacional la realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación como intérprete final.[328]

De este modo, las cuestiones de constitucionalidad se presentan en una controversia particular donde el conflicto se suscita por vía de *incidente*, *excepción* o *defensa*; en cuyo caso el régimen procesal es el señalado en la oportunidad de proveer la admisión de la demanda. O quedan atrapados en el camino recursivo por las instancias hasta llegar al *recurso extraordinario federal* (art. 14, Ley 48, que algunos llaman recurso de inconstitucionalidad); sin perjuicio de los reglamentos locales que se ocupen del tema.

259.3. En este aspecto hay otra variable: Aquellos que, además del control difuso que dejan en manos de la jurisdicción ordinaria, admiten un *recurso directo de inconstitucionalidad* contra la ley, decreto, ordenanza o reglamento que estatuyan sobre materia regida por la Constitución de la provincia. El cual, a su vez, tiene dos posibilidades de articulación; *i)* en una *causa concreta*, o *ii)* como *cuestión abstracta* de inconstitucionalidad.

Los procedimientos se sistematizan en niveles diferentes. En primer término las constituciones locales, en el capítulo del Poder Judicial y dentro de las funciones del Superior Tribunal, suelen disponer la jurisdicción originaria y exclusiva en este tipo de actuaciones. Luego, los códigos procesales reglamentan el procedimiento, sin perjuicio de otros lugares donde la técnica se dispone por leyes especiales.

Apéndice normativo

a) *Provincia de Buenos Aires*

En territorio bonaerense hay justicia ordinaria civil y comercial, y jueces en lo contencioso administrativo. Todos ellos concretan actividad fiscalizadora siguiendo el modelo difuso. La particularidad aparece en dos disposiciones del código procesal, uno es el art. 299 que permite actuar como "*de inconstitucionalidad*" un recurso contra las sentencias definitivas de jueces y tribunales, dentro de los que se hubiera controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución de la provincia y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema. El otro es el art. 683 que dispone: *De acuerdo a lo dispuesto*

---

[328] La eficacia y uniformidad del control de constitucionalidad ejercido por los jueces también requiere la existencia de un Tribunal Supremo especialmente encargado de revisar las decisiones dictadas al respecto. En el régimen de la Constitución, tal órgano no es otro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De ahí que haya sido expuesto, reiteradamente y desde los albores de nuestra definitiva organización, que ella es el intérprete y salvaguarda final de la Constitución Nacional y de los derechos y garantías en ésta contenidos (CS, 1988/12/01, "*Di Mascio, Juan R.*", La Ley, 1989-B, 417, con nota de Néstor Pedro Sagüés).

por la Constitución de la Provincia, se podrá demandar la declaración de inconstitucionalidad de ley, decreto, ordenanza o reglamento que estatuya sobre materia regida por aquélla, debiendo observarse el siguiente procedimiento.

De lo expuesto se desprende que dos son los caminos que llevan al Alto Tribunal a conocer de la constitucionalidad de las normas; una es la del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, es decir, por la senda revisora regulada por los artículos 299/303 del código adjetivo; y otra, la presente, que importa el ejercicio de una *acción autónoma* promovida directamente ante la Corte, con el objeto de que establezca si determinada ley, decreto, ordenanza o reglamento contrasta con los principios constitucionales provinciales.[329]

Es decir, el control de constitucionalidad que ejerce la Suprema Corte de Justicia reconoce una doble vertiente, que proviene tanto de la promoción de la demanda originaria, como del recurso que arriba en grado de apelación. No constituyen instancias sustitutivas, sino alternativas de las que dispone el ciudadano para hacer efectiva la primacía constitucional.[330]

La demanda de inconstitucionalidad debe ser planteada de manera autónoma e independiente; no puede ser interpuesta por vía incidental.

El proceso en análisis no difiere sustancialmente de la acción meramente declarativa, siendo su fin específico el de asegurar la supremacía de la Carta Fundamental respecto a las normativas de rango inferior, en función de las atribuciones que tiene la Suprema Corte como su máximo intérprete. En este sentido, incluso, calificada doctrina ha entendido pertinente nominar la figura como "acción declarativa originaria de inconstitucionalidad".[331] Además, en el sistema actual de la justicia contencioso administrativa (Ley 12.008) es novedosa la inclusión de una pretensión declarativa de certeza *sobre una determinada relación o situación jurídica regidas por el derecho administrativo* (art. 12 inciso 4, primera parte), antes incompatible.

Esta pretensión se caracteriza, dice Milanta, porque agota su satisfacción con la declaración judicial requerida, de ahí que se destaque la palabra "meramente" que acompaña a "declarativa". Pero el ámbito de la función es preventivo, pues solo mediante la declaración de certeza se consigue la satisfacción del interés jurídico evitando que se consume el agravio.[332]

---

[329] El Código Procesal reglamenta el procedimiento para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 161 inc. 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, pauta legal que le otorga a la Suprema Corte de Justicia el ejercicio *de la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada*.

[330] SC Buenos Aires, 1998/07/04, "*Quinteros Palacios, Gabriel c. Provincia de Buenos Aires s. Inconstitucionalidad ley 11.192*"; JUBA B 86820, *cfr*. GOZAÍNI, Osvaldo A., *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires,* Tomo II, La Ley, 2008 (2ª ed.), pp. 623 y ss.

[331] MORELLO, SOSA, BERIZONCE, *Códigos Procesales...*", tomo VII-B, cit., p. 439.

[332] MILANTA, Claudia A. M., *Reforma procesal administrativa de la provincia de Buenos Aires. Proceso ordinario y procesos especiales,* en "El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos

La naturaleza declarativa hace que, en la generalidad de los casos, resulte impropio acumular la acción de inconstitucionalidad con una acción de condena.

La finalidad tutelar de la acción de inconstitucionalidad justifica la decisión de una controversia aunque el daño no se haya concretado por la pendencia de un término. En este sentido, es de resaltar que la suspensión por plazo cierto de la aplicación de una ordenanza municipal, impugnada mediante acción ordinaria de inconstitucionalidad, no torna abstracta la cuestión, pues mientras el dispositivo atacado no haya sido derogado, los derechos cuya tutela se procura están condenados a extinguirse al vencer los mencionados plazos.[333]

El objeto de la acción debe vincularse a normas de carácter general. Si lo que acontece es que la pretensión encierra una cuestión de legitimidad o ilegitimidad de un acto de alcance particular y no de inconstitucionalidad de la norma en abstracto, debe buscarse la solución del tema por otro cauce procesal. Es decir, la acción de inconstitucionalidad sólo tiene por objeto la impugnación de normas generales y no de actos administrativos de alcance particular.[334]

Otro punto a tener en cuenta es que no puede ser atacado por la demanda originaria de inconstitucionalidad un acto legislativo diverso a la ley. Sobre el particular, el Tribunal Supremo de la Provincia ha decretado la impertinencia de la demanda si no se cuestiona alguna norma que pueda constituir objeto de la misma, sino que se acciona en razón de la aprobación de un proyecto de ley por una de la Cámaras Legislativas, acto que importa una etapa constitutiva del proceso de sanción de una ley.[335]

Igualmente, si el objeto de la acción recae sobre un precepto que ha perdido vigencia, la misma se torna improcedente, en tanto no es propio que el Tribunal se expida respecto de cuestiones que han perdido trascendencia. Es decir, la cuestión litigiosa se torna abstracta si han sido derogadas las normas objeto de la acción de inconstitucionalidad y no conserva el actor un interés específico derivado de la subsistencia de efectos producidos por aquéllas -dado que no llegaron a aplicarse- circunstancias por las cuales cualquier decisión al respecto resultaría meramente teórica, inútil e inoficiosa y, por lo mismo, impropia de la función judicial. Recuérdese que, en nuestro sistema, no cabe la pretensión tendiente a una mera declaración dogmática o consultiva.

Aires", AA.VV., (obra dirigida por Juan Carlos Cassagne y Agustín A. Gordillo, y coordinada por Carlos A. Botassi), Platense, 2004, p. 615.

[333] SC Buenos Aires, 1984/04/10, *"Martina Oliveira, Jerónimo y otro",* DJBA, 126:265.

[334] SC Buenos Aires, 1981/03/10, "*Sánchez Coronel, Carmen E.*", DJBA, 120:319). Sobre esta base, corresponde desestimar "in limine" la demanda si lo que se impugna es un acto de alcance particular, teniendo en consideración que sólo pueden ser objeto de cuestionamiento por la vía prevista en el art. 161 inc. 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, ordenamientos que, con independencia de su denominación, constituyan mandatos generales, abstractos e impersonales dirigidos a la comunidad (SC Buenos Aires, 2001/10/17, "*Ruiz, Juan Manuel c. Consejo de la Magistratura s. Inconstitucionalidad de resolución administrativa*", JUBA B 90136).

[335] SC Buenos Aires, 1998/05/19, "*Perrota, Julio César s. Inconstitucionalidad*"; JUBA B 86798.

La doctrina de la Suprema Corte excluye a la demanda originaria de inconstitucionalidad como medio apto para juzgar la concordancia de normas de carácter provincial frente a otras de carácter nacional. Tampoco ha sido prevista la acción declarativa de inconstitucionalidad para entender respecto de invocadas violaciones a la Constitución de la Nación. De allí que se haya desechado el tratamiento de la impugnación constitucional que se sustenta en la infracción a las normas de la Constitución Nacional, en tanto las presuntas infracciones a ella no pueden ser invocadas como fundamento de una demanda de inconstitucionalidad (arts. 161 inc. 1° de la Const. Prov. y 683 a 688 Código Procesal).[336]

En cuanto al carácter de la petición debe llevarse por persona interesada; y ese interés debe ser "particular" y "directo", situación que se configura cuando el ejercicio de un derecho constitucional de quien deduce la acción se halla afectado -o ha de ser ineludiblemente afectado, de intentarse la acción con carácter preventivo- debido a la aplicación de la ley, decreto, ordenanza o reglamento cuya constitucionalidad controvierte.

La calidad de parte interesada debe ser acreditada como requisito necesario para la procedencia de la demanda, siendo atribución de la Corte efectuar el examen "*in limine litis*".

Interpuesta la demanda y superado el control liminar de procedencia, el Presidente del Alto Tribunal correrá traslado de la demanda por el término de quince días. Recordamos que es atribución de la Suprema Corte examinar de oficio la admisibilidad extrínseca de la demanda de inconstitucionalidad y si las normas controvertidas en el caso no pueden ser enjuiciadas a través de la acción intentada.

La acción ha de sustanciarse con el asesor de gobierno, cuando el acto haya sido dictado por los poderes Legislativo o Ejecutivo. En cambio, cuando se cuestionen normas municipales, el traslado se conferirá a los representantes legales, o a los funcionarios que ejerzan la titularidad de los organismos involucrados en el dictado del precepto.

Concluida la causa para definitiva, se oirá el Procurador General y se dictará la providencia de autos para dictar sentencia.

La declaración de inconstitucionalidad de un precepto acarrea la eliminación del valladar legal que impedía a la actora acceder al derecho afectado. No obstante, entendemos adecuado precisar que la sentencia declarativa carece de efectos derogatorios o "*erga omnes*", de lo que se deduce que la norma cuestionada no pierde vigencia respecto de toda persona que no haya intervenido en el proceso.

En la acción prevista en el art. 683 que referimos el alcance que deriva de la declaración de inconstitucionalidad es limitado, dado que se ciñe al caso sometido a decisión. Por lo tanto, aquél que promovió la demanda originaria de inconstitucionalidad aprovecha de la sentencia que allí se dicte frente a los terceros aunque sólo

---

[336] SC Buenos Aires, 1997/10/07, "*Falocco, Estela María s. Inconstitucionalidad art. 36 inc. 5° ap. b y c Dec. 2719/94*", JUBA B 85888.

circunscripta al asunto que motivó su presentación y que habilitó su calidad de actor ("acreditación de interés particular y directo").[337]

b) *Provincia de Catamarca*

El control de constitucionalidad en esta provincia es muy similar al dispuesto para el orden federal. La Norma Fundamental local establece:

> ART. 39.—Todo habitante de la provincia tiene derecho a utilizar un procedimiento judicial efectivo contra actos u omisiones de la autoridad o de terceros que violen, menoscaben, enerven o amenacen hacerlo, sus derechos fundamentales reconocidos por esta Constitución o por las leyes dictadas en su consecuencia. Si el mismo no estuviera instituido o reglamentado, los jueces arbitrarán las normas necesarias para ponerlo en movimiento y resolver sin dilación alguna.
>
> ART. 40.—Contra todo acto, decisión u omisión de los agentes administrativos que violen, amenacen o menoscaben derechos garantizados por esta Constitución o por las leyes sancionadas en su consecuencia, y que ocasionen un gravamen irreparable por otro medio, procederá el amparo, que se sustanciará judicialmente, por procedimiento sumario y sin necesidad de reglamentación previa.
>
> ART. 203.—Corresponde a la Corte de Justicia y demás Tribunales o Juzgados inferiores, el conocimiento y decisión: ...2. De las causas acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos o reglamentos que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución.
>
> Art. 208. Toda resolución judicial debe ser motivada. Contra las que no lo sean procederán los recursos de nulidad y de inconstitucionalidad y las costas serán impuestas a quienes las suscriban.

Del encuadre surge el control difuso de la supremacía, y la revisión de la Suprema Corte de Justicia mediante intervención rogada en el recurso extraordinario reglamentado en el art. 285 del código procesal que establece:

> El recurso extraordinario de inconstitucionalidad procederá contra las sentencias definitivas de los tribunales ordinarios de última instancia, cuando en el proceso se haya controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución Nacional o Provincial, según corresponda, y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema.

También cuenta el reglamento adjetivo con la acción declarativa prevista en el art. 322 que reproduce el texto agregado al código federal por la ley 17.454, de modo que pueden aplicarse a la provincia iguales conclusiones a las desarrolladas.

c) *Provincia de Córdoba*

En esta provincia de Córdoba, la acción declarativa de certeza se regula en el art. 413 del Código Procesal, con estos términos: "El que ostente un interés legítimo

---

[337] SC Buenos Aires, B 57513, 199908/17, "*Boese, Irene c. Caja de Previsión Social para Profesionales de la Ingeniería de Bs. As. s. Demanda contencioso administrativa*", DJBA 157:99.

puede entablar acción a fin de hacer cesar un estado de incertidumbre, que le causa perjuicio sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, aun sin lesión actual".

Comparando la disposición con el texto federal surge que en el orden nacional la pretensión meramente declarativa tiene carácter preventivo y subsidiario; en cambio, la norma provincial autoriza la posibilidad "aún" sin lesión actual, es decir "aunque" todavía no se hubiera producido un perjuicio, lo que no excluye solicitar una pretensión reparadora. Y con relación a la subsidiariedad se deja ver que el art. 413 elimina el recaudo nacional, al no exigir como presupuesto de admisión que el actor no disponga de otro medio legal.[338]

La vía se presenta sin especificar su actuación como acción de inconstitucionalidad, la que sí está prevista en el art. 165 inciso 1º apartado *a)* de la Constitución local[339] y en el art. art. 11, inc. 1°, apart. *a)* de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es decir que hay dos vías de acceso al Tribunal Superior de Justicia, con el cual se permite el ejercicio del control de constitucionalidad: *a)* la vía recursiva, instrumentada en el recurso de inconstitucionalidad (arts. 391 a 394, CPCC -ley 8465), y *b)* la vía originaria y exclusiva, instrumentada en la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 165 inc. 1°, apart. *a)* de la Constitución Provincial.[340]

Reunidos los mecanismos y confrontados con la jurisprudencia del máximo tribunal local se comprueba que tanto la acción de certeza como la directa de inconstitucionalidad ciernen sobre cuestiones de hecho y de derecho (lo que hace una diferencia importante con el resto nacional), actúan preventivamente, y pretenden evitar el daño injusto que llega del estado de incertidumbre.

El Tribunal Superior distingue estos dos modelos tomándolos con diferente carácter: uno "preventivo" y otro de carácter "represivo". El primero procede cuando la norma impugnada no ha sido efectivamente aplicada, procurando impedir su ejecución; el restante, en cambio, presupone la aplicación, al caso concreto, del dispositivo legal cuestionado, persiguiendo el demandante la reparación del derecho presuntamente vulnerado. Y sostiene, que en el sistema ordinamental cordobés, la acción declarativa de carácter "preventivo" o "declarativo" compete originaria y exclusivamente al tribunal superior (art. 165, inc. 1°, apart. a, Constitución Provincial). En cambio, la de carácter "represivo" corresponde —en primer término— a los tribunales inferiores y sólo luego del agotamiento de las instancias ordinarias a la corte local por la vía de los recursos extraordinarios arbitrados.[341]

---

[338] FERREYRA DE DE LA RUA, Angelina, GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba,* Tomo II, La Ley, 2006 (3ª ed.), Buenos Aires, p. 880.

[339] "ART. 165.—El Tribunal Superior de Justicia tiene la siguiente competencia: [...] *a)* De las acciones declarativas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, cartas orgánicas y ordenanzas, que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución, y se controviertan en caso concreto por parte interesada".

[340] GÓMEZ, Claudio D., *Acción declarativa de inconstitucionalidad en la Provincia de Córdoba,* LLC 2005 (abril), 280.

[341] GÓMEZ, ob. cit., p. 281. TSJ, en pleno, "*Aguirre Domínguez, José M. y* otra", 1997/12/11, LLC 1998-356.

En cuanto a los presupuestos necesarios que surgen de las normas mencionadas, se ha impuesto el criterio restrictivo, habitualmente fundado en el carácter excepcional de la intervención originaria y exclusiva de este Tribunal Superior de Justicia en pleno, lo que determina la inadmisibilidad de la acción en la medida que existan otras vías procesales idóneas para alcanzar la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos y garantías constitucionales en juego.

Los recaudos de "parte interesada" se vinculan con interés directo por mantener o preservar los alcances de una situación jurídica subjetiva que sufre la amenaza de ser alterada por las disposiciones cuestionadas en su adecuación constitucional.

También se requiere de "caso concreto" en el sentido de lo ya expuesto, es decir, adoptar la expresión "caso" contenida en el citado precepto constitucional no solo en la noción de "litigio", entendido éste como pleito o contienda entre partes de un proceso que defienden pretensiones opuestas, con la expectativa de alcanzar la condena de una de ellas; sino con el más amplio de "conflicto de intereses" que pueda suscitarse entre distintos "sujetos o partes" de una relación jurídica sustancial, en orden al cual el justiciable legitimado, aún cuando no haga valer una pretensión de condena, necesita la intervención del Tribunal para que, mediante un pronunciamiento jurisdiccional, se confiera certeza a una situación jurídica dudosa, susceptible de producirle un daño.

d) *Provincia de Corrientes*

Con pocas modificaciones respecto del código procesal civil y comercial de la Nación, la provincia de Corrientes repite éste ordenamiento, de modo que el art. 322 (acción declarativa) tiene la misma redacción, y en consecuencia, se reiteran las observaciones hasta aquí expuestas.

En materia de control de constitucionalidad el espectro se nutre de las siguientes cláusulas de la Constitución provincial. El art. 27 establece:

> Los principios, garantías y declaraciones establecidos en esta Constitución no podrán ser alterados, bajo pena de nulidad, por las leyes que los reglamenten.
>
> Toda ley, decreto, orden o resolución emanados de las autoridades, que impongan a los principios, libertades y derechos consagrados por esta Constitución, otras restricciones que las que la misma permite o priven a los habitantes de la provincia de las garantías que ella asegura, serán nulos y sin valor alguno.
>
> Sin perjuicio de las reclamaciones por inconstitucionalidad, los damnificados por las disposiciones podrán deducir ante quienes corresponda las acciones procedentes contra los funcionarios o empleados públicos, hayan o no cesado en su mandato, que las hubieran autorizado o ejecutado, sin que puedan eximirse de responsabilidad en caso alguno, alegando orden o aprobación superior.

La inconstitucionalidad se puede articular desde el juicio de amparo, reglamentado en términos muy parecidos al de la Constitución Nacional. Sostiene el *art. 67* 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 la Constitución, un tratado o una ley. Esta acción es admisible sin necesidad de extinguir vía alguna. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Pueden 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.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en el caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* puede 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.

El Superior Tribunal de Justicia practica el control de la supremacía constitucional, conforme el art. 187 que dice: "[…] 1) Ejerce la jurisdicción en grado de apelación, para conocer y resolver la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y que se controvierta por parte interesada, en juicio contradictorio".

Los recursos *procesales que se dan dentro del control difuso son: el recurso extraordinario de inconstitucionalidad* que procede contra las sentencias definitivas de tribunales de última instancia ordinaria cuando en el proceso se haya controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución de la Provincia y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema (art. 289, CPCC), y obviamente, el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48.

La Carta Constitucional modificada en el año 2007 introdujo un programa de reformas que sentó varias cláusulas de protección especial. De este modo, las normas de posible agravio pueden ser de carácter administrativo y constitucional, en uno existe ilegalidad y en otra, inconstitucionalidad, pudiendo ambas coexistir perfectamente y así ser al mismo tiempo una cuestión administrativa y constitucional.

La elección de la vía judicial más idónea se entronca con el derecho conculcado; de allí que el intérprete judicial debe estar guiado por una percepción axiológica para elegir el camino adecuado, tal como lo pide en sus fallos el Superior Tribunal.

Debe tenerse presente que el objeto del *recurso extraordinario de inconstitucionalidad* es la ley, decreto ordenanza o reglamento mismo en lo que hace a su validez constitucional. Por lo que el examen que provoca se refiere a la congruencia o discordancia de cualquiera de aquellas con la Constitución provincial y no puede fundarse en que la sentencia misma sea inconstitucional. Supuesto este último canalizable, según los concretos vicios, por las vías de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, o de nulidad.

A falta de una regulación especial de la *acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*, el Tribunal, en situaciones de duda, ha valorado como solución más

acorde con sus prerrogativas de contralor constitucional, la declaración de su competencia. Se trata de un criterio amplio, que tiene por fin evitar la desnaturalización del instituto para que no se convierta en simple acción de consulta o en instrumento de composición de litigios meramente políticos.[342]

Con relación a los requisitos se repiten las condiciones, vale decir que, para la configuración y existencia de causa "judiciable" debe concurrir un típico "caso" en el que haya un interés (jurídico) real y concreto. No procede en situaciones abstractas donde no surja un interés jurídico de carácter bilateral y contradictorio.

La inconstitucionalidad subsidiariamente reclamada (art.169 de la Constitución Provincial respecto de la Constitución Nacional), no requiere necesariamente del trámite previsto por el art. 508 del Código de Procedimientos en lo Penal, pues de ser así, quedarían sin la protección del control constitucional las sentencias, resoluciones, etc., emanadas de la jurisdicción judicial. Esto es, se suprimirían las causales de interpretación absurda, de arbitrariedad, etc. por las cuales es legítimo el alzamiento extraordinario ante el Superior Tribunal, conforme su propia doctrina.[343]

La ley de Amparo (nº 2903) o el carril de la acción contencioso administrativa (ley 4106), sin tener ninguna exclusividad o preferencia, admiten planteos de inconstitucionalidad normativa.

Para que proceda la acción directa de inconstitucionalidad se debe demostrar el perjuicio o lesión actual; si la demanda importa una pretensión ejercida solo como una impugnación abstracta, hipotética o conjetural, que no tiende a satisfacer un interés real, efectivo, concreto, actual y positivo, ni demuestra lesión alguna a un derecho público subjetivo o siquiera a un interés difuso o legítimo, ésta es manifiestamente inhaprendible.

Por tanto, no existe causa justiciable al no concretarse el requisito del interés concreto, del agravio personal o directo para proponer el control constitucional. La

---

[342] A falta de una regulación especial de la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad de una ley; el Tribunal Superior, en situaciones de duda, debe valorar —como solución acorde con sus prerrogativas de contralor constitucional— la declaración de su competencia (STJ, 1995/11/25, *"Poder Ejecutivo de la provincia de Corrientes c/ Poder Legislativo de la provincia de Corrientes s/ conflicto de poderes*".

También se afirma que: "No es óbice para el ejercicio de la competencia originaria del Superior Tribunal el hecho de que junto al conflicto de poderes suscitado se plantee la inconstitucionalidad de una ley de la Honorable Legislatura —en el caso la Ley Nº 4988—; ello es así ya que en los juicios de plena jurisdicción —causas contencioso administrativas— a veces se han planteado cuestiones de constitucionalidad de leyes, sin que necesariamente sea de aplicación la jurisdicción apelada de este S.T.J.; tal como lo explicita el inc. 1º del art. 145 de la Constitución de la Provincia (STJ, 1995/11/20, "*Poder Ejecutivo de la provincia de Corrientes c/ Poder Legislativo de la provincia de Corrientes s/ conflicto de poderes".*

[343] STJ, 1996/12/12, "*Querella criminal promovida por O.A.B. C/ E.L.G. s/ calumnias e injurias*".

Asimismo se dice que, el hecho que se plantee la inconstitucionalidad de las normas dentro del objeto del juicio y que la competencia jurisdiccional por la inconstitucionalidad de las normas sea apelada según lo dispuesto en el art. 145 inc.1º de la misma Constitución, no implica que si se formulara un planteo de inconstitucionalidad a través de un juicio contencioso o un conflicto de poderes, el Superior Tribunal no pueda entender en el mismo (STJ, 1995/06/29, "*Iglesia Ciro, Roberto c/ Provincia de Corrientes s/ demanda*"

emisión de declaraciones de inconstitucionalidad, o de constitucionalidad, cuando falta interés concreto en quien acciona, se equipara al caso de las consultas y de las cuestiones teóricas, detraídas del Poder Judicial local.

e) *Provincia de Chaco*

La provincia del nordeste argentino permite el control de constitucionalidad de las normas mediante articulaciones directas deducidas por parte interesada. En la Constitución local el art. 9 establece que:

> Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a la ley suprema de la Nación o a esta Constitución son de ningún valor, y los jueces deberán declararlos inconstitucionales a requerimiento de parte.
>
> La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia produce la caducidad de la ley, decreto, ordenanza o disposición en la parte afectada por aquella declaración.

El párrafo final ingresa una diferencia importante en el derecho público provincial porque significa abrogar la norma contraria a la Constitución a través de una sentencia jurisdiccional.

El derecho al proceso se resguarda en el art. 19:

> Todos los derechos y garantías reconocidos, expresa o implícitamente, en esta Constitución están protegidos en sus ejercicios por las siguientes acciones [...]: Amparo: La acción de amparo procederá contra todo acto u omisión de autoridad o particulares, que en forma actual o inminente, restrinja, altere, amenace o lesione, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, derechos o garantías constitucionales, y siempre que no exista otra vía judicial pronta y eficaz. Podrá promoverse ante cualquier juez letrado, sin distinción de fuero o instancia, y sin formalidad alguna.
>
> Los plazos no podrán exceder en ningún caso de cuarenta y ocho horas y el impulso será de oficio. El juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos.
>
> Esta acción también podrá ser promovida por toda persona física o jurídica, para la defensa de los derechos o intereses difusos o colectivos, los que protegen al ambiente, al usuario y al consumidor.

La acción declarativa de certeza es igual que en el orden federal solo que reglamentada en el art. 302 del código procesal civil y comercial local. En esta senda, prevista para esclarecer la vigencia, sentido y alcance de una relación jurídica de carácter público o privado, puede agregarse la previsión del art. 26 constitucional que establece:

> Toda persona o el Estado afectado por una resolución definitiva de los poderes públicos, municipalidades o reparticiones autárquicas de la provincia, en la cual se vulnere un interés legítimo, un derecho de carácter administrativo establecido en su favor por ley, decreto, ordenanza, reglamento o resolución anterior, podrá promover acción contencioso-administrativa y las demás acciones que prevea el código en la materia. Una ley especial creará el fuero contencioso-administrativo, estableciendo la forma y modo de su funcionamiento.

La competencia para ejercer el control depende del tipo de acciones promovidas, si es amparo se regula por la jurisdicción ordinaria con escala recursiva hasta llegar a la Corte local y Federal, por vía del art. 14 de la ley 48.

Por su parte, el art. 163 de la Carta Magna de la provincia dice:

> El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo judicial, las siguientes atribuciones, con arreglo a las normas legales respectivas: 1. Ejerce jurisdicción ordinaria y exclusiva en los siguientes casos: *a)* En las demandas por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones, que se promuevan directamente por vía de acción [...].

Es interesante la disposición del art. 174 constitucional que obliga al Fiscal de Estado a demandar la inconstitucionalidad o nulidad de leyes, decretos, resoluciones o actos públicos contrarios a las prescripciones de la ley fundamental, que en cualquier forma perjudiquen los derechos e intereses de la provincia.

El mismo deber se impone para recurrir ante el fuero contencioso-administrativo respecto de cualquier acto administrativo emanado del Estado, no ajustado al marco jurídico de legalidad objetiva al cual debe someter su funcionamiento.

El amparo, en función de control constitucional efectivo, no establece plazo para la promoción de la demanda. La acción no prescribe mientras subsista vigente una ley inconstitucional, la que tampoco prescribe ni se convalida por inacción. Es decir, si es inconstitucional sigue siendo posible demandar la pertinente declaración.[344]

f) *Provincia de Chubut*

La provincia de Chubut tiene un interesante esquema para el control de constitucionalidad, si bien en materia de acción declarativa repite el texto de la ley 17.454 (art. 322).

El sistema permite a todos los jueces intervenir en cuestiones constitucionales planteadas en forma directa a través del amparo, o por deducción de defensa, incidente o excepción en juicio de conocimiento.

La vía del amparo se regla por la Constitución local en el *art. 54*:

> Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional o por la presente y no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma sumarísima que determine la ley. La elección de esta vía no impide el ejercicio de otras acciones legales que pudieran corresponder. En su caso el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

El Superior Tribunal de Justicia tiene la siguiente competencia:

> [...] 1. Conoce y resuelve originaria y exclusivamente, en pleno: 1.1 De las acciones declarativas de inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, cartas orgánicas y ordenanzas municipales, que estatuyan sobre materia regida por esta

---

[344] Rossi, Edgardo, *La acción de inconstitucionalidad en la Provincia del Chaco*, UNNE, Corrientes, 1997, p. 61

Constitución y se controviertan en caso concreto por parte interesada (art. 179 de la Carta Suprema local).

Obsérvese que la inconstitucionalidad se presenta con la acción declarativa, provocando la necesidad de una sentencia que ponga certeza y seguridad al principio de supremacía.

La legitimación es amplia, pero se asigna por el art. 215 del mismo orden legal, a la Fiscalía de Estado el control de legalidad de los actos administrativos del Estado y la defensa de su patrimonio.

El organismo es parte necesaria y legítima en todo proceso judicial en que se controvierten intereses de la provincia. Puede recurrir ante la jurisdicción que corresponda, de toda *ley, decreto, contrato o resolución* contrarios a la constitución o que en cualquier forma contraríen intereses patrimoniales del Estado.

Finalmente, a diferencia de la provincia anterior, se establece en el art. 175 de la Carta Suprema que: "Cuando el Superior Tribunal de Justicia declara por dos veces consecutivas o tres alternadas la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener vigencia a partir del día siguiente a la publicación oficial de la sentencia definitiva". Es decir, abroga la ley.

g) *Provincia de Entre Ríos*

La provincia tiene una Constitución nueva sancionada en el año 2008, que en materia de control de constitucionalidad significa una revolución auténtica al establecer una legitimación muy amplia para actuar en acciones de inconstitucionalidad, así como disponer un cuadro de procesos de variado diseño y posibilidad para proteger intereses individuales y colectivos.

En cuanto a lo primero, el art. 28 constitucional le asigna a las asociaciones con autorización para funcionar, legitimación procesal para interponer amparo o acción de inconstitucionalidad contra cualquier acto que viole derechos que ellas tengan como objeto proteger o promover.

El fiscal de Estado es parte legítima y necesaria en los juicios contencioso-administrativos, de inconstitucionalidad y en toda controversia judicial en que se afecten intereses del Estado, pudiendo tomar intervención en los juicios de interés municipal cuando la gravedad de la cuestión, a su criterio, pudiera comprometer al erario provincial (art. 209).

Pero donde anida una verdadera transformación es en la "*acción popular de inconstitucionalidad*" que se funda en dos disposiciones de la Ley Suprema. El art. 60 que dice:

Es de ningún valor toda ley de la Provincia que viole o menoscabe las prescripciones establecidas por la Ley Suprema de la Nación y por esta Constitución, así como todo acto, contrato, decreto u ordenanza que contravenga a las mismas o las leyes dictadas en su consecuencia, pudiendo los interesados demandar o invocar su inconstitucionalidad o invalidez ante los tribunales competentes. Sin perjuicio de ello, los jueces al advertir la inconstitucionalidad de una norma, de oficio podrán declararla. La sentencia que pronuncie la inconstitucionalidad será declarativa y de condena pudiendo ser ejecutada. En el

proceso respectivo podrán admitirse medidas cautelares. La declaración de inconstitucionalidad por tres veces y, por sentencia firme del Superior Tribunal de Justicia de una norma general provincial, produce su derogación en la parte afectada por el vicio.

Y el art. 61 que establece:

Todo habitante de la Provincia, en el solo interés de la legalidad, tiene acción directa para demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la inconstitucionalidad de una norma general contraria a la presente Constitución. El firmante de una demanda temeraria será sancionado de acuerdo con la ley.

El funcionamiento procesal se da, entonces, en dos terrenos, el de la acción directa suscitada en causa concreta y actual con intereses individuales afectados; o mediante la demanda de inconstitucionalidad propuesta ante el Superior Tribunal, que interviene en jurisdicción, originaria y exclusiva (art. 205) "[…] *c)* En las gestiones acerca de la constitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan en materia regida por esta Constitución, que se promuevan directamente ante el mismo por vía de acción".

En el primer caso, el órgano jurisdicente superior ejerce jurisdicción apelada, como tribunal de última instancia*: a)* En las causas sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y que se hayan promovido ante los juzgados de primera instancia.

En el Código procesal civil de la provincia se recepta la *acción meramente declarativa* (art. 310), que puede deducirse para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. Las condiciones son las mismas que en el código adjetivo nacional.

Se suprimió por ley 8.369 (art. 63) el anterior juicio de inconstitucionalidad, para dar paso a la demanda por iguales motivos.

En efecto, el art. 18 de la ley 9550 dice:

A) La demanda de inconstitucionalidad se interpondrá ante el Superior Tribunal de Justicia, quien ejerce jurisdicción originaria y exclusiva. En el escrito inicial se mencionará la ley, decreto, reglamento, ordenanza o resolución de carácter general, señalando con toda precisión cuál es la cláusula de la Constitución provincial que estima violada y en qué consiste tal violación.

Si la inconstitucionalidad se interpusiera como excepción o defensa ejercerá jurisdicción el Superior Tribunal de Justicia, en grado de apelación, como tribunal de última instancia si se desafiara la validez de una norma por conculcar la Constitución de la provincia y la resolución de la instancia inferior se circunscribiere a expedirse en relación a tal cuestión y consecuencias que emergen de la misma.

No se entenderá que la constitucionalidad e inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos se refiere a materia estatuida por la Constitución provincial si no fuese exclusiva de la misma, sino que se tratare de atribuir conculcación al sistema representativo y republicano de gobierno o a los principios, derechos y garan-

tías reconocidos por la Constitución Nacional, que la Constitución provincial se limita a tener por reproducidos implícita o explícitamente en cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 5 y 123 y concs. de la Carta Magna.

B) La acción se deducirá ante el juzgado de primera instancia en lo civil y comercial o del trabajo o de la familia y menores o de instrucción, cuando a través de aquellas normas generales se invocaran violaciones a la Constitución Nacional o a ambas. Se entenderá que la inconstitucionalidad alegada lo es a la Constitución Nacional si concurrieren los supuestos indicados en el último párrafo del ap. *A)* del presente artículo.

Entenderá en apelación la Cámara competente y su pronunciamiento será susceptible del recurso de inaplicabilidad de la ley para ante la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia.

Únicamente será apelable la sentencia definitiva que se dicte por los jueces de primera instancia. El recurso deberá interponerse dentro de los cinco días y se concederá en relación. Si fuere denegada el interesado podrá presentar en queja ante la sala de la cámara de apelaciones correspondiente en el plazo de tres (3) días de notificado acompañando copia de las piezas pertinentes suscriptas por el letrado patrocinante de la recurrente, sin perjuicio que dicho órgano de alzada reclame otras piezas o la remisión del expediente, este último decidirá sin sustanciación alguna si el recurso ha sido bien o mal denegado, en cuyo supuesto lo concederá y mandará tramitarlo. Ordenada la sustanciación del recurso, el apelante deberá expresar agravios en un plazo de cinco (5) días de los que se correrá traslado a la contraria por igual plazo. Agregados los agravios y su contestación, se elevará el expediente a la sala de la cámara interviniente para su resolución, debiendo tenerse el recurso por desistido si la expresión de agravios no se interpone al plazo fijado o no constituya una razonada crítica del fallo impugnado.

Asimismo, en la máxima instancia, funciona en grado de apelación el *recurso extraordinario de inconstitucionalidad,* planteado en litigio donde se haya cuestionado la validez de una ley, decreto, ordenanza, resolución o reglamento, como contrario a la Constitución de la provincia, y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema.

El recurso sólo será admisible si la garantía constitucional ha sido expresamente invocada en el proceso, de manera que las instancias ordinarias hayan podido válidamente pronunciarse sobre ella, salvo que surgiera de la resolución recurrida y no hubiere podido ser oportunamente prevista y deducida.

Recibido el expediente en el Superior Tribunal se dará traslado a la contraria por ocho días. Presentada la contestación o vencido el plazo para hacerlo, se correrá vista al fiscal por igual plazo. Contestado el traslado se dictará la providencia de autos.

La sentencia se dictará en el plazo de setenta y cinco días por el voto de la mayoría del tribunal, constituido al efecto, en la forma que para el caso determina la Ley Orgánica del Poder Judicial. La decisión podrá adoptarse por acuerdo o redactarse en forma impersonal, y en ella se declarará si la disposición impugnada es o no contraria a la Constitución de la provincia. En el segundo caso se desestimará el recurso condenado al recurrente en las costas causadas.

h) *Provincia de Formosa*

La provincia adoptó la ley 25.488 para su código procesal civil, de manera que la acción declarativa quedó con la nueva redacción que elimina el tercer párrafo donde faculta al demandante a elegir el tipo de proceso de conocimiento.

Se crea el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, el que procede contra las sentencias definitivas de los jueces o tribunales de última o única instancia, cuando en el proceso se haya controvertido la validez de una ley, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución de la provincia y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema (art. 297).

La sentencia del Superior Tribunal declara si la disposición impugnada es o no contraria a la Constitución de la provincia.

Al mismo tiempo, el sistema incorpora la acción directa de inconstitucionalidad, contra cualquier ley, decreto, ordenanza o reglamento que estatuya sobre materia regida por la Constitución, debiendo observarse el siguiente procedimiento. La demanda se interpondrá ante el Superior Tribunal de Justicia, dentro del plazo de treinta días, computados desde que el precepto impugnado afecte concretamente los derechos patrimoniales del actor. Después de vencido ese plazo, se considerará extinguida la competencia originaria del Superior Tribunal, sin perjuicio de la facultad del interesado para ocurrir a la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos patrimoniales que estime afectados.

No rige dicho plazo, cuando se trate de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos de carácter institucional o que se afecten derechos de la personalidad no patrimoniales. Tampoco rige cualquiera sea la naturaleza de los preceptos impugnados, cuando éstos no hayan sido aún aplicados al demandante y la acción se ejercite con finalidad preventiva.

El Presidente del Superior Tribunal dará traslado de la demanda por quince días: Al Fiscal de Estado, cuando el acto haya sido dictado por los poderes Legislativo o Ejecutivo. A los representantes legales de las municipalidades, o a los funcionarios que ejerzan la titularidad de los organismos involucrados, cuando los preceptos emanaren de dichas entidades. Contestado el traslado o vencido el plazo, el presidente ordenará las medidas probatorias que considere convenientes, fijando el término para su diligenciamiento. Concluida la causa para definitiva, se oirá al Procurador General y se dictará la providencia de autos.

La sentencia es declarativa (art. 688) y produce efectos para el caso concreto.

En la Constitución de la provincia, se establecen las atribuciones del Superior Tribunal de Justicia, que en lo particular establece (art. 173) ejerce la jurisdicción ordinaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada (inciso 2º).

A diferencia de otros, el art. 174 dispone que: "La interpretación que el Superior Tribunal haga de esta Constitución, de las leyes, tratados y de los convenios colectivos de trabajo provincial, es obligatoria para los jueces y tribunales inferiores. La legisla-

ción establecerá la forma en que podrá requerirse y procederse a la revisión de la jurisprudencia del Superior Tribunal".

i) *Provincia de Jujuy*

La provincia tiene control de constitucionalidad *directo* a través de la acción que se interpone ante el Superior Tribunal que actúa en jurisdicción originaria y exclusiva; y también mediante la actuación de la justicia ordinaria donde el conflicto constitucional se plantea en forma incidental, como defensa o excepción.

Se resguarda el principio de supremacía con el deber impuesto a los magistrados (art. 15 de la Constitución) para aplicar la Norma Fundamental como Ley Suprema de la provincia con prelación a las leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos dictados o que dictaren las autoridades provinciales o municipales.

El art.148 de la Constitución (Control de constitucionalidad), establece que: "Al Poder Judicial le corresponde resolver en definitiva sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que estatuyan sobre la materia regida por esta Constitución".

La competencia originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia (art. 164) está dispuesta para las acciones por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones; mientras que el art. 165 establece la intervención del órgano en la etapa recursiva como tribunal de última instancia, en los recursos de inconstitucionalidad:

a) Cando en un juicio se hubiere cuestionado la validez constitucional de una ley, decreto, ordenanza, reglamento o resolución;

b) Cando en el juicio se hubiese puesto en cuestión de inteligencia de una cláusula constitucional y la resolución fuere contraria a la validez del título, garantía o excepción que hubiere sido materia del caso y se fundare en esa cláusula;

c) Cando la sentencia fuere arbitraria o afectare gravemente las instituciones básicas del Estado.

La Ley 4346 que introduce reformas en el código procesal civil (con modificatorias de las leyes 4848 y 5052) introducen la "*pretensión de inconstitucionalidad*" deducida ante el Superior Tribunal de Justicia, en pleno, el que conocerá originariamente en las demandas de inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que estatuyan en materia regida por la Constitución de la Provincia.

La acción de inconstitucionalidad podrá ser ejercida por quien tenga un interés legítimo debidamente justificado. Cuando la acción se promueva en contra de los actos de las autoridades provinciales, se sustanciará con el Fiscal de Estado, excepto cuando haya sido iniciado por éste, en cuyo caso entenderá en la misma el subrogante legal del Fiscal del Superior Tribunal de Justicia. Mientras que cuando la acción fuera en contra de los actos de las autoridades municipales, se tramitará con el representante legal del municipio que corresponda o, en su caso, con Fiscalía de Estado.

El plazo para deducir la acción de inconstitucionalidad será el que corresponda a la prescripción conforme al derecho sustancial. Tras la etapa probatoria, la sentencia deberá dictarse dentro del plazo de treinta (30) días contados a partir de la fecha en la que la causa quedó en estado de ser resuelta. Se limitará a declarar la inconstitucionalidad o no de la norma cuestionada, imposición de costas y regulación de honorarios.

Declarada la inconstitucionalidad de la norma cuestionada no podrá volver a ser aplicada, si se tratare de una disposición de carácter general, salvo que la inconstitucionalidad no proviniera de la norma sino de su errónea interpretación o defectuosa aplicación.

Asimismo, se conserva el "*recurso de inconstitucionalidad*" por las causales establecidas en el art. 165, inc. 1º de la Constitución de la provincia, en contra de las sentencias definitivas dictadas por los jueces y tribunales de última instancia; cualquiera sea su fuero y jurisdicción con excepción del Superior Tribunal de Justicia.

El procedimiento es singular, pues a excepción del recurso directo ante el Superior Tribunal de Justicia, las partes deben realizar ante el órgano que dictó la sentencia, dentro del quinto día de su notificación, una manifestación por escrito informando que van a deducir el recurso de inconstitucionalidad, que se deberá acreditar al tiempo de hacerlo.

La sentencia deberá ser promulgada por el Superior Tribunal de Justicia, en pleno, dentro del plazo de treinta (30) días. Si se hiciera lugar al recurso, se revocará el fallo impugnado y se ordenará, según las circunstancias de cada caso, si corresponde dictar un nuevo pronunciamiento, si dispone que lo haga el juez o el tribunal que hubiera dictado la sentencia o sus subrogantes o si la causa debe volver a tramitar a partir del acto procesal que hubiera dado lugar a la inconstitucionalidad.

j) *Provincia de La Pampa*

No se aparta la provincia del modelo generalizado en nuestro país respecto a concretar el control de constitucionalidad mediante la intervención de todos los jueces que intervienen en controversias entre partes, con el agregado de entregar jurisdicción originaria y exclusiva al Superior Tribunal cuando la acción interpuesta sea de inconstitucionalidad contra leyes, decretos, ordenanzas, edictos, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materias regidas por la Constitución local.

El art. 7 de ésta afirma el criterio al sostener que:

> Toda ley provincial contraria a las prescripciones establecidas por la ley Suprema de la Nación, por esta constitución o por los tratados que celebre la provincia, es de ningún valor, pudiendo los interesados demandar e invocar su inconstitucionalidad o invalidez ante los tribunales competentes.

De su lado el art. 97 establece que:

> Son atribuciones y deberes del Superior Tribunal de Justicia. 1. Ejercer la jurisdicción originaria y de apelación para resolver cuestiones controvertidas por parte interesada, referentes a la inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, edictos, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución [...]

La doctrina entiende que la acción de inconstitucionalidad es *directa* cuando se emplea la pretensión declarativa prevista en el art. 304 del Código Procesal Civil y Comercial,[345] interpuesta ante el Superior Tribunal para que actúe en instancia originaria y exclusiva; e *indirecta* si la cuestión constitucional surge de incidentes o recursos.[346]

En líneas generales, la jurisprudencia local se muestra restrictiva porque no deja lugar, por ahora, al control de oficio de la constitucionalidad de las leyes. El marco del recurso extraordinario local (art. 261) únicamente se admite: *a)* Contra las sentencias definitivas de la Cámara de Apelaciones, cuando hayan aplicado erróneamente o violado la ley *b)* contra las sentencias definitivas de la Cámara de Apelaciones, cuando hayan sido dictadas con violación de las exigencias de fundamentación y congruencia y *c)* contra las sentencias definitivas de la Cámara de Apelaciones y de otros tribunales de última instancia cuando en el proceso se haya controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser violatorios de la Constitución de la Provincia y siempre que la decisión recaiga sobre esa cuestión.

La infracción a la norma legal o constitucional prevista en cualquiera de los tres incisos, para que pueda ser motivo de recurso, debe haber influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia. A los efectos del recurso se entenderá por sentencia definitiva la que, aun recayendo sobre cuestiones incidentales, termina la litis o hace imposible su continuación.

Cuando el conflicto se suscita sobre cuestiones federales, existe cierta autorrestricción judicial que la Corte Nacional no tolera al exigir que sea el Superior Tribunal de la Causa el que se pronuncie al respecto; pero la tendencia local expone algunos casos donde este tipo de conflictos, o las llamadas "cuestiones políticas" generan cierta prevención.

k) Provincia de La Rioja

En esta provincia la Constitución preserva con el título "*Inconstitucionalidad*", el deber de todos los jueces de declarar así a toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a las constituciones federal y local, sea el requerimiento planteado expresamente en una causa, o dispuesto de oficio por el juez.[347]

---

[345] "ART. 304.—*Acción de sentencia meramente declarativa*. Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, avance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. El juez resolverá en la primera providencia cuál es el tipo de procedimiento a utilizarse. La resolución será irrecurrible."

[346] DESCALZI, José Pablo, *El control de constitucionalidad. Repaso de la situación en La Pampa*, La Ley Patagonia, 2006, pp. 507 y ss.

[347] Que se ratifica en el art. 140 constitucional que dispone: "*Aplicación del Derecho*. El juez tiene el deber de mantener la supremacía constitucional, siendo el control de constitucionalidad cuestiones de derecho. El juez a pedido de parte o de oficio debe siempre verificar la constitucionalidad de las normas que aplica. El juez aplicará el derecho con prescindencia o en contra de la opinión jurídica de las partes,

Inclusive, es curioso a los fines de fiscalizar el principio de supremacía, la creación de una comisión de control y seguimiento legislativo con facultades suficientes para verificar la aplicación de las leyes (art. 105 de la Carta Fundamental local), pues el alcance de ella podría significar una suerte de control político desde que el órgano se encuentra dentro de las facultades legislativas.

No existe en la provincia una acción declarativa, pero se reglamenta la acción de inconstitucionalidad por vía de *acción directa* ante el Tribunal Superior que ejerce competencia originaria y exclusiva (art. 139): *En las demandas que se promuevan directamente por vía de acción por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos*.

La legitimación es amplia, y comprende al *Fiscal de Estado* como encargado de la defensa judicial de los intereses públicos y privados de la provincia y del patrimonio fiscal. Dicha personería es para demandar la nulidad e inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos, contratos o resoluciones en el solo interés de la ley o en defensa de los intereses fiscales de la provincia (art. 159 constitucional).

El código procesal civil, reglamenta la *inconstitucionalidad* como *recurso extraordinario* en el art. 263 adjetivo, ordenando su admisión contra las sentencias definitivas, cuando en el proceso se haya controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución de la Provincia y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema.

Asimismo se crea e juicio de inconstitucionalidad en contra de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que vulneren derechos, exenciones y garantías consagradas por la Constitución de la Provincia (art. 386). Esta demanda se plantea ante el Tribunal Superior, dentro de los treinta días desde la fecha en que el precepto impugnado afecta concretamente los derechos patrimoniales del accionante. Después de vencido este plazo, se considerará extinguida la competencia originaria del Tribunal Superior, sin perjuicio de las facultades del interesado para ocurrir a la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos patrimoniales que estime afectados, planteando la cuestión respectiva por medio del recurso previsto por el art. 263 citado.

Si se acogiere la demanda, el pronunciamiento del tribunal se limitará a formular la correspondiente declaración de inconstitucionalidad, dejando a salvo la posibilidad de reclamar las reparaciones que correspondieren por la vía pertinente.

l) *Provincia de Mendoza*

La defensa de la constitucionalidad se impone a todos los jueces desde el art. 48 de la Carta Magna local que dice:

> Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a las prescripciones de esta Constitución o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ella, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los habi-

---

interpretando siempre la ley o doctrina legal con un criterio jurídico de actualidad, de modo que su aplicación importe la realización de la justicia".

> tantes de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces [...].

La acción se suscita en cuestiones directamente planteadas ante el Superior Tribunal, o por vía de incidentes, defensas o excepciones, donde se admite la declaración de oficio de inconstitucionalidad normativa.

La Suprema Corte tiene atribuciones y deberes (art. 144 constitucional), que actuando como jurisdicción originaria o de apelación, la facultan para conocer y resolver sobre la constitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada.

Con la Ley de amparo local se introduce como novedad la posibilidad de que el juez interviniente analice, aun de oficio, la validez constitucional de las normas en que se sustentan los hechos, actos u omisiones impugnados, declarando en su caso la inconstitucionalidad de la misma. Dicha disposición guarda congruencia con la Constitución de la provincia en cuanto ésta dispone que los jueces deben abstenerse de aplicar normas contrarias a ella o a la Constitución Nacional y, por cierto, se funda en la clásica noción de la "pirámide jurídica", que el art. 31 de la Constitución Nacional ha receptado.

m) *Provincia de Misiones*

Esta provincia adoptó el código procesal civil y comercial de la Nación vigente a partir de la reforma de la ley 22.434. En consecuencia tiene en el art. 322 reglamentada la *acción meramente declarativa,* con la particularidad que excluye expresamente la acción de inconstitucionalidad,[348] que se regula en los arts. 785 a 790, conforme lo establecido en el art. 145 de la Constitución Provincial.

Esta norma dice:

> El Superior Tribunal de Justicia tiene en materia judicial las siguientes atribuciones, sin perjuicio de las demás que le confiere la ley conforme a su función y jerarquía: 1) Ejerce jurisdicción originaria y por apelación para conocer y resolver sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución [...].

El recurso de inconstitucionalidad procede contra la sentencia definitiva de los jueces o tribunales de última instancia, cuando en el proceso se haya controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza, resolución o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución de la Provincia y siempre que la discusión recaiga sobre este tema. La intervención del Procurador general es obligatoria.

Este es el modelo de jurisdicción difusa actuado como acción o recurso, que culmina con una sentencia del Superior Tribunal que declara si la disposición impug-

---

[348] El art. 2 de la ley 3362 establece: "Se entenderá que la acción meramente declarativa legislada en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial adoptado por el art. 1 de la ley 2335, no es comprensiva de la materia prevista en el art. 785 respecto de las cuales deberá estarse al párr. 1 del art. 786 del mismo Código".

nada es o no contraria a la Constitución de la Provincia. La declaración de inconstitucionalidad sólo importa su inaplicabilidad al caso concreto, esto es, no posee efectos derogatorios *erga omnes*.

n) *Provincia de Neuquén*

En la Constitución de la provincia de Neuquén se estableció un sistema mixto de control de constitucionalidad. Hay una acción directa de inconstitucionalidad donde interviene el Tribunal Superior de Justicia en competencia originaria y exclusiva (art. 241 inc. *a*), actuando como un verdadero tribunal constitucional porque la sentencia tiene efectos abrogatorios, conforme el art. 16 que dice: "Toda ley, ordenanza, decreto u orden contrarios a esta Constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales. La inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de su jurisdicción originaria, produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto u orden en la parte afectada por aquella declaración".

Se mantiene el control difuso para todos los jueces, en las causas sometidas a su conocimiento, donde la cosa juzgada tiene aplicación solo para las partes en conflicto, reservando el Superior Tribunal su intervención en escala recursiva.

El alcance de la acción de inconstitucionalidad comprende leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por la Constitución.

La acción declarativa es igual a la reglamentada por la ley 17.454 como lo es, también, todo el código procesal civil local pese a los intentos de reforma que están pendientes.

o) *Provincia de Río Negro*

La Constitución de la provincia establece dos senderos para intentar la acción de inconstitucionalidad. Por un lado permite la *vía directa* ante el Superior Tribunal de Justicia, que actúa en jurisdicción originaria y exclusiva, y al solo efecto de verificar el cumplimiento del principio de supremacía. Por ello, en competencia originaria la demanda se puede promover sin el requisito de lesión actual. También tolera la revisión por todos los jueces, reservando su intervención en grado de apelación extraordinaria.

La particularidad distintiva está en el art. 208 de la Carta local que establece:

> Cuando el Superior Tribunal de Justicia en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucionalidad que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.
>
> Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo.

El *recurso extraordinario de inconstitucionalidad* procede contra las sentencias definitivas de los jueces o tribunales de última o única instancia cuando en el proceso se haya controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza, resolución o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución de la provincia y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema.

En su decisión el Superior Tribunal declarará si la disposición impugnada es o no contraria a la Constitución de la provincia. En el segundo caso desestimará el recurso, condenando en costas al recurrente (art. 303 Cód. procesal).

También recepta la pretensión *meramente declarativa* en términos similares al modelo nacional (art. 322 código local).

Ahora bien, el interesante sistema de fiscalización constitucional se reglamenta en los arts. 793 a 799 del orden adjetivo, creando el llamado "*juicio de inconstitucionalidad*", pensado para demandar la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia constitucional. Asimismo se puede plantear la declaración de inconstitucionalidad en las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al estado provincial o a los municipios conforme al artículo 207 inciso *d)* de la Constitución provincial.

En ambos casos deberá observarse el siguiente procedimiento. La demanda se interpone ante el Superior Tribunal de Justicia dentro del plazo de treinta (30) días, computados desde que el precepto impugnado afecta concretamente los derechos patrimoniales del actor. Después de vencido ese plazo, se considerará extinguida la competencia originaria del Superior Tribunal, sin perjuicio de la facultad del interesado para ocurrir a la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos que estime afectados.

No regirá dicho plazo cuando se trate de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos de carácter institucional, o que alteren derechos de la personalidad no patrimoniales. Tampoco regirá cualquiera sea la naturaleza de los preceptos impugnados, cuando éstos no hayan sido aún aplicados al demandante y la acción se ejercite con finalidad preventiva, o se trate de la acción de inconstitucionalidad por omisión del artículo 207, inciso *d)* de la Constitución provincial.

Cabe agregar que ante la puesta en crisis de la constitucionalidad de normas de carácter institucional, no es aplicable el plazo limitante establecido en el art. 794 del plexo ritual cuando con claridad se advierte que se esta en presencia de cuestiones que trascienden el mero interés personal para comprometer a los de toda una sociedad jurídicamente organizada, como es un Estado provincial. Tanto la participación popular a través de los mecanismos de la democracia semidirecta -Consulta Popular-, así como el destino de las empresas publicas, merecen una protección especial ante las eventuales lesiones que las normas impugnadas puedan inferir.

La demanda debe citar la cláusula de la Constitución que se sostenga haberse infringido y se fundamentará la petición en términos claros y concretos. El presidente del tribunal, dará traslado de la demanda por quince (15) días: *a)* Al Fiscal

de Estado cuando el acto haya sido dictado por los Poderes Legislativo o Ejecutivo, excepto en los casos previstos por los artículos 3 y 16 de la ley provincial nº 88, en los cuales el traslado será corrido a los titulares de aquéllos; *b)* a los representantes legales de los municipios, o a los funcionarios que ejerzan la titularidad de los organismos involucrados, cuando los preceptos emanaren de dichas entidades.

Evacuado el traslado o vencido el término para hacerlo, el Presidente del Superior Tribunal ordenará las medidas probatorias que considere convenientes, fijando el término dentro del cual deberán diligenciarse, el que no excederá del que previene el artículo 367. Concluida la causa para definitiva, se oirá al Procurador General y acto seguido se dictará la providencia de autos.

La legitimación activa no solo debe acreditarse al iniciar la acción sino que ésta debe permanecer a lo largo del proceso, manteniendo vivo el interés con que originariamente reclamaron sus derechos. Ha dicho la jurisprudencia que:

> [..] no procede la acción de inconstitucionalidad si los accionantes no acreditan la existencia de un derecho o interés que los legitime para accionar por la vía intentada, toda vez que la genérica invocación de su calidad de legislador no conlleva -por sí- la evidencia de una afectación susceptible de ser planteada mediante el conducto adjetivo al que se acudió, siendo insuficiente la referencia vincular del art. 7 de la Alta Carta Provincial, para justificar tal pretensión.[349]

Si el Superior Tribunal resuelve que la ley, decreto, ordenanza, resolución o reglamento individualizados en la demanda son contrarios a la cláusula o cláusulas constitucionales que se han citado, deberá hacer la correspondiente declaratoria sobre los puntos discutidos y, en su caso, decretar la suspensión que previene el artículo 208 de la Constitución. Si hace lugar a la *acción de inconstitucionalidad por omisión*, deberá fijar el plazo para que se subsane dicha omisión. En caso de incumplimiento se aplicará lo dispuesto por el artículo 207 inciso *d)* "*in fine*" de la Constitución provincial.

Si estimare que no existe infracción a la Constitución o que no existe incumplimiento en los casos de inconstitucionalidad por omisión desechará la demanda.

p) *Provincia de Salta*

El principio de supremacía queda impuesto en el art. 86 de la Carta Magna local en estos términos:

> *Sujeción a la Constitución*. La Constitución de la Nación, las leyes nacionales y esta Constitución, son ley suprema de la provincia. Los poderes públicos y los habitantes están obligados a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o los reglamentos.
>
> El ejercicio de los derechos subjetivos y de las garantías específicas, reconocidos o declarados en esta Constitución a favor de las personas físicas o jurídicas o de un grupo de ellas, se asegura también mediante las garantías genéricas del amparo, "*habeas corpus*" y la protección de los intereses difusos".

---

[349] STJ Río Negro, 1997/04/11, "G., *G. J. y otro s/ acción de inconstitucionalidad*",

De este modo se emplaza a cualquiera de los procesos constitucionales como herramienta eficaz para la defensa de la legalidad y contra la inconstitucionalidad de las leyes; por eso el art. 87 al disponer sobre el *amparo* dice que [...] el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto u omisión lesiva.

Al igual que en Entre Ríos, la provincia introduce la acción popular de inconstitucionalidad (art. 92): "Todo habitante puede interponer la acción popular directa para que se declare la inconstitucionalidad de una norma de alcance general contraria a la Constitución. Los firmantes de una demanda manifiestamente improcedente son sancionados de acuerdo a la ley".

Corresponde aclarar que la *acción popular de inconstitucionalidad* prevista en la Constitución y la *acción de inconstitucionalidad* del art. 704 del orden adjetivo local no son dos institutos distintos, sino el mismo, que funciona como una "acción directa", limitada respecto de quienes podían interponerla en el régimen del art. 704, y abierta ahora a todos los habitantes por imperio de la citada norma constitucional.

Ambas acciones también pueden ser interpuestas por el Fiscal de Estado (art. 149 constitucional) pues, como encargado de la defensa del patrimonio del Fisco, es parte legítima en todos los juicios en que se afecten intereses y bienes de la provincia. La intervención en este aspecto debe ser requerida por el gobernador.

Igual legitimación tiene el Ministerio Público, en la medida que el art. 166 de la Carta Fundamental le impone entre sus atribuciones y deberes, las fijadas por la ley y especialmente "[...]: *c)* Velar por el respeto de los derechos, deberes, principios y garantías constitucionales, estando legitimado para demandar la inconstitucionalidad de toda ley, decreto, ordenanza, actos, contratos o resolución de cualquier autoridad pública provincial o municipal".

Al Superior Tribunal de la Provincia le compete conocer y decidir en forma originaria (art. 153. II):

> *a)* Las acciones sobre inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución [...]
>
> *c)* En las acciones de amparo, "*habeas corpus*" y "*habeas data*" contra cualquier acto u omisión de algunas de las cámaras legislativas o del titular del Poder Ejecutivo.

> (Art. 153.III) Le corresponde conocer y decidir por vía recursiva:
>
> *a)* En los recursos contra las decisiones de última instancia de tribunales inferiores contrarias a la Constitución Nacional y a esta Constitución.
>
> *b)* En los demás recursos previstos especialmente por las leyes.
>
> *c)* En los recursos contra las decisiones definitivas de los jueces inferiores en las acciones de amparo, "*habeas corpus*" y "*habeas data*".

El Código Procesal Civil y Comercial reglamenta a partir del art. 297 el "*recurso de constitucionalidad o de inconstitucionalidad*", estableciendo su admisión cuando en un litigio se haya puesto en cuestión la validez constitucional de una ley, decreto, ordenanza o reglamento y la sentencia definitiva haya sido contra su validez; o cuando en igualdad de caso la sentencia definitiva sea en favor de la ley, decreto o regla-

mento; o cuando en un litigio se haya puesto en cuestión la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución y la sentencia definitiva sea contraria a la validez del título, derecho, garantía o exención que fuera materia del caso y que se funde en dicha cláusula.

La *acción directa de inconstitucionalidad* (art. 704 del Código Procesal Civil) se interpone ante la Corte de Justicia dentro del plazo de treinta días, computados desde que el precepto impugnado afecte de hecho, los intereses del actor. Después de vencido dicho plazo, se considerará caduca a la acción de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad del interesado para ocurrir a la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos que estime afectados

Cuando los preceptos impugnados no hayan sido aplicados aún al demandante y la acción deba ejercitarse con finalidad preventiva, podrá deducirse desde la publicación de la Ley, Decreto, Reglamento u Ordenanza.

La parte que se considere agraviada mencionará la Ley, Decreto, Reglamento u Ordenanza impugnados y citará la cláusula de la Constitución que sostenga haberse infringida.

El sistema es igual al de la provincia de Río Negro con la diferencia en los efectos de la cosa juzgada. Por ello, el Presidente de la Corte corre traslado de la demanda por treinta días, al Fiscal de Estado, cuando el acto haya sido dictado por los poderes Legislativo o Ejecutivo.; y a los representantes legales de las municipalidades, o a los funcionarios que ejerzan la titularidad de los organismos involucrados, cuando los preceptos emanaren de dichas entidades.

Además, en todos los casos de esta acción declarativa de inconstitucionalidad, el Gobernador de la Provincia podrá comparecer en defensa de sus potestades gubernativas, si las mismas estuviesen controvertidas en relación a las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones impugnadas. A estos fines se le correrá traslado de la demanda. El Gobernador podrá comparecer sin patrocinio o con el de su Asesor Jurídico.

La demanda tramitará por los trámites del juicio sumario. El Gobernador será notificado siempre en su despacho.

Si la Corte estimase que la ley, decreto, ordenanza o reglamentos cuestionados, son contrarios a la cláusula o cláusulas constitucionales invocadas, deberá hacer la correspondiente declaración sobre los puntos discutidos. Si, por el contrario, no encontrase infracción constitucional, desechará la demanda.

Finalmente funciona también en la provincia la *acción meramente declarativa* (art. 322) con el mismo alcance que en lo federal con la diferencia que es el secretario quien resuelve, a petición de parte o de oficio y como primera providencia, qué trámite corresponde aplicar, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida. Esta resolución es recurrible por reposición.

q) *Provincia de San Juan*

La Constitución de la provincia data del año 1986 cuando introduce una reforma sustancial en el control de constitucionalidad local (en reemplazo del modelo habido

desde el año 1927), incorporando el sistema *concentrado* para resolver cuestiones *abstractas* de inconstitucionalidad.

El artículo 11 de la Ley Superior dice:

> Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la Ley Suprema de la Nación o a esta Constitución, carecen de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aún cuando no hubiere sido requerido por parte, previo conocimiento a las mismas. La inconstitucionalidad declarada por la Corte de Justicia de la Provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente.

Del encuadre surge que todos los jueces (control difuso) tienen el deber de concretar, de oficio o a petición de parte, la fiscalización del principio de supremacía en los dos niveles de máxima consideración: la Constitución Nacional y la Carta Magna local. Ella se practica en cualquier instancia

El art. 208 agrega que:

> […] *La Corte de Justicia tiene en lo jurisdiccional las siguientes atribuciones*: *1)* Ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: ...*c)* En los recursos extraordinarios de casación e inconstitucionalidad, de conformidad a las leyes de procedimientos.
>
> 2) Conoce en las demandas por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que se promuevan directamente por vía de acción y en caso concreto, según lo establezca esta Constitución y las leyes.
>
> 3) Conoce y resuelve en grado de apelación: *a)* En las causas sobre inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones promovidas ante los tribunales inferiores […].
>
> 6) La Corte de Justicia es, en jurisdicción provincial, el Tribunal Superior de toda causa para dictar la sentencia definitiva a los fines de las cuestiones constitucionales de naturaleza federal incluidas en ellas. Todo tribunal provincial tiene competencia y obligación en cualquier tipo de causa para resolver las cuestiones constitucionales de naturaleza federal incluida en las mismas.

Del modelo surgen las vías siguientes:

a) *Control directo* de constitucionalidad planteado en cuestiones concretas a través del recurso de inconstitucionalidad deducido por el Fiscal de Estado o del Fiscal General de la Corte Suprema de Justicia;

b) *Control directo* de constitucionalidad derivado del art. 40 de la Constitución Local (acción de amparo) y de los arts. 582 y ss. del Código Procesal Civil. También por la acción de reparación prevista en la ley provincial 6.006 destinada a la protección de los derechos difusos y colectivos.[350]

---

[350] La doctrina local considera que la acción de inconstitucionalidad solamente la pueden plantear el Fiscal de Estado y el Fiscal General de la Corte […] "No obstante, consideramos que una acción directa de inconstitucionalidad, para ser deducida ante los jueces de primera instancia, no se contrapone con el texto constitucional, siempre que no se trate de una cuestión meramente consultiva o conjetural. Debe, pues, ser interpuesta por el afectado y tener por objeto principal, el ataque a la validez constitucional de una norma, dentro de determinado contexto fáctico. Tiene que existir, necesariamente, causa en el sentido

c) *Control indirecto* interpuesto como *excepción* o *defensa* o mediante la apertura de un *incidente de inconstitucionalidad* en causa concreta de carácter contencioso.

Cabe observar que la interpretación que haga la Corte de Justicia en sus pronunciamientos plenarios sobre el texto de esta Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, es de aplicación obligatoria para todos los tribunales inferiores. La ley establece la forma y el procedimiento para obtener la revisión de la jurisprudencia.

Para que un tribunal judicial se encuentre habilitado para efectuarlo, se requiere la concurrencia de determinadas condiciones generales de carácter procesal, denominados requisitos de control constitucional, cualquiera sea el medio procesal elegido o el tribunal que entienda. Ellos son, la existencia de una causa judicial y titularidad del derecho.[351] Además, el planteo debe ser temporáneo.

r) *Provincia de San Luis*

Comienza declarando la constitución local (art. 10) que:

> Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la ley suprema de la Nación o a esta Constitución, carece de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aún cuando no hubiere sido requerido por las partes. La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico y vigente.

De este modo, deja emplazado el control de constitucionalidad rogado y dispuesto de oficio, brindando carácter exhortativo a la sentencia del Superior Tribunal que resuelve la inconstitucionalidad.

En este sentido, el art. 210 del mismo ordenamiento, complementa la función jurisdiccional al disponer que la cuestión constitucional no sea un conflicto extraordinario, sino la preservación de aplicar el derecho pertinente.

Dice el precepto:

> Las sentencias que pronuncian los Tribunales y Jueces Letrados de la Provincia, deben ser fundadas en el derecho vigente. El juez tiene el deber de mantener la supremacía constitucional, siendo el control de constitucionalidad una cuestión de derecho. El juez a pedido de parte o de oficio, debe siempre verificar la constitucionalidad de las normas que aplica. El juez aplica el derecho con prescindencia o en contra de la opinión jurídica de las partes, interpretando siempre la ley o doctrina con un criterio jurídico de actualidad, de modo que su aplicación importe la realización de la justicia.

Las vías de articulación son *directas* con competencia originaria del Superior Tribunal, e *indirectas* mediante la interposición de incidentes, excepciones o defensas

---

dado en los párrafos precedentes…" (De la Torre de Yanzón, Elena, El control de constitucionalidad en la provincia de San Juan, La Ley Gran Cuyo 2006 [junio], pp. 565 y ss.).

[351] De la Torre de Yanzón, ob. cit., p. 567.

basadas en la inconstitucionalidad del acto correspondiente, donde también el Alto tribunal local actúa en grado de apelación extraordinaria.

El art. 213 de la Carta Constitucional establece la competencia, indicando que le corresponde al Superior Tribunal: "[…] 1) Ejercer la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad e inconstitucionalidad de las leyes, decretos y ordenanzas que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada".

La legitimación para las acciones de inconstitucionalidad es muy amplia y está comprendida entre las funciones del Fiscal de Estado (art. 237, constitucional), al indicarle que: "[…] 3) En su caso acciona ante quien corresponda, para que se declare la inconstitucionalidad de toda ley, decreto, carta municipal, ordenanza, resolución o acto administrativo".

El *Código Procesal Civil local*, apoya en el *art. 281* el valor de la jurisprudencia superior, indicando que la doctrina que ella exprese, será obligatoria para las cámaras de apelaciones y jueces, mientras el propio tribunal no la modificare y no exista interpretación de la Corte Suprema Nacional, tratándose de materia de competencia de ésta.

También reglamenta en iguales términos que la ley 17.454 y 22.434 la *acción meramente declarativa* (art. 322), diferenciándose el sistema procesal local del federal, en la reglamentación desde el art. 812 de la demanda y recurso de inconstitucionalidad.

Esta demanda y recurso se dan cuando la inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos u ordenanzas municipales, que estatuyen sobre la materia regida por la constitución, sea contradicha por parte interesada.

La competencia es del Superior Tribunal de Justicia, sea en vía originaria o, como ya se dijo, en grado de apelación.

El plazo para la interposición de esta demanda es de un mes que empieza a correr desde el día en que la ley, decreto, reglamento u ordenanza municipal afectó los derechos patrimoniales del querellante. No rige este plazo cuando se trata de leyes, decretos o reglamentos de carácter inconstitucional o que afecten las garantías individuales. Para demandar por inconstitucionalidad de impuestos, deben estos previamente ser abonados, con la protesta del caso.

La parte que se considere agraviada presentará escrito al Superior Tribunal mencionando la ley, decreto, reglamento u ordenanza impugnada; citará además la cláusula de la Constitución que sostenga haberse infringido, fundado en términos claros y concretos la petición.

El presidente del cuerpo sustanciará la demanda oyendo al Procurador General, cuando se trate de actos provenientes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo; a los representantes legales de las Municipalidades o Corporaciones, y a los funcionarios que ejerzan la autoridad pública o apoderados que deberán constituir citándolos y emplazándolos para que se apersonan a responder.

El término para comparecer y contestar será de quince días, ampliándose en la forma del art. 158 del código procesal y dirigiéndose carta de citación cuando fuera necesario.

Si el Tribunal estimare que en el caso que forma la materia de la demanda, la ley, decreto o reglamento son contrarios a la cláusula o cláusulas de la Constitución que se han citado, deberá resolverlo así, haciendo la declaratoria conveniente sobre el punto discutido. Si estimare que no existe infracción a la constitución, lo declarara así, desechando la demanda.

En la tramitación de los juicios por inconstitucionalidad, se observarán en lo pertinente, las disposiciones de la ley sobre juicios contencioso administrativos.

Finalmente corresponde aclarar que la jurisdicción del Superior Tribunal se ejerce en virtud de apelación: *a)* Cuando en un litigio se haya cuestionado la validez de una ley, decreto, reglamento u ordenanza bajo la pretensión de ser contrarios a la constitución, en el caso que forme la materia de aquél y la decisión de los jueces sea en favor de la ley, decreto, reglamento y ordenanza; y *b)* cuando en un litigio se haya puesto en cuestión la inteligencia de alguna cláusula constitucional y la resolución de los jueces sea contraria a la validez del título, decreto, garantía o exención que fuera materia del caso y que se funda en dicha cláusula.

El recurso de inconstitucionalidad se debe deducir ante el juez que haya resuelto el punto controvertido, ya se interponga solo o conjuntamente con otros recursos de la resolución dictada. El gravamen se interpone en el término de cinco días y se seguirá por los mismos trámites señalados para las apelaciones concedidas libremente; pero no procederá, y el juez no lo otorgará, si no se fundara en las causales señaladas. Será siempre oído el Procurador General.

La sentencia se dictará en el término de noventa días y cuando el recurso de inconstitucionalidad se hubiere interpuesto conjuntamente con otros, todos serán resueltos en un mismo fallo. Cuando el Tribunal estimare que no ha existido infracción ni inteligencia errónea o contraria a la constitución, lo declarará así, desechando el recurso, con condenación al apelante en las costas causadas.

s) *Provincia de Santa Cruz*

La provincia tiene el código procesal civil y comercial de la nación antes de la reforma que introdujo la ley 25.488, por lo cual el funcionamiento de la acción meramente declarativa (art. 300) ha tenido el mismo desarrollo y evolución que en el orden federal.

La diferencia se advierte en las funciones asignadas a la Fiscalía de Estado, que en el art. 125 constitucional le asigna personería para demandar la nulidad de leyes, decretos, reglamentos o resoluciones contrarios a las prescripciones de la Constitución Provincial en el sólo interés de la Ley o en la defensa de los intereses fiscales.

Además, el Superior Tribunal de Justicia (art. 132 inciso 3º), ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, reglamentos y ordenanzas que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada.

Otra asimetría queda en evidencia con la reglamentación *del recurso de inconstitucionalidad,* que junto al *recurso de casación* se convierten en vías extraordinarias de impugnación.

Procede contra sentencias definitivas; contra resoluciones dictadas en juicios declarativos y respecto de autos interlocutorios cuando terminen el pleito o hagan imposible su continuación, en los siguientes casos:

> 1º. Cuando en un litigio se haya cuestionado la validez de una ley, ordenanza, decreto o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución Provincial en el caso que forme la materia de aquel y la decisión de los Tribunales de última Instancia sea en favor de la ley, ordenanza, decreto o reglamento.
>
> 2º. Cuando en un litigio se haya puesto en cuestión la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución Provincial y la resolución de los tribunales de última instancia sea contraria a la validez del título, derecho, garantía o exención que fuere materia del caso y que se funde en dicha cláusula.
>
> 3º. Cuando las resoluciones pronunciadas por los Tribunales hayan sido con violación de las formas y solemnidades prescriptas por la Constitución Provincial.

Cuando el Tribunal Superior de Justicia decide que la resolución recurrida en los supuestos previstos en los incisos 1º y 2º citados ha infringido o atribuido una inteligencia errónea o contraria a la cláusula o cláusulas de la Constitución Provincial controvertidas, deberá declararlo así en la sentencia que pronuncie, decidiendo el punto disputado con arreglo a los términos o la exacta inteligencia que debe darse a éstas.

En el caso del inciso 3º se declarará nula la resolución recurrida, mandando devolver el expediente al juez o tribunal subrogante para que la causa sea nuevamente juzgada. Cuando sentencia que no ha existido infracción o inteligencia errónea o contraria a la Constitución, lo declarará así, desechando el recurso.

t) Provincia de Santa Fe

Esta provincia es distinta a todas en materia de organización interna del control de constitucionalidad local y federal. La Carta Fundamental se acota a 116 artículos, donde la única referencia a la inconstitucionalidad la ofrece el *art. 93* que asigna competencia a la Corte Suprema de Justicia, para conocer y resolver en los *recursos de inconstitucionalidad* que fueran propuestos contra las decisiones definitivas de los tribunales inferiores, sobre materias regidas por la Constitución provincial.

Tal encuadre permite deducir a la doctrina que las vías procesales para ejercer el control sobre la supremacía de la Norma Básica son varias: Por vía de *acción* "[…] es factible instaurar, en primer término, la *acción declarativa de inconstitucionalidad*, a lo que da pie el artículo 1º del Código Procesal",[352] que en su parte pertinente dice que el poder jurisdiccional en lo civil y comercial deberá actuar aun en los casos que no exista una lesión actual, cuando la incertidumbre respecto de una relación jurídica, de sus modalidades o de su interpretación cause un perjuicio a quien tenga interés legítimo en hacerla cesar.

---

[352] SAGÜÉS, Néstor Pedro, SERRA, María Mercedes, *Derecho Procesal Constitucional de la provincia de Santa Fe,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aaires / Santa Fe, 1998, p. 13.

> [...] Además de la acción declarativa de inconstitucionalidad, el ordenamiento provincial habilita otras vías específicas de control de constitucionalidad, como la demanda de amparo, la denuncia de *habeas corpus*, el recurso contencioso administrativo sumario (ya que tutela igualmente derechos constitucionales sobre intereses difusos) y, en particular, el recurso de inconstitucionalidad (ley 7055). Éstos constituyen los procesos y recursos constitucionales en sentido estricto, programados principalmente para la tutela de la supremacía constitucional.
>
> Pero también en cualquier expediente judicial, de tipo ordinario, sumario, sumarísimo, ejecutivo, especial, etcétera, es factible que el promotor plantee una pretensión de declaración de inconstitucionalidad, dado el sistema de control difuso existente en el país.
>
> Como *defensa* o *excepción*, es posible igualmente que un accionado postule, ante el planteo de una demanda, denuncia o recurso, su argumentación de inconstitucionalidad de las normas en que aquéllos se fundan.[353]

Esta variedad, no obstante apoyarse en el derecho al amparo que tutela el art. 17 de la Constitución,[354] encuentra muchos obstáculos en la etapa de admisión. Por ejemplo, a veces se sostiene que la acción declarativa contemplada en el código procesal (que es similar en otros regímenes como el laboral) no se compadece con la especial acción declarativa de inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos, que por su misma naturaleza y proyecciones, se encuentra instituida en el derecho público local. En cambio otros sostienen que, resulta admisible la acción meramente declarativa que se promueve directamente ante la Corte Suprema de Justicia provincial, cuando dicho medio procesal está dirigido a lograr el agotamiento de la vía administrativa previa que se impone como condición para concretar el test de constitucionalidad.

El *recurso de inconstitucionalidad* se reglamentó con la ley 7055 (1973) y sufrió varias reformas. El sistema, en la práctica, funciona como similares presupuestos que el recurso extraordinario federal, coincidiendo en la finalidad de preservar el cumplimiento de la supremacía constitucional.

En consecuencia tiene iguales aperturas porque no solo atiende cuestiones de derecho estricto, sino también errores de procedimiento, y de eficacia intrínseca de los pronunciamientos que son atacados por arbitrariedad.

Actualmente se interpreta que la casación debe siempre articularse como condición previa al recurso de inconstitucionalidad dado que

> Los supuestos de cobertura del recurso de inconstitucionalidad de la ley 7055 (tratamiento de cuestiones constitucionales, arbitrariedad) están captados por los incisos 1°, 2° y 5°

---

[353] SAGÜÉS, SERRA, ob. cit., p. 16.

[354] "ART. 17.—Un recurso jurisdiccional de amparo, de trámite sumario, puede deducirse contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal, o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas, que amenazare, restringiere o impidiere, de manera manifiestamente ilegítima, el ejercicio de un derecho de libertad directamente reconocido a las personas en la Constitución de la Nación o de la Provincia, siempre que no pudieren utilizarse los remedios ordinarios sin daño grave e irreparable y no existieren recursos específicos de análoga naturaleza acordados por leyes o reglamentos."

> del artículo 42 de la ley 10.160. Más aún, la Corte Suprema de Santa Fe en su doctrina ha entendido que en virtud de la redacción del art. 42 de la ley 10.160 resulta imposible imaginar una hipótesis que no se encuentre comprendida en alguno de los cinco incisos de la mencionada disposición.[355]
>
> [...] Probablemente el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia provinciales relegue al plano meramente teórico el referido punto de vista, pero no obstante ello no dejamos de advertir que en la evolución de la casación de derecho común santafesina se ha trazado un camino circular: comenzó su regulación previsto en la letra del CPC como un medio impugnativo cuyo trámite correspondía a la más alta instancia de la provincia; ello no obstante, en la práctica —y luego por ley 10.160— la sustanciación fue desarrollada ante las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial —con la sólida pero solitaria objeción de no ser dicha asignación conforme el art. 83 de la Constitución Provincial—. Finalmente el más alto Tribunal Provincial concluyó por reconocer que los supuestos que hacen viable esta casación son los mismos que los que habilitan la casación constitucional.[356]

u) *Provincia de Santiago del Estero*

La provincia define el control de constitucionalidad siguiendo el modelo de la mayoría de sus pares, es decir, abriendo un recurso directo ante el Superior Tribunal, y manteniendo la jurisdicción de éste en instancia de apelación.

La *acción de inconstitucionalidad* está prevista en el art. 839 del Código Procesal, en estos términos:

> Las demandas por inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan en materia regida por la Constitución, deberán ser promovidas ante el Superior Tribunal de Justicia, dentro del plazo de treinta días contados desde que la ley, decreto, ordenanza o reglamento afecte directamente los derechos patrimoniales del querellante. No son aplicables las disposiciones del presente Capítulo a las leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos de carácter institucional o que afecten las garantías individuales.

La reforma constitucional de 1995 fue un cambio copernicano en cuanto refiere a la legitimación activa, pues del criterio restriccionista que resaltaba la improcedencia de la acción cuando no fueran afectadas garantías constitucionales propias, basadas en un interés jurídico, personal y directo; se pasó a la *acción de inconstitucionalidad directa*, estableciendo un mecanismo de control por el cual la sentencia declarativa que el Superior Tribunal de Justicia dicta en los casos concretos, tiene alcance general y no está limitada a las partes que la integran, desde que posee efectos que pueden llegar a enervar la vigencia de la ley, decreto, ordenanza o resoluciones, cuya validez se cuestiona como contraria a la Constitución Nacional o Provincial (art. 193 inciso b] de la Carta Constitucional), por lo que para su admisión se debe extremar el cum-

---

[355] SYDIAHA, Alejandro, *Someras notas en torno a la casación ordinaria santafecina: el recurso de apelación extraordinaria de los tribunales de instancia única,* LL Litoral 2009 (marzo), 117.

[356] SYDIAHA, ob. cit., p. 118.

plimiento de los requisitos formales a fin de no desvirtuar la naturaleza excepcional de la acción.

Al no exigirse en el recurso de inconstitucionalidad el requisito de sentencia definitiva, a diferencia de lo que ocurre en el recurso de casación, no se puede invocar para su admisibilidad una carga procesal que no ha sido establecida, ello porque si del texto de la norma procesal adjetiva no surge que el recurso deba contener un determinado requisito, este no debe ser exigido a fin de atender la garantía de tutela judicial efectiva contenida en el art. 48 inc. 2º de la Constitución de la Provincia.[357]

La provincia mantiene la estructura del código procesal de la nación, alterando mínimamente sus reglas. La *pretensión meramente declarativa*, se dispone en el art. 326 con igual redacción.

La evolución de la figura ha permitido encausar por su senda articulaciones de inconstitucionalidad que no son toleradas en el amparo.

Esto, de alguna manera, es una contradicción, porque el artículo 59 Constitucional, dice:

> Amparo judicial. 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 el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo, los entes reguladores provinciales y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Sin embargo, el art. 854 del código adjetivo dispone que no procede el amparo cuando se lo intenta como acción meramente declarativa de inconstitucionalidad.

La interpretación que se colige es por la diferencia en los efectos de la cosa juzgada, que como advertimos, puede ser individual y para el caso concreto en el amparo, y de efectos generales en la acción declarativa.

La *acción de inconstitucionalidad* debe indicar con toda precisión y claridad la ley, decreto, ordenanza, resolución o reglamentación que se impugna y la cláusula de la Constitución que se sostenga haber infringido.

---

[357] "ART. 48.—*Tutela judicial efectiva*. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. El derecho de defensa en juicio no podrá ser coartado por excesos rituales manifiestos, que dificulten el acceso a la verdad jurídica objetiva sin que ello implique, en los procesos que así corresponda, suplir la actividad procesal a cargo de las partes. *3.* Las leyes procesales promoverán la progresiva incorporación de los principios de oralidad y publicidad de los procesos."

De la pretensión se corre traslado por nueve días a los representantes de las entidades de derecho público demandadas y se oirá al Fiscal General. Evacuado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, se dictará la providencia de autos.

La declaración de inconstitucionalidad producirá la inaplicabilidad de la ley, resolución, decreto, ordenanza o reglamento en la parte afectada por la declaración y tendrá los efectos previstos en el artículo 193 *inciso b)* de la Constitución Provincial, que dice:

> [...] La declaración de inconstitucionalidad hace perder la vigencia de la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique por mayoría de dos terceras partes de los miembros presentes, dentro de los tres meses de la notificación de la sentencia declarativa por parte del Superior Tribunal de Justicia. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto, ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces.

En los arts. 844 y subsiguientes del código procesal se regula el *recurso de inconstitucionalidad* que se debe deducir ante el Superior Tribunal contra las sentencias de última instancia en los siguientes casos:

1º. Cuando en un litigio se haya cuestionado la validez de una ley, decreto o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución en el caso que forme la materia de aquél y la decisión de los tribunales sea en favor de la ley, decreto o reglamento.

2º. Cuando en el litigio se haya puesto en cuestión la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, y la resolución de los tribunales sea contraria a la validez del título, derecho, garantía, excepciones, que fuera materia del caso, y que se funde en dicha cláusula.

3º. Cuando las resoluciones pronunciadas por los tribunales lo haya sido con violación de las formas y solemnidades prescriptas por la Constitución, siempre que los actos nulos del procedimiento no hayan sido aceptados por las partes.

El recurso debe interponerse, por escrito, ante el tribunal que dictó la sentencia en última instancia, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución y deberá contener, en términos claros y concretos, la mención de la cláusula constitucional violada en la sentencia, determinando, a la vez con la mayor precisión, en qué consiste la violación.

Este recurso también lo puede plantear el Ministerio Público Fiscal que debe velar por el respeto de los derechos, deberes, principios y garantías constitucionales, estando legitimado para demandar la inconstitucionalidad de toda ley,

Cuando el Superior Tribunal de Justicia estima que la resolución apelada en los casos 1º y 2º citados ha infringido o dado una inteligencia errónea o contraria a la cláusula o cláusulas de la Constitución, que han sido controvertidas, deberá declararlo así en la sentencia que pronuncie, decidiendo el punto disputado, con arreglo a los términos o a la genuina inteligencia que deba darse a aquélla. En el caso del inciso 3º declarará nula la resolución apelada y, pronunciándose sobre el fondo, resolverá la causa como en el caso anterior.

Cuando el tribunal estimare que no ha existido infracción ni inteligencia errónea o contraria a la Constitución, lo declarará así, desechando el recurso e imponiendo al apelante las costas causadas.

v) *Provincia de Tierra del Fuego*

La provincia más nueva de nuestro territorio se organizó institucionalmente con disposiciones constitucionales y procesales que se apartaron de repetir modelos, asumiendo una fisonomía propia pero sin renovar el accionar de la inconstitucionalidad.

Vale decir, continúa el sistema de admitir una vía directa de jurisdicción originaria y excluyente; y otra derivada que se promueve en causa concreta hasta llegar al recurso de inconstitucionalidad.

El código establece la *acción meramente declarativa* (art. 339) para obtener una sentencia de certeza tendiente a cesar un estado de incertidumbre, en iguales condiciones y presupuestos que tiene el sistema federal. En consecuencia, también consiguió forzar por esta senda la acción de inconstitucionalidad.

La competencia originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia surge del art. 157 constitucional que le entrega jurisdicción para resolver en caso concreto, la pretensión declarativa de inconstitucionalidad de leyes y demás normas jurídicas que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución. Inmediatamente, el art. 158 dice que tendrá competencia como tribunal de última instancia, en las causas sobre la inconstitucionalidad de leyes y demás normas jurídicas que se hayan promovido ante los tribunales inferiores.

La demanda debe plantearse ante el Superior Tribunal de Justicia, dentro de los treinta (30) días desde la fecha en que el precepto impugnado afecta los intereses del accionante. Vencido el plazo, se considera extinguida la competencia originaria del Superior Tribunal de Justicia, sin perjuicio de las facultades del interesado para ocurrir a la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos patrimoniales que estime afectados, planteando la cuestión respectiva por medio del recurso previsto por el artículo 313 del código adjetivo.

La declaración (sentencia) de inconstitucionalidad tiene estas características. Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por *unanimidad* y por *tercera vez* la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido (art. 159, Constitución provincial).

Por su parte, el recurso extraordinario de inconstitucionalidad procede contra las sentencias definitivas, cuando en el proceso se haya controvertido la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución Provincial o la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución de la provincia, siempre que la decisión recaiga sobre esos temas (art. 313, Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero).

Si se acogiere la demanda, el pronunciamiento del Tribunal se limitará a formular la correspondiente declaración de inconstitucionalidad, dejando a salvo la posibilidad de reclamar las reparaciones que correspondieren por la vía pertinente.

Cabe agregar que, por el conducto de la inconstitucionalidad, los tribunales no están facultados a expedirse sobre la conveniencia, eficacia, acierto u oportunidad de la política legislativa y de las leyes que son su consecuencia. El tamiz judicial protege exclusivamente contra las transgresiones de los derechos y garantías que marca la Ley Suprema y esta tarea debe plasmarse con razonabilidad, prudencia y respeto de las atribuciones reservadas a los poderes legislativo y ejecutivo, no olvidando que la presunción de la legitimidad de las leyes cede solo cuando se oponen incontrastablemente a la Constitución.[358]

w) *Provincia de Tucumán*

Esta provincia es la única de Argentina que cuenta con un Código Procesal Constitucional que se ocupa especialmente de los procesos constitucionales destinados a salvaguardar el cumplimiento del principio de supremacía de la Norma Fundamental local y nacional.

También desde el art. 24 de la Carta provincial se establece que:

> Los habitantes de la provincia, como habitantes de la Nación Argentina, y al amparo de la Constitución Nacional, tienen todos los derechos que aquélla establece, sin negación ni mengua de otros derechos no enumerados o virtualmente retenidos por el pueblo.
>
> El Estado provincial deberá promover medidas de acción positiva y remover los obstáculos para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución, la Constitución Nacional, y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, los jóvenes, los ancianos, las personas con discapacidad y las mujeres.
>
> Los derechos y garantías consagrados por los pactos y tratados internacionales sobre derechos humanos, incorporados como ley de la Nación, son de carácter operativo, salvo en los supuestos en que expresamente se ha dejado sujeta su aplicación al dictado de una ley. Toda ley, decreto u orden que, so pretexto de reglamentación, desvirtúe el ejercicio de las libertades y derechos reconocidos, o prive a los ciudadanos de las garantías aseguradas, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los jueces. La declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los jueces tendrá efectos específicos para la causa en que entendieren.

El emplazamiento instaura el control de oficio de la constitucionalidad, si bien entendido en una causa concreta y sujeto a ciertas condiciones que se explanan en las demás disposiciones reglamentarias.

---

[358] Ver autos: "*Lechman Servicios Portuarios c/ Provincia de Tierra del Fuero, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ acción de inconstitucionalidad y amparo*", expte. N 082/95 de la Secretaria de Demandas Originarias, sentencia del 27 de septiembre de 1995, registrada en el T1 III, F1 23/33; id.:"*Pereyra, Mario Eugenio c/ Provincia de Tierra del Fuego S/ Acción de Inconstitucionalidad*", expte N1 374/97 de la Secretaría de Demandas Originarias, sentencia del 27 de octubre de 1997.

El art. 38 constitucional genera la *acción de amparo*, autorizando al juez a que declare la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto u omisión lesiva.

De su lado el Código Procesal Civil establece en el art. 282 *la acción meramente declarativa*, con la redacción que sigue:

> El interés deberá ser nato y actual. Sin embargo, podrá deducirse la acción meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión al actor, y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

La norma se debe interpretar aplicable a las relaciones jurídicas convencionales, en la medida que otra vía similar dispuesta en el Código Procesal Constitucional procura la acción de inconstitucionalidad.

Por eso el mayor interés radica en este reglamento. La base de toda inconstitucionalidad se determina sin necesidad de petición expresa pues el art. 5º establece que: "Los jueces declaran de oficio, en el caso concreto, la inconstitucionalidad de normas o actos contrarios a la Constitución debiendo escuchar previamente a las partes y al Ministerio Público".

El control jurisdiccional se pone a cargo de los tribunales y juzgados de la Provincia, pero la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos específicos para la causa donde se entiende.

El art. 88 deja en claro que:

> El control de constitucionalidad debe ejercerse por la Justicia, aún sin petición de parte interesada, en aquellas causas llamadas a su conocimiento. Los magistrados deben abstenerse de aplicar la ley, decreto u orden que so pretexto de reglamentación desvirtúe el ejercicio de las libertades y derechos reconocidos o prive a los ciudadanos de las garantías aseguradas por la Constitución Nacional y Provincial. Cuando el magistrado interviniente estime que la norma que debe aplicar puede adolecer de alguna objeción constitucional, previa a la decisión, corre traslado a las partes por un plazo de diez días hábiles. El traslado sobre esta cuestión será corrido en cualquier estado de la causa y no implica prejuzgamiento. Se da intervención al Ministro Público.

La acción declarativa de inconstitucionalidad actúa como pretensión directa (art. 89):

> Puede deducirse acción tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad total o parcial de una norma legal o disposición normativa con fuerza de ley, provincial o municipal, o de reglamentos u ordenanzas provinciales o municipales, o actos administrativos, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la constitucionalidad de una relación jurídica, siempre que esta falta de certidumbre pueda producir un perjuicio o lesión al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

La demanda se debe interponer dentro del plazo de sesenta (60) días corridos a contar desde la publicación oficial de la norma cuestionada, la notificación o conocimiento del acto administrativo. La caducidad del plazo no impide la articulación

de la cuestión constitucional por vía de excepción, si en atención a las circunstancias del caso, correspondiere.

Si lo cuestionado es una norma o acto administrativo provincial o municipal, debe darse traslado de la demanda a la Provincia, a la Municipalidad o al ente autárquico que los produjo según corresponda. En todos los casos se da intervención al Ministerio Público. En caso que la pretensión signifique alcanzar a una categoría de personas, el tribunal para integrar la litis debe dar intervención a las entidades representativas de las mismas.

El trámite se sustancia de acuerdo a las disposiciones del proceso sumario previsto en el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial.

Si la sentencia resuelve que la norma o el acto en cuestión es inconstitucional, tiene efectos de cosa juzgada para las partes. Pero, el caso contencioso que da lugar a una acción declarativa de inconstitucionalidad no se limita a las cuestiones de índole económica de interés privado del justiciable, sino que comprende la defensa por parte de cualquier persona o asociación de los intereses públicos que se encuentran protegidos explícita o implícitamente por el orden jurídico nacional, provincial o internacional aplicable en la Provincia.

El art. 91 sostiene que es de la competencia de la Corte Suprema de Justicia local conocer de los recursos que se interpongan contra las sentencias definitivas dictadas en última instancia o los autos que tengan la virtualidad de poner fin a la acción o hacer imposible su continuación, de los Tribunales inferiores dictados en causa en que se hubiere controvertido la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos que estatuyen sobre materias regidas por la Constitución provincial, siempre que ello forme la materia principal de la discusión entre las partes, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente.

Una vez radicado el juicio ante los tribunales provinciales es sentenciado y fenecido en dicha jurisdicción y, sólo puede apelarse al Superior Tribunal por vía del recurso de inconstitucionalidad las resoluciones definitivas referidas en el artículo anterior en los casos siguientes:

1. Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución ha sido controvertida y, en especial, si media el cuestionamiento de un derecho fundamental protegido por aquélla.

2. Cuando la validez de una ley, decreto, norma con fuerza de ley o acto de una autoridad provincial se ha puesto en cuestión bajo la pretensión de ser contrario a la Constitución Provincial.

3. Cuando el pronunciamiento de la causa sea arbitrario porque se ha afectado la protección constitucional a la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos o al debido proceso legal.

La apelación sólo es concedida cuando resulte de los autos que la consideración de los agravios en que el recurso se fundamenta tiene trascendencia institucional o general que exceda el mero interés personal del apelante; y no se otorga cuando sean insustanciales. De igual manera se procede con los recursos directos deducidos en caso de denegación del recurso de inconstitucionalidad, los que se rechazan de

plano si de su texto no trasciende el alcance institucional o general de la decisión de los agravios en que la apelación se fundamenta.

Sin embargo, en los casos de objetiva gravedad institucional y siempre que medie alguna de las cuestiones constitucionales arriba previstas, la Corte Suprema puede admitir el recurso aunque no se cumplan sus demás recaudos, si así lo estima necesario para evitar la frustración del derecho invocado.

La fundamentación del recurso (art. 93) tiene que demostrar que existe una relación directa e inmediata de los agravios contra las cuestiones de validez de las disposiciones de la Constitución Provincial. La impugnación se interpone por escrito, ante el tribunal que dictó la resolución, dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la notificación. De la presentación se da traslado por diez (10) días a las partes interesadas, notificándolas personalmente o por cédula. Contestado el traslado, o vencido el plazo para hacerlo, se decide sobre la admisibilidad del recurso. Si lo concede, previa notificación personal o por cédula, debe elevar de inmediato las actuaciones a la Corte Suprema. La parte que no ha constituido domicilio en la Capital queda notificada de las providencias de la Corte Suprema por ministerio de la ley.

El recurso de inconstitucionalidad procede siempre con efecto suspensivo.

La sentencia debe ser resuelta por el Tribunal íntegro (art. 98) por mayoría absoluta de votos de sus miembros. En caso contrario se integrará de conformidad a la forma establecida en la Ley Orgánica de Tribunales. La sentencia se redacta en forma impersonal, sin perjuicio que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría, emitan su voto por separado. Una copia de la sentencia se agrega al expediente y el original de ella, se incorpora al libro respectivo.

Cuando la Corte Suprema revoque la sentencia apelada (art. 99), hace una declaración sobre el punto disputado, y devuelve la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resuelve sobre el fondo, y aún puede ordenar la ejecución especialmente si la causa ha sido una vez devuelta por idéntica razón.

Cuando excepcionalmente en un caso pendiente, la resolución recaída revista interés constitucional o gravedad institucional, la Corte Suprema de Justicia podrá prescindir de los requisitos de procedencia formal de los recursos respectivos a los efectos de un inmediato pronunciamiento si la solución no admite demora alguna. (art. 107).

z) *Ciudad autónoma de Buenos Aires*

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la acción declarativa de inconstitucionalidad se encuentra regulada en el artículo 113 de la Constitución de la Ciudad que establece:

> ART. 113.—Es competencia del Superior Tribunal Justicia conocer: [...] 2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanadas de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera los efectos en el caso con-

creto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y el Tribunal Superior.

3. Por vía de recursos de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de las normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución [...].

El inciso 2º de este artículo permite aplicar una doble vía en la declaración de inconstitucionalidad de leyes, utilizando a igual tiempo, los sistemas concentrado y difuso. El Tribunal tiene competencia originaria cuando su actuación no requiere la intervención y decisión anterior de ningún órgano jurisdiccional. Esta competencia está expresamente determinada en la Constitución local y sólo puede ser aumentada, disminuida o modificada por una reforma constitucional.

No se trata de una jurisdicción residual acerca de asuntos sobre los que no se pueda determinar cuál es el tribunal específico; sino de establecer un proceso de asignación directo (derivado) o por medio de recurso, cuando el tribunal conoce como revisor de las actuaciones o decisiones que otro órgano jurisdiccional de la Ciudad haya realizado.

A su vez éste Superior Tribunal de Justicia como cabeza del Poder Judicial de la Ciudad, según el art. 114 de la Constitución local, tiene facultades de superintendencia, de reglamentación interna, presupuestarias y de nombramiento y remoción del personal.

Caracteriza al modelo la pretensión, que tiene por único objeto impugnar la validez de una norma de carácter general que emana de autoridades locales por ser contraria a la Constitución de la Ciudad o a la Nacional.

El Tribunal podrá resolver admitiendo la falta de adecuación constitucional de la norma cuestionada, que acarreará la pérdida de vigencia de aquella, o rechazar la acción de inconstitucionalidad planteada. En los hechos se practica un control abstracto de la supremacía de la Ley Fundamental y de la Carta Magna local, que evita referirse a situaciones jurídicas particularizadas.

Por eso, esta acción no es similar a la acción meramente declarativa prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación pues en ésta importa la existencia de un caso. Se afirma que, la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires[359] que habilita el conocimiento del caso en instancia originaria y exclusiva por este Superior Tribunal de Justicia, es un instituto constitucional local novedoso e imposible de asimilar a los establecidos en el ámbito nacional y tienen derecho los presentantes a acceder a la tutela judicial por la vía constitucionalmente asignada, y el tribunal a ejercer su jurisdicción originaria y exclusiva.[360]

El Tribunal puede intervenir asimismo, por vía de recurso de inconstitucionalidad en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de las normas

---

[359] La Ley nº 402 reglamentó el art. 113 constitucional.

[360] TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1999/02/18, *"Farkas, Roberto y otro c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"*, La Ley, 2000-A, 9 - DJ, 2000-1-808 - ED, 181-1161.

contenidas en la Constitución Nacional o de la Ciudad de Buenos Aires. Este es un medio impugnativo de sentencias judiciales definitivas y presupone el agotamiento de las instancias y recursos ordinarios.

El recurso tiene carácter extraordinario, en la medida que apunta directamente al control que han hecho los tribunales ordinarios de la interpretación o aplicación de las normas y principios contenidos en la Constitución de la Ciudad y en la Nacional.

En este contexto se dice que cabe desestimar por formalmente inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida según arts. 113, inc. 2° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y 17 de la ley 402, impugnando los arts. 113, 124 y 139 de la ley 1181, en cuanto exigen la calidad de abogado para poder ser elegido como integrante de los órganos de la Caja de Seguridad Social para Abogados de dicha comuna, con base en que lesionarían derechos constitucionales de los procuradores, si lo que en realidad se pretende es plantear un "caso" que podría someterse al control difuso de constitucionalidad.[361]

[361] Del voto en disidencia de la doctora Ruiz. TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2004/05/19, "*Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires c. Ciudad de Buenos Aires*", La Ley, 2004/12/01, 15. También se afirma que, existiendo diversas presentaciones que expresan opiniones fundadas sobre la cuestión en debate en una acción declarativa de inconstitucionalidad, se encuentra justificado que los asistentes oficiosos que las han formulado sean escuchados en una audiencia en los términos previstos en el art. 22 de la ley 402 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en forma previa a los alegatos de las partes, expongan los aspectos relevantes de dichas opiniones (TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2003/06/18, "*Liga de amas de casas, usuarios y consumidores de la República Argentina c. Ciudad de Buenos Aires*", La Ley, 2003-F, 68 - Con nota de Trionfetti, Víctor, publicado en Sup.Const, 2003-F, 68).

Sección 2ª La acción de inconstitucionalidad en México

260. Panorama normativo

260.1. La acción de inconstitucionalidad en México surge como una necesidad de renovar las limitadas posibilidades que tenía el amparo contra leyes aplicadas en casos concretos, para admitir que se pudiera ejercer un control posterior sobre la norma general.

De esta forma, la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 crea, a propuesta de la presidencia de la nación (por entonces en cabeza de Ernesto Zedillo), la acción de inconstitucionalidad, insertándola en la fracción II del art. 105.

El modelo no acepta la intervención preventiva sobre la ley, sino la revisión *a posteriori* y en manos del máximo tribunal de justicia que, a estos efectos, funciona como tribunal constitucional.

260.2. La norma fundamental establece, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá:

> [...] De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.
>
> Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:
>
> *a)* El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;
>
> *b)* El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
>
> *c)* El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
>
> *d)* El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y
>
> *e)* El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.
>
> *f)* Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en

contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

261. Modalidades

261.1. La acción de inconstitucionalidad mexicana es distinta al modelo que tiene Argentina, y diversa de otros mecanismos que admiten actuar ante jueces y tribunales constitucionales, según sea el órgano de fiscalización final.

Aquí se prefiere un esquema donde el Superior Tribunal de Justicia tenga la última palabra, y para evitar interpretaciones disímiles, resuelve actuar como si fuera una magistratura del sistema concentrado.

Para Brage Camazano:

> [...] la acción de inconstitucionalidad puede definirse, en una primera aproximación, como aquel mecanismo procesal-constitucional por virtud del cual determinadas personas, cumpliendo los requisitos procesales en cada caso establecidos, pueden plantear directamente una demanda ante el correspondiente órgano judicial de la constitucionalidad para que, previa la tramitación procesal que corresponda, éste determine en abstracto si una norma es o no compatible con el pertinente texto constitucional de que se trate y, caso de no serlo, declare su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad. En esta definición están ya los ingredientes fundamentales propios de toda acción de inconstitucionalidad: su naturaleza (acción procesal-constitucional de control normativo abstracto de la constitucionalidad), la legitimación activa para ejercitarla, su posible objeto, su parámetro (la Constitución), su procedimiento y sus efectos. Muchos aspectos de los mencionados admiten variantes, de lo que resulta la posibilidad de tantas regulaciones específicas de la acción de inconstitucionalidad como ordenamientos constitucionales que la prevean.[362]

---

[362] Brage Camazano, Joaquín, "La acción mexicana de inconstitucionalidad en el marco del derecho comparado: regulación actual y posibles líneas de evolución", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 3, enero/junio 2005, Porrúa, pp. 25 y ss.

La concesión a la Corte de tal poder de decisión obedece a la política reformista dispuesta en 1994, y sentó las bases para una adecuación del modelo jurisdiccional, pues si bien no modificó la composición de la Corte (conservándose los veintiún ministros, más cinco con carácter supernumerario) ni incluyó nuevos mecanismos procesales de control, limitándose, por el contrario, a dar nuevos contornos a los ya existentes: el amparo, las controversias constitucionales, el juicio político y el procedimiento de investigación; en cambio la reforma reconoció a la Corte la posibilidad de emitir disposiciones con carácter de legislación material (acuerdos generales) que fueron la fuente de la gran transformación funcional.[363]

261.2. La acción se articula con presupuestos propios e independencia funcional, de allí que no sea propiamente un recurso ni una herramienta incidental.

La norma constitucional es casuista al extremo para dejar en claro quienes son los que pueden presentar una demanda del tipo, siendo en todos los casos evidente que el caso constitucional admitido versará sobre una cuestión abstracta, es decir, eludiendo cualquier aplicación en concreto que permitiera observar efectos particulares.

El objetivo es otorgar a la minorías parlamentarias la posibilidad de impugnar ante órganos de justicia constitucional las disposiciones aprobadas en el congreso, lo cual representa un conflicto de aplicación si tenemos en cuenta que cualquier gobierno democrático acepta que la decisión de la mayoría representada constituye la ley, evitando que la justicia intervenga sobre cuestiones políticas.[364]

---

[363] ASTUDILLO REYES, César, "El sistema mexicano de justicia constitucional", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 4, julio/diciembre, 2005, Porrúa, pp. 27 y ss.

[364] Esta opinión no es aceptada por todos. Por ejemplo, Nogueira Alcalá dice que: "[…] En algunos países pueden requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional algunas minorías significativas de las ramas o cámaras del Congreso Nacional o del Parlamento, con ello buscan superar los eventuales abusos de poder o afectación de los derechos fundamentales protegidos objetivamente por la Constitución frente al gobierno y las mayorías parlamentarias, junto con constituir un instrumento para la protección de las minorías. Esta protección de las minorías es parte de las bases esenciales o vertebrales de la democracia pluralista en cuanto supone un límite al poder de la mayoría y un cauce para el control de ella, en el contexto de una democracia participativa.

En la democracia actual la regla de la mayoría no asegura por sí misma la legitimidad constitucional de la decisión adoptada, la que puede contener vicios de forma o procedimentales, como también vicios sustantivos o materiales (contradicción con valores, principios y derechos constitucionales), los cuales dentro de un Estado constitucional democrático deben ser asegurados, promovidos y garantizados, siendo parte del pacto constituyente, que posibilita el consenso bajo el cual se produce y desarrolla la integración política y social. La legitimación activa de la minoría parlamentaria constituye un contrapeso jurídico a la centralidad del gobierno en los regímenes tanto presidencialistas como parlamentarios actuales, otorgando a las minorías un instrumento de control y garantía con el objeto de impedir el paso de la democracia a la autocracia, como asimismo, para evitar el potencial abuso y concentración del poder.

La minoría parlamentaria en un sentido amplio designa un conjunto heterogéneo de parlamentarios que acepta los principios establecidos en la Constitución vigente y que, en virtud de su posición institucional y de acuerdo a su criterio jurídico constitucional, cumpliendo los requisitos que la respectiva Constitución señala, impugna ante el Tribunal Constitucional en control preventivo o represivo un enunciado normativo del ordenamiento jurídico como inconstitucional. Esta minoría parlamentaria puede estar

261.3. La fracción II del artículo 105 constitucional otorga a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de conocer, en única instancia, de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución.

En las seis hipótesis que regula esta norma se otorga la acción a las minorías legislativas (treinta y tres por ciento, antes era del cuarenta y cinco por ciento), de los integrantes de las Cámaras de Diputados y de Senadores, de los organismos le-

---

integrada por parlamentarios de oposición, como eventualmente también por parlamentarios que sustentan el gobierno pero discrepan de éste en materias específicas.

La legitimación activa se otorga a la minoría parlamentaria en virtud de su alta investidura política, producto de su función institucional, con el objeto de defender una pretensión objetiva como es el impedir que se incorporen al ordenamiento jurídico enunciados normativos inconstitucionales o para depurar el ordenamiento jurídico de ellos, dependiendo si el control es preventivo o represivo. El carácter objetivo del control lo distingue de los amparos constitucionales de derechos fundamentales, donde se debaten los derechos subjetivos de los legitimados activamente para recurrir al Tribunal Constitucional, los cuales requieren, por regla general, invocar un interés legítimo.

Así, la minoría parlamentaria opera en un proceso objetivo y abstracto, donde los legitimados activamente se encuentran taxativamente señalados por la respectiva Constitución, donde el objeto del procedimiento es el contraste de un determinado enunciado normativo con el texto de la Carta Fundamental, con el objeto de depurar o impedir la existencia de normas inconstitucionales, concretando la defensa y primacía de la Constitución.

En todo caso nos parece necesario señalar que la jurisdicción constitucional en su función objetiva de defensa de la Constitución cumple también una función de defensa de derechos e intereses concretos, como se ha señalado muchas veces, ambas vertientes están intrínsecamente unidas. Como señala Montilla, "no hay defensa de la Constitución si no hay protección de derechos e intereses y no hay garantía de éstos sin defensa y protección de la Constitución".

La legitimación activa de una minoría parlamentaria para impugnar normas jurídicas en elaboración o preceptos normativos que integran el ordenamiento jurídico presenta el riesgo de ser utilizado también como instrumentalización política de la jurisdicción constitucional, para proseguir por vía jurisdiccional lo que no se obtuvo por vía política. Sin embargo, la forma de configuración del control tiende primariamente a asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico y sólo secundariamente a proteger eventuales lesiones a derechos subjetivos. A su vez, el Tribunal Constitucional una vez que asume el enjuiciamiento de una norma, puede declarar inconstitucionales no solo los preceptos impugnados por los demandantes, recurrentes o requirentes, sino también otros preceptos que integran el cuerpo normativo sometido a su consideración y que consideren contrarios a la Constitución, pudiendo utilizar como parámetro de control, no sólo las normas sustentadas en la demanda, sino también otros preceptos constitucionales distintos de los invocados. Así en el desarrollo del procedimiento ante el Tribunal Constitucional se mantiene el carácter objetivo y abstracto del control.

La legitimación activa de la minoría parlamentaria tiene un efecto pacificador de conflictos políticos al posibilitar una instancia de resolución jurisdiccional. A su vez, la minoría parlamentaria sólo recurre al Tribunal Constitucional, cuando tiene fundamentos razonables para sostener su criterio jurídico constitucional, no lo hará cuando ellos no existan o sean temerarios, ya que el hecho de ser derrotado en vía jurisdiccional le significa una pérdida de credibilidad ante la ciudadanía. A su vez, la sola existencia de esta legitimación activa de la minoría parlamentaria genera en la mayoría gubernamental una contención y una actuación responsable en la generación de los preceptos legales y reglamentarios, ante la posible sanción del Tribunal Constitucional en su contra favoreciendo la formación de compromisos" (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "La legitimación activa en los procedimientos ante los tribunales constitucionales de América del Sur", *Ius et praxis,* v. 10, nº 2, 2004, pp. 197 y ss.).

gislativos estatales y de la actual Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para impugnar las leyes aprobadas por los respectivos cuerpos legislativos. También se concede la acción al Procurador General de la República en contra de leyes federales, estatales y del Distrito Federal, así como en contra de Tratados Internacionales celebrados por México; y a los partidos políticos con registro, para impugnar leyes electorales federales o locales. Los artículos del 59 al 73 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 regulan los aspectos procedimentales de esta acción, aplicando supletoriamente las disposiciones relativas a las controversias constitucionales. El instrumento en estudio constituye una acción de carácter "abstracto", porque su objeto es garantizar el respeto a la Constitución y al orden jurídico sin requerir la existencia de un agravio directo ni de un interés jurídico específico para ejercitarla, lo que es congruente con el hecho de que se otorgue a entidades públicas o minorías de los poderes públicos. "La Suprema Corte de Justicia puede también juzgar la constitucionalidad de las leyes en abstracto y con efectos generales, cuando así lo solicite uno de los sujetos legitimados para ejercitar la acción de inconstitucionalidad". Como en la Controversia Constitucional, al resolver esta acción la Suprema Corte tiene amplias facultades para suplir la queja, excepto en materia electoral, al grado de que puede fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya sido (o no) invocado en el escrito inicial, de acuerdo con el artículo 71 de la Ley Reglamentaria en consulta. Los efectos de la resolución correspondiente podrán ser derogatorios de la norma impugnada, siempre y cuando dicha resolución sea aprobada por cuando menos ocho votos, y en caso de no alcanzarse esa mayoría, se desestimará la acción ejercitada, como lo ordena el numeral 72 de la misma Ley Reglamentaria.

262. Legitimación activa

262.1. Explica Brage Camazano que el problema que plantea la legitimación activa regulada en la Constitución para la acción de inconstitucionalidad está en el elevado porcentaje requerido para poder plantearla, pues si ya en términos globales puede considerarse como un umbral elevado, en el caso de México, con su específica realidad política, ese umbral es totalmente excesivo y disfuncional. Así, debe tenerse presente cómo, en España, con una composición parlamentaria más fragmentada (incluso en los años de mayor hegemonía del partido gobernante), se otorga legitimación a un séptimo de los miembros del Congreso de los Diputados, y a un quinto de los senadores, cifra que en Portugal se reduce a un décimo de los diputados, y en Francia a un décimo de los diputados y un quinto de los senadores aproximadamente. Y si es cierto que en Alemania o en Austria el porcentaje requerido de integrantes del Parlamento federal (Alemania) o el Consejo Nacional (Austria) para plantear una acción de inconstitucionalidad es también de un tercio, no lo es menos que tal porcentaje no ha sido obstáculo para que la acción desarrolle una función de tutela de las minorías parlamentarias, al mismo tiempo que se ha convertido en un instru-

mento eficaz de control de la constitucionalidad, dado que la composición parlamentaria es también aquí claramente más fragmentada que en México.[365]

262.2. No obstante, dentro de los modelos más tradicionales para receptar acciones abstractas de inconstitucionalidad, el esquema mexicano se muestra permisivo aunque limitado; a diferencia de otros sistemas latinoamericanos que revelan un territorio plagado de legitimaciones políticas dispuestas a tono con el sistema de gobierno.

En efecto, cuando con el control de constitucionalidad estrictamente normativo se utiliza como medio de controlar la actividad parlamentaria, *mutatis mutandi* se revierte el sistema representativo de gobierno.

Para nosotros una cosa es el control sobre la ley y sus efectos inconstitucionales; y otra muy distinta, perseguir que se erradique del ordenamiento jurídico una norma legalmente formada.

Es verdad que el corazón del problema es la supremacía constitucional, de modo que dicha norma supuesta como inconstitucional, exige de control y fiscalización, pero de allí no puede verse a la acción de inconstitucionalidad como un sistema de las minorías parlamentarias porque, de ser así, la posibilidad de obstruir la legalidad y evitar la administración es francamente evidente.

262.3. Nogueira Alcalá estudia seis países de América del Sur que desarrollan un control abstracto, destinado a velar por la defensa objetiva de la Constitución y el interés general o bien común, entendiendo que mediante la acción se consigue que un conjunto de autoridades u órganos del Estado consigan legitimación procesal fundada en la posición institucional que tienen por tarea la defensa del bien común o del interés general.[366]

> Es necesario tener presente que los seis países de América Latina (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela) en que se desarrollan tribunales constitucionales tienen un tipo de gobierno presidencialista con modalidades de presidencialismo puro o atenuado, donde juega un rol central del sistema político el Presidente de la República electo popularmente, quien es, a la vez, Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, siendo el gabinete ministerial de la confianza del Jefe de Estado y ejecutor de la política determinada por éste. El Congreso Nacional o Parlamento es un órgano colegislador junto con el Presidente de la República, además de realizar una función de fiscalización o control de los actos del gobierno. Las variantes del presidencialismo sólo inciden en el hecho de la eventual existencia de un jefe de gabinete y la responsabilidad de los ministros ante el Parlamento, lo que puede atenuar la hegemonía presidencial.

En cambio, Argentina sostiene desde la jurisprudencia que las minorías parlamentarias deben debatir en el ámbito donde adscriben sin judicializar aquello que naturalmente nace de la discusión política.

---

[365] BRAGE CAMAZANO, *La acción mexicana de inconstitucionalidad en el marco del derecho comparado: regulación actual y posibles líneas de evolución,* cit., p. 33.

[366] NOGUEIRA ALCALÁ, *La legitimación activa en los procedimientos ante los tribunales constitucionales de América del Sur,* cit., p. 197.

> La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en la causa "Raimbault, Manuel y otros c. Provincia de Tierra del Fuego" (Fallos, 324:2381) sostuvo que, corresponde rechazar al planteo de inconstitucionalidad realizado por un grupo de legisladores en su carácter de representantes del pueblo, toda vez que ellos no son los representantes de la provincia o distrito electoral por el cual han sido elegidos, calidad que corresponde al Poder Ejecutivo en el ámbito de las competencias que le son propias y no alegaron ni demostraron haber recibido poder de la autoridad competente. Por ello, carecen de legitimación los actores, en su condición de legisladores, para promover una acción tendiente a obtener la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley provincial 460 y del decreto reglamentario 223/2000 pues esa calidad sólo los habilita para actuar como tales en el ámbito del órgano que integran, y con el alcance otorgado a tal función por la Constitución Nacional.

La restricción acompaña un temperamento habitual de la justicia argentina que procura no invadir esferas de competencias, confundiendo muchas veces los límites del control de constitucionalidad con la apertura de las puertas judiciales con la llave de la legitimación.

Muy pocas veces se tolera a los legisladores que discutan lo que perdieron en el debate parlamentario, salvo que demuestren un "interés especial" en el proceso y un "agravio directo y sustancial" en la causa.

> La Corte argentina tiene un resonado caso político en la época de presidencia de Carlos Saúl Menem, que adquirió fama como el caso "*Dromi*", donde dijo que la legitimación del Diputado Fontela, no se confiere por su invocada calidad de "representación del pueblo", pues el ejercicio de la mencionada representación encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo Nacional; [...] 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 ultimo cuerpo posea o no aquel atributo procesal, es indudable que el demandante no lo representa en juicio.
>
> En tal sentido, recientemente la Suprema Corte de EE.UU. declaró la inexistencia de un "caso o controversia" al examinar la demanda de varios miembros del Congreso que perseguían la declaración de inconstitucionalidad de una norma alegando que constituía una indebida delegación de funciones legislativas al presidente- a la luz de sus precedentes "Powell v. Mc. Cormak" (395 U.S., 486, 1969) y "Coleman v. Miller" (307 U.S. 433, 59 S. Ct. 972,83 L. Ed. 1385)..." (Inc.16, 3° párrafo del fallo). "Que, a mayor abundamiento, debe advertirse que una decisión contraria no solamente supondría e inadmisible reconocimiento —como lo ha prevenido con acierto la jurisprudencia norteamericana— de que los jueces sean llamados en auxilio de un legislador individual que en realidad sólo se queja de haber fracasado en persuadir a sus colegas (conf. "Barnes v. Kline" 759 F. 2d 21,28 –DC Circ. 1984), sino la invasión del Poder Judicial en el ámbito de las potestades propias de los otros poderes de la Nación"...(inc. 14 del fallo).[367]

---

[367] CAPARROZ, Luciano, *La Legitimación de los Legisladores Nacionales y la motivación del DNU 296/2010*, La Ley, 10/03/2010, 1.

262.4. La legitimación para obrar del Presidente de la República, es inherente a la naturaleza del tipo de gobierno que domina en América Latina. Se le confiere legitimación activa en los seis países considerados para requerir el pronunciamiento del Tribunal o Corte Constitucional respecto de preceptos legales o normas administrativas de carácter general considerados inconstitucionales (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela). Dicha legitimación activa del Presidente de la República se desarrolla, por regla general, para activar un control reparador o represivo en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, mientras que se utiliza para concretar un control preventivo en materia de preceptos legales en el caso de Chile. En Bolivia y Colombia, el Presidente de la República puede solicitar junto al control represivo o reparador de constitucionalidad de tipo normativo un control preventivo de constitucionalidad de preceptos infraconstitucionales.[368]

262.5. La legitimación parlamentaria es propia de Latinoamérica con las excepciones destacadas. La particularidad puede estar en aceptar al Congreso como parte, o solo a las bancadas políticas; lo que redunda con singularidad cuando la composición es unicameral.

Con ello se busca superar determinados conflictos y discrepancias de criterio en el proceso de elaboración de normas jurídicas o sobre la aplicación de ellas entre el gobierno y en Congreso, o incluso entre las dos ramas del mismo Congreso Nacional, al estar estas integradas por diferentes mayorías, posibilitando que en una de ellas sea mayoría la oposición.

> Así ocurre en Chile, donde pueden requerir la intervención del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre la constitucionalidad de proyectos de ley y de normas jurídicas administrativas la Cámara de Diputados o el Senado a través de una decisión mayoritaria de los diputados o senadores, como lo señalan los artículos 82 N2, 3, 4, 5 y 12.[369]

Más conflictiva es la legitimación individual de cada legislador, pues aunque tienen esa posibilidad en Bolivia, que establece un procedimiento mucho más abierto que el peruano o el chileno, la regla no pareciera ser para todos.

262.6. En México, quien tiene amplia legitimación es el *Procurador General de la República*. Según la doctrina no tiene fronteras su posibilidad de impugnar, lo que contrasta fuertemente con la limitación de otros legitimados, que sólo pueden impugnar leyes federales (Cámara de Diputados), o leyes federales y Tratados Internacionales (C. Senadores) o leyes —federales o estatales— electorales (Partidos políticos) o leyes de un Estado (Legislaturas locales). Todas ellas, sin excepción posible, pueden, en cambio, ser impugnadas ante la Suprema Corte por el Procurador General.[370]

---

[368] NOGUEIRA ALCALÁ, *La legitimación activa en los procedimientos ante los tribunales constitucionales de América del Sur,* cit., p. 199.

[369] NOGUEIRA ALCALÁ, *La legitimación activa en los procedimientos ante los tribunales constitucionales de América del Sur,* cit., p. 200.

[370] BRAGE CAMAZANO, *La acción mexicana de inconstitucionalidad en el marco del derecho comparado: regulación actual y posibles líneas de evolución,* cit., p. 34.

En segundo lugar, es importante analizar si el PGR goza o no de independencia respecto del Presidente de la República en el ejercicio de sus funciones, ya que tiene una extraordinaria relevancia en relación a su legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad, especialmente respecto a las leyes del Congreso y los Tratados Internacionales; pero tampoco mucha menos por lo que se refiere a la impugnación de las leyes de los Estados. En efecto, si resultase que el Procurador no tiene garantizada su independencia respecto del Ejecutivo, al menos en un grado razonable, la legitimación para ejercitar la acción de inconstitucionalidad quedaría en muy buena medida desvirtuada. Creo, sin embargo, que es posible una interpretación constitucional de su status en el sentido de que goza de independencia, pudiendo ser removido "libremente" por el Ejecutivo sólo en supuestos de ejercicio "*de manera negligente o indolente" de sus funciones*. Es una interpretación bien discutible, pero que es viable a partir de la propia iniciativa presidencial de reforma. Aquí baste con dejar apuntada esa posibilidad.[371]

262.7. Con relación a la capacidad de obrar de los *partidos políticos* en la acción de inconstitucionalidad, cabe advertir que la reforma constitucional de 1994 excluyó la materia electoral de todo control por esta vía procesal, pero en 1996 se suprimió esa exclusión injustificada de las leyes electorales como objeto de la acción de inconstitucionalidad, y otorgó una legitimación específica a los partidos políticos para impugnar tales leyes.

Para ello pueden impugnar leyes electorales federales o locales:[372]

- Si las disposiciones electorales sobre cuya constitucionalidad se suscitan dudas son federales, sólo se otorga legitimación a aquellos partidos políticos "con registro ante el Instituto Federal Electoral".
- Si, en cambio, las disposiciones electorales que se impugnan son de ámbito estatal o local, estarán legitimados no sólo los partidos registrados en el Instituto Federal Electoral, sino también los partidos con registro estatal, si bien en este último caso, como es enteramente natural, sólo respecto de las leyes "expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro" o, dicho de otro modo, únicamente respecto de las leyes del Estado al que el partido en cuestión reduce su ámbito de actuación.

Sobre esta legitimación pueden apuntarse brevemente tres notas: *a)* Hasta donde sé, es una legitimación novedosa en el Derecho comparado y con ella se pretende consagrar una protección en parte reforzada de la supremacía constitucional en materia electoral por medio de una legitimación activa específica para impugnar la constitucionalidad de leyes electorales a los principales interesados en ello: a los partidos políticos; *b)* Se rompe así con una larga tradición de inimpugnabilidad constitucional de las leyes electorales, en lo que constituía una clara laguna, tan profunda como lamentable, en la supremacía constitucional. Esta larga tradición se consagró de manera expresa en la reforma de 1994 respecto del nuevo mecanismo de control constitucional que era la

[371] BRAGE CAMAZANO, *La acción mexicana de inconstitucionalidad en el marco del derecho comparado: regulación actual y posibles líneas de evolución,* cit., p. 34.

[372] BRAGE CAMAZANO, *La acción mexicana de inconstitucionalidad en el marco del derecho comparado: regulación actual y posibles líneas de evolución,* cit., p. 35

acción de inconstitucionalidad, que procedía contra toda clase de leyes, salvo precisamente las referidas a materia electoral. La reforma de 1996 rompe, también de manera expresa y frontal, con esa inveterada tradición. Pero, también es verdad, es una ruptura sólo parcial, como también lo es el reforzamiento de la supremacía en materia electoral, por cuanto que sigue habiendo una excepción difícilmente justificable en este campo: en el caso de las leyes electorales, sólo es posible su control de la constitucionalidad por medio de la acción de inconstitucionalidad, que, como sabemos, sólo se puede ejercitar en los 30 días siguientes a la publicación de la ley de que se trate; *c)* Estamos ante una legitimación acumulativa, y no excluyente respecto de la regulada en los cinco apartados anteriores del artículo 105.II. Ha de tenerse en cuenta, en efecto, que la mentada reforma de 1996 ha suprimido la referencia expresa a la "materia electoral" como excluida del objeto de la acción de inconstitucionalidad y si bien es cierto que, junto a ello, se introduce un nuevo apartado *f)* en el mismo artículo 105.II por el que se regula específicamente la legitimación respecto de las leyes electorales, es patente que, suprimida con carácter general la "excepción electoral" (por así llamarla), no hay motivo alguno en el texto constitucional para entender no incluidas dentro de las "leyes de carácter federal" (apartados a-b-c) o "estatal" o "del Distrito Federal" (apartados c-d-e) a las que tengan por objeto la materia electoral. Tal exclusión ha perdido ya toda la base constitucional, clara y rotunda, que antes sí encontraba. Si ahora se añade una nueva legitimación, a favor de los partidos políticos, respecto de las leyes electorales, ésta constituirá un nuevo supuesto específico, en ningún caso excluyente de la impugnación de las leyes electorales "por el régimen común" (por así decirlo), esto es, por el régimen por el que se impugna cualquier otra ley estatal o federal. No obsta a la interpretación arriba sostenida lo preceptuado, también tras la referida reforma de 1996, por el propio artículo 105.II en el segundo párrafo de su letra *f)* en el sentido de que "la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo". Más bien, ocurre todo lo contrario, pues no se dice que la única vía sea la del subapartado *f)*, sino la prevista en el artículo 105, lo cual es enteramente distinto y comprende, en principio, a todos los supuestos previstos en los apartados anteriores. La dicción de este párrafo, pues, lejos de excluir la interpretación de la «acumulatividad» de las legitimaciones respecto de las leyes electorales, la confirma por completo.[373]

262.8. Finalmente queda ver la legitimación del Defensor del Pueblo que, con mayores funciones y poderes se conoce en México a la *Comisión Nacional de Derechos Humanos.*

El 14 de septiembre de 2006 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la adición del inciso *g)* a la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante la cual se otorgó legitimación activa a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, para impugnar tratados internacionales, leyes federales y leyes estatales y del Distrito Federal, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución.

---

[373] BRAGE CAMAZANO, *La acción mexicana de inconstitucionalidad en el marco del derecho comparado: regulación actual y posibles líneas de evolución,* cit., p. 35.

La personalidad procesal se adquiere, asimismo, de los términos del segundo párrafo del artículo 11 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, aplicable en materia de acciones de inconstitucionalidad, conforme a lo dispuesto por el diverso 59 del mismo ordenamiento legal.

La representación está reconocida en el artículo 152 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y en el artículo 18 del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, personería que no exige formalización.

263. Alcance de la acción de inconstitucionalidad

263.1. Superada la etapa de verificación de la personalidad para obrar (legitimación), y en su caso, expuesto el derecho de representación en interés de la sociedad, el problema de la calidad de los sujetos intervinientes queda de soslayo porque lo importante es definir la posibilidad de entender sobre el objeto (ley en sentido lato) que se promueve.

En efecto, a diferencia de las "controversias constitucionales", en las acciones de inconstitucionalidad no se requiere acreditar un agravio preciso y puntual, ni demostrar que se es afectado. Por eso la legitimación es distinta y actúa como sucede en las acciones colectivas, como una suerte de certificación del grupo.

Según Cossío Díaz

> [...] para dar inicio al procedimiento, basta que la parte actora plantee una consideración abstracta sobre la posible irregularidad constitucional de una norma general. Por este motivo, el objeto primordial de las acciones de inconstitucionalidad es el control abstracto y su efecto la consiguiente anulación de las normas cuestionadas, y no la asignación directa de competencias, de ahí que las funciones realizadas por la Suprema Corte deban considerarse también propias del orden constitucional.[374]

263.2. La cuestión de constitucionalidad que se deduce contra una ley obliga a puntualizar el sentido que se acuerda a esta voz, toda vez que no toda norma legislativa es una ley, desde que hay decretos que el mismo órgano produce.

La diferencia está en la generalidad o singularidad del alcance, respectivamente. Por eso, solo aquellas leyes que sean de carácter general, abstracto e impersonal, y hayan sido aprobadas en términos de los correspondientes procedimientos legislativos federal, estatal o del Distrito Federal, son los alcanzados por el proceso constitucional.

> Considerando las normas generales que pueden ser impugnadas en cada caso, para su comprensión conviene referirlas a los distintos órganos legitimados. Tratándose de los integrantes de la Cámara de Diputados, pueden cuestionarse las leyes expedidas por el Congreso de la Unión como órgano federal o del Distrito Federal, de ahí que no pueden

---

[374] Cossío Díaz, José Ramón, "Artículo 105 constitucional", en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo II (Ferrer Mac Gregor, Eduardo, coord.), Porrúa, 2003 (4ª ed.), p. 993.

> combatirse las expedidas por las Cámaras en uso de facultades exclusivas. En cuanto a los integrantes del Senado, son aplicables las limitantes apuntadas respecto de los diputados, con excepción de que en lo concerniente a los tratados internacionales sí pueden impugnar las normas provenientes del ejercicio de una facultad exclusiva. Los integrantes de los órganos legislativos estatales o de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal pueden impugnar las leyes o normas legales expedidas por el órgano al que pertenezcan. Tratándose del Procurador General de la República, la Constitución le confiere legitimación para impugnar leyes de carácter federal, estatal, municipal o del Distrito Federal, y tratados internacionales [...].[375]

263.3. La posibilidad de tener a los tratados internacionales (y en ellos se agregan los pactos y convenciones de carácter supranacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos) pone de relieve cierta contradicción con el llamado "control de convencionalidad".

Por eso es menester hacer algunas aclaraciones previas. El art. 133 de la Constitución Política dice:

> Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

El principio de supremacía instrumental pone en igual emplazamiento a la Constitución, las leyes fundamentales y a los tratados y convenciones internacionales dispuestos por la administración política del Estado; fórmula de una gran latitud que puede llevar a confundir el objeto sobre el que puede recaer la acción de inconstitucionalidad.

El problema de las relaciones entre el derecho interno y el internacional divide las aguas desde hace mucho tiempo y no es este momento de refrescar la polémica entre monistas y dualistas. Dejar de lado este conflicto significa atender mejor el impacto de las convenciones sobre derechos humanos, que se forman no desde la negociación entre Estados, sino del consenso mundial, continental o regional sobre los derechos fundamentales del hombre.

De este modo, si estas disposiciones se consideran sobre el conjunto que agrupa el mencionado art. 133 se puede colegir que a ellos no alcanza la acción de inconstitucionalidad, pues a tono con la misma regla que dispone el párrafo final del precepto (acorde con el art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica cuando, en su parte pertinente, dice que si el ejercicio de los derechos y libertados que se reconocen en la Convención no estuvieran protegidos en el orden interno, cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectiva la protección y defensa de aquellos).

---

[375] Cossío Díaz, José Ramón, "Artículo 105 constitucional", cit., p. 994.

En el caso del Derecho Mexicano, el propio artículo 133 pone en evidencia que la fórmula de incorporación del derecho internacional y supranacional tiene dos etapas: una proveniente del pacto en sí mismo, y otro que depende de la voluntad del Senado de la Nación para aprobar su agregación al derecho interno.

No existe por parte de la Constitución un reconocimiento a la validez intrínseca del Derecho internacional, en tanto que éste sólo es reconocido en México cuando se ha producido, por los órganos competentes, un procedimiento de adaptación de las normas externas a las estatales.

263.4. Ahora bien, si existe una disputa probable entre el derecho tradicional y el incorporado, la regla de resolución siempre ha sido reportando al sistema de fuentes, de modo que *lex posterior derogat priori* y lex *specialis derogat generalis.* Pero no ha sido éste el criterio de, máximo tribunal nacional al establecer la tesis de que tales instrumentos convencionales internacionales "se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución Federal".

La nueva interpretación se funda en considerar que "[...] los tratados internacionales son asumidos por el Estado Mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional". No exenta de polémica, la reciente tesis hace evidente la importancia que reviste el creciente número de instrumentos convencionales internacionales suscritos y ratificados por nuestro país y el potencial que éstos tienen para, regulando cuestiones jurídicas de naturaleza específicamente nacional, permitir la gradual apertura de México hacia el exterior (ad extra), participando de manera plena en el orden jurídico internacional.[376]

La variación de la supremacía que presenta el art. 133 referido, antes de 1994 solo era posible atacar por la vía del amparo, posibilidad que cambia con la fracción II del art. 105 constitucional que trae la novedad de la acción de inconstitucionalidad, manteniendo en el afectado aquella primera acción (art. 114, fracción I, Ley de Amparo) cuando el tratado internacional por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicio al quejoso.

263.5. El mecanismo dispuesto presenta tres escenarios: el primero proviene del juicio de amparo que conserva el afectado por la incorporación del tratado en el derecho interno; el segundo surge de la acción de inconstitucionalidad que es posible deducir "a posteriori" de la agregación al derecho interno del derecho transnacional; y el tercero, es el que corresponde a todos los jueces que, sin importar el sistema de control de constitucionalidad que tenga cada Estado, debe realizar el "control de convencionalidad" que significa aplicar los derechos humanos (principio *pro homine*) aun cuando no exista otra fuente que no sea el mismo tratado, pacto o convención.

---

[376] *Cfr*. Roa Ortiz, Emmanuel, *Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad,* Ponencias presentadas en el IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001, *passim*.

En el primer supuesto, el conflicto podría darse si la decisión del amparo contraría una eventual acción de inconstitucionalidad rechazada, pero como los efectos de aquél son aplicables al caso concreto, la cuestión se relativiza y pierde importancia.

El segundo caso no tiene debate ni controversia cuando se trata de declarar la inconstitucionalidad de un tratado internacional que vulnera el conjunto de valores, preceptos y opciones consagrados en la Ley Suprema.

> *Ad intra* se preserva la coherencia esencial del ordenamiento jurídico y se salvaguarda la jerarquía normativa a fin de garantizar la esencia normativa del Estado. Pero *ad extra*, la declaración de inconstitucionalidad de un instrumento convencional internacional y su consecuente inaplicabilidad —que no nulidad— se convierte en un verdadero y grave problema, pues tal acto de control de constitucionalidad implica que el Estado incumpla con las obligaciones internacionales contraídas con motivo de la manifestación de su consentimiento en vincularse por dicho tratado internacional.[377]

El supuesto tercero es el que trae polémica, pues no entendemos posible que se ataque un tratado sobre derechos humanos (el conjunto de ellos a veces se conoce como bloque de constitucionalidad y en otros, como Argentina, se enumeran dentro de la misma Carta Constitucional)[378] aplicando la acción de inconstitucionalidad.

Para Brage Camazano:

> hubiera sido deseable y aconsejable, en atención a la naturaleza específica de los tratados, la instauración de un control previo de constitucionalidad de los mismos tal como el que fue previsto por la Constitución irlandesa de 1937 (artículo 26) y la francesa de 1958 (artículo 54) y como el que ya se propusiera por la doctrina (incluida la española) con anterioridad, así como por uno de los miembros de la Comisión Jurídica Asesora encargada de elaborar el anteproyecto de la que sería la Constitución de la Segunda República española (1931). Y es que si, en general, el control preventivo de la constitucionalidad no

---

[377] *Cfr*. Roa Ortiz, Emmanuel, *Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad,* Ponencias presentadas en el IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001, *passim*.

[378] El inciso 22 dice que es facultad del Congreso: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

parece ofrecer demasiadas ventajas respecto de las leyes, sino más bien muy serios y graves inconvenientes, el juicio ha de ser enteramente distinto respecto de los Tratados Internacionales, y ello en razón de que, como se sabe, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, establece en su artículo 26 que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" y no sólo eso sino que, además, contempla expresamente la posibilidad de contradicción del tratado con las normas internas del país de que se trate, y resuelve la cuestión de manera tajante en favor de la primacía incondicional de los Tratados, en cuanto que ninguna de las partes podrá "invocar las disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado". De ello se desprende que, para los países adheridos a la Convención citada —y entre ellos se cuentan tanto España como México (que la ratificó en 1974)—, cualquier Tratado que celebren es vinculante *en términos de Derecho Internacional*, incluso en el caso de que sea contrario a la Constitución del Estado de que se trate y así lo declare su Tribunal Constitucional o el órgano de la constitucionalidad de que se trate, pues no es admisible la invocación de "disposiciones de Derecho interno" y entre ellas se encuentra la propia Constitución, como lo ha reconocido la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Es decir, una vez ratificado el Tratado Internacional, no hay forma de destruir ni la vinculación internacional del propio Estado, ni tampoco la consiguiente responsabilidad por incumplimiento, incluso en el caso de que el órgano competente para ello declare inconstitucional tal Tratado, con la sola excepción de que lo haga por motivos de falta de competencia, pues la única excepción que la Convención citada admite respecto de la regla de no invocación de normas internas, es la referida a aquellas normas internas que regulen la competencia para celebrar Tratados, pero incluso en tal caso la violación de tales normas ha de ser manifiesta y afectar a una norma de importancia fundamental en Derecho interno, estableciendo el artículo 46.2 CV que una obligación es manifiesta "si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe". Fuera de este caso, y siempre que no se concierte con la otra parte para dar por terminado o suspendido (total o parcialmente) el Tratado o modificarlo en el punto en cuestión, el incumplimiento de un tratado internacional por inconstitucional generará siempre responsabilidad internacional del Estado.[379]

264. Plazos para interponer la acción

264.1. El párrafo primero del artículo 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, dispone que:

> El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente. [...]

Los treinta (30) días inician a partir del siguiente a la fecha de publicación en diario oficial, y si el término vence en día inhábil se puede presentar en el siguiente hábil que corresponda (en materia electoral, todos los días se consideran hábiles).

---

[379] BRAGE CAMAZANO, *La acción mexicana de inconstitucionalidad en el marco del derecho comparado: regulación actual y posibles líneas de evolución,* cit., p. 37

264.2. Con fecha 16 de octubre de 2007, el diputado Gerardo Octavio Vargas Landeros, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, presentó la iniciativa que reforma el artículo 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 constitucional.

La argumentación desenvuelve la idea que en México uno de los principios fundamentales del orden jurídico es el de "supremacía constitucional", tutelado en el artículo 133, que significa la garantía de que ninguna ley de carácter secundario se encuentra por encima de la Carta Magna. El orden establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se rompe no sólo cuando se violan las garantías individuales de los gobernados, sino también cuando los órganos legislativos emiten normas de carácter general contrarias al pacto federal vulnerando el principio de supremacía de la Constitución. Es decir, el espíritu jurídico de la iniciativa tiene que ver con la protección irrestricta de la Constitución, pues está claro que el estado social del derecho o estado constitucional está basado en los principios de legalidad y constitucionalidad.

La propuesta de ampliar el plazo a cuarenta y cinco (45) días surge de observar que el plazo actual es limitado y que no tiene en cuenta que el medio oficial de publicación es el *Diario Oficial de la Federación*, o en su caso la Gaceta de gobierno de los estados, sin que constituya una relevancia por tomar en cuenta la diferencia con relación al plazo a partir del cual se puede llevar a cabo la interposición de la acción. Por tanto —dice el proyecto—, del análisis del plazo para interponer la acción de inconstitucionalidad, es uno de los graves defectos por lo que a la institución se refiere, puesto que es un plazo extraordinariamente breve, los pocos estudios al respecto coinciden en ello, y entre otras consideraciones, se trata de un plazo tan corto que dificulta u obstaculiza, de manera considerable la utilización de esta vía y potencia el que, de manera casi inevitable, se convierta en una prolongación en sede jurisdiccional de las divergencias más enconadas entre la mayoría parlamentaria y la oposición, por ello se plantea aumentar a cuarenta y cinco días el plazo para su interposición.

No obstante, la comisión al estudiar el proyecto sostuvo que

> [...] debe tomarse en consideración que la acción de inconstitucionalidad presenta dos peculiaridades, la primera radica en que su resolución permite declarar la invalidez de la norma que se impugna, aun cuando la determinación de los efectos de dicha declaración sea otra cuestión. El otro aspecto que distingue a esta forma de control de las otras previstas en la Constitución es que se trata de una forma de control abstracto, lo cual se percibe tanto en la legitimación para el ejercicio de la acción como en el hecho de que no se requiere de la aplicación de la norma. Es por ello que se puede considerar como una forma de control de la validez de las normas. Por otra parte, vale la pena mencionar que por esta vía solamente pueden impugnarse las disposiciones recientes, ya que la acción debe ejercitarse dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, independientemente de su vigencia, por lo que se puede incluso llegar a impedir su entrada en vigor. Esto permite que la declaración de inconstitucionalidad pueda evitar que la norma cause perjuicios. No obstante, surge la duda sobre si es posible percatarse de la inconstitucionalidad en tan breve lapso de tiempo y de manera previa a la aplicación de la norma...

Culminando con desechar la propuesta al considerar que una reforma gestada por ley no podría cambiar el sentido dispuesto en una norma constitucional.

265. Requisitos de la demanda y procedimiento

265.1. La demanda por la que se ejercita la acción de inconstitucionalidad deberá contener: 1) Los nombres y firmas de los promoventes; 2) los órganos legislativos y ejecutivo que hubieran emitido y promulgado las normas generales impugnadas; 3) la norma general cuya invalidez se reclame y el medio oficial en que se hubiere publicado; 4) los preceptos constitucionales que se estimen violados; y 5) los conceptos de invalidez.

Presentada la demanda, el presidente de la Suprema Corte la recibe e inicia el procedimiento, que es muy distinto a admitir la pretensión formal. Remite la causa al ministro instructor de acuerdo al procedimiento de turno dispuesto.

Con ello puede suceder: *a)* que se pidan aclaraciones por ser la demanda oscura (pretensión ambigua) o irregular (no cumplir claramente con las formalidades), *b)* que se rechace en los términos del art. 64 de la ley reglamentaria, *c)* que se admita, y en consecuencia, se de vista a las demás autoridades que en la especia es siempre el órgano legislativo, como cuerpo colegiado que aprobó la ley y el ejecutivo que la promulgó.

En el primer caso el plazo para contestarlas es de cinco (5) días; en el segundo, el demandante conserva el derecho de reclamación; finalmente se da traslado de la demanda.[380]

A partir de la notificación cuentan con quince (15) días cada uno para presentar un informe y sostener la constitucionalidad de la norma.[381] La ley indica que se deben aportar razones y fundamentos tendientes a sostener la validez de la norma general impugnada o la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad (art. 64).

La admisión de una acción de inconstitucionalidad no suspende la norma cuestionada, en virtud del principio de ejecutoriedad y de legalidad. Uno basado en el principio de conservación de los actos regulares y lícitos, y el otro porqué aun no hay sentencia que invalide el precepto.

265.2. La parte demandante, en la instancia inicial, deberá designar como representantes comunes a cuando menos dos de los integrantes del grupo que acredita el porcentual necesario para certificar (acreditar) la legitimación para actuar.

Ellos actuarán conjunta o separadamente durante todo el procedimiento y aun después de concluido éste. Si no se designaren representantes comunes, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo hará de oficio. Los representantes

---

[380] El artículo 66 de la ley reglamentaria aclara que: "Salvo en los casos en que el Procurador General de la República hubiere ejercitado la acción, el ministro instructor le dará vista con el escrito y con los informes a que se refiere el artículo anterior, a efecto de que hasta antes de la citación para sentencia, formule el pedimento que corresponda".

[381] HAMDÁN AMAD, Fauzi, "*La acción de inconstitucionalidad*", en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo II (FERRER MAC GREGOR, Eduardo, coord.), Porrúa, 2003 (4ª ed.), p. 1006.

comunes podrán acreditar delegados para que hagan promociones, concurran a las audiencias y en ellas rindan pruebas y formulen alegatos, así como para que promuevan los incidentes y recursos previstos en esta ley.[382]

En los procedimientos por acciones en contra de leyes electorales, los plazos a que se refiere el párrafo anterior serán, respectivamente, de tres días para hacer aclaraciones y de seis días para rendir el informe que contenga las razones y fundamentos tendientes a sostener la constitucionalidad de la ley impugnada.

Cumplida la etapa de sustanciación, cada parte cuenta con cinco (5) días para presentar sus alegatos (en los hechos son escritos de réplica).

El artículo 68 reglamentario agrega que, hasta antes de dictarse sentencia, el ministro instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto. Y cuando la acción de inconstitucionalidad se interponga en contra de una ley electoral, podrá solicitar opinión a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Agotado el procedimiento, el ministro instructor propondrá al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el proyecto de sentencia para la resolución definitiva del asunto planteado.

> [...] El ministro instructor tiene que presentar un proyecto al pleno (art. 68, párrafo tercero, ley reglamentaria), y si el pleno lo aprueba por ocho (8) votos puede declararse la invalidez de la norma (art. 72, ley reglamentaria). La sentencia debe ser precisa y la ley dice lo que debe contener, a partir de cuando surtirá efectos la invalidez de la norma, que, desde luego, por razones obvias, no puede aplicarse retroactivamente excepto en materia penal y, por otra parte, no procede la suspensión tratándose de la acción de inconstitucionalidad contra normas generales, como tampoco procede en la controversia constitucional contra dichas normas (art. 64, último párrafo, ley reglamentaria).[383]

En los casos de materia electoral, el proyecto de sentencia deberá ser sometido al Pleno dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya agotado el procedimiento, debiéndose dictar el fallo por el Pleno a más tardar en un plazo de cinco días, contados a partir de que el ministro instructor haya presentado su proyecto.

266. Cuestiones procesales

266.1. Cuando la inconstitucionalidad se denuncie sucesivamente por cualquiera de los legitimados que indica el art. 105 fracción II constitucional, corresponde ordenar de oficio, o a petición de parte, la acumulación de procesos.

---

[382] En los términos previstos por el inciso *f)* de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se considerarán parte demandante en los procedimientos por acciones en contra de leyes electorales, además de las señaladas en la fracción I del artículo 10 de esta ley, a los partidos políticos con registro por conducto de sus dirigencias nacionales o estatales, según corresponda, a quienes les será aplicable, en lo conducente, lo dispuesto en los dos primeros párrafos del artículo 11 de este mismo ordenamiento (adición de 1996 a la ley reglamentaria).

[383] HAMDÁN AMAD, Fauzi, *La acción de inconstitucionalidad*, cit., p., 1007.

Se denomina *proceso acumulativo* a esta reunión de causas conexas que se sustanciarán independientemente, pero que tendrán una única sentencia por razones de seguridad jurídica. A los efectos de la acumulación de procesos, son pretensiones conexas las que, no obstante su diversidad, tienen elementos comunes o interdependientes que las vinculan, sea por su objeto, causa o efecto procesal.

266.2. En las acciones abstractas de inconstitucionalidad los fundamentos de cada legitimado pueden variar, pero la decisión es única para todos, aunque sea independiente el derecho de alegar sobre sus propias razones, motivos o efectos perniciosos que a la norma se atribuye.

De allí que siendo la acumulación de procesos es un caso de excepción que debe apreciarse con criterio restrictivo, no se debe extender a hipótesis en las que media una mera relación de afinidad de pretensiones, que dista de ser expresiva de una identidad de materia controvertida o, al menos, de asuntos que se originen y giren en derredor de iguales elementos sin que la ley sea el nudo central problemático.

266.3. La conexidad basada en el principio de prevención, significa que corresponde tener en cuenta el expediente donde primero se hubiera notificado la demanda; en virtud de ese principio, la acumulación debe efectuarse en el expediente en el cual la otra parte tuvo con anterioridad, conocimiento de su existencia.

Cuando exista conexidad entre acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y juicios de amparo, se estará a lo dispuesto en los artículos 37 y 38 de la ley reglamentaria.[384]

266.4. En cuanto refiere al recurso de reclamación previsto en el artículo 51, únicamente procederá en contra de los autos del ministro instructor que decreten la improcedencia o el sobreseimiento de la acción.

En materia electoral el plazo para interponer el recurso de reclamación a que se refiere el párrafo anterior será de tres días y el Pleno de la Suprema Corte lo resolverá de plano, dentro de los tres días siguientes a su interposición.

267. La sentencia

267.1. La ley reglamentaria, como es usual en el estilo mexicano reglamentario, es sumamente puntilloso sobre cuánto puede decir el tribunal.

El art. 71 dice:

> Al dictar sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los conceptos de invalidez

[384] "ART. 37.—La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a solicitud de alguno de sus integrantes podrá, mediante acuerdos generales, acordar el aplazamiento de la resolución de los juicios de amparo radicados en ella, hasta en tanto se resuelva una controversia constitucional siempre que las normas impugnadas en unos y otra fueren las mismas. En este supuesto, no correrá el término de caducidad previsto en el artículo 74, fracción V de la Ley de Amparo". "ART. 38.—No procederá la acumulación de controversias, pero cuando exista conexidad entre dos o más de ellas y su estado procesal lo permita, podrá acordarse que se resuelvan en la misma sesión."

planteados en la demanda. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial.

Las sentencias que dicte la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la no conformidad de leyes electorales a la Constitución, sólo podrán referirse a la violación de los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial.

267.2. La asimetría entre la congruencia amplia que se permite en la acción de inconstitucionalidad contra leyes, a diferencia de la restricción que tiene el proceso electoral acotado a las manifestaciones de las partes, se explica considerando que:

> [...] la Constitución solamente prevé la acción de inconstitucionalidad tratándose de normas electorales, no políticas, por lo que no hay que confundir puesto que todo lo electoral ciertamente es político, pero no todo lo político es electoral, así que, para normas electorales la única instancia, dice la Constitución, es precisamente la acción de inconstitucionalidad y por eso le da la posibilidad a los partidos políticos para promoverla y a nadie más, de ahí que es obligada, aunque no vinculante, la opinión de la sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, es decir, existe la obligación de solicitar la opinión pero la misma no vincula al ministro instructor, ni mucho menos, desde luego, al pleno de la Corte.[385]

267.3. Finalmente, el artículo 72 dispone que las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimará la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto.

268. La inconstitucionalidad por omisión

268.1. La acción de inconstitucionalidad contra la omisión del legislador es más controvertida, porque en realidad el cuestionamiento no se dirige contra un acto normativo que produce ese efecto contrapuesto al espíritu de la Norma Fundamental, sino que va contra la inactividad de la administración o del legislador que se reputa lesiva. Es decir, el planteo no se dirige contra actos concretos, sino contra la indolencia y los efectos que ella produce.

Dice Ruiz Miguel que:

> la jurisprudencia constitucional española muestra varios casos en los que se pone de manifiesto este fenómeno, todos ellos, en relación con los derechos fundamentales, entendiendo por tales a los que constituyen verdaderos derechos con eficacia directa vinculante para todos los poderes públicos (y no a supuestos "derechos" que no son tales en tanto en cuanto una ley no los establezca, supuesto previsto en el art. 53.3 de la Constitución Española). En estos casos encontramos dos tipos de situaciones. En primer lugar, aquellas en las que una *actividad* singular (del Ejecutivo o Judicial) vulnera derechos

[385] HAMDÁN AMAD, Fauzi, *La acción de inconstitucionalidad*, cit., p., 1008.

constitucionales (que tienen eficacia directa), pero en los que existe una *inactividad* del Legislativo que ha omitido dictar una ley de desarrollo de los mismos. Así ha ocurrido respecto al derecho a la objeción de conciencia (STC 15/1982, de 13 de abril), al derecho a crear medios de comunicación entendido como consecuencia de los derechos a la libertad de información y de expresión (STC 31/1994, de 31 de enero; 47/1994, de 16 de febrero; 98/1994, de 11 de abril; 240/1994, de 20 de julio; y 307/1994, de 15 de noviembre). En segundo lugar, nos encontramos situaciones en las que una *actividad* singular (del Ejecutivo o Judicial) vulnera derechos constitucionales (que tienen eficacia directa), pero en los que existe una *inactividad* del Legislativo en tanto que ha dictado una ley "incompleta". Es el supuesto del derecho al secreto de las comunicaciones (STC 67/1998, de 18 de marzo; STC 184/2003, de 23 de octubre). El autor señala que […] "es importante deslindar estas situaciones de la llamada "inconstitucionalidad por omisión" ya que no tienen nada que ver. Y esto es así por dos razones. En primer lugar, porque en todos estos casos lo que se juzga es la conformidad con la Constitución de una *acción*, de una actividad (del poder ejecutivo o del judicial) y no de una omisión o inactividad (del legislativo). Precisamente porque se juzga una actividad y no una "omisión", es por lo que en estas ocasiones el Tribunal Constitucional anula un acto o sentencia que ha vulnerado el derecho fundamental invocado. En segundo lugar, en estos casos el objeto juzgado es una *norma singular*, un acto administrativo o una resolución judicial, no una actividad normativa positiva *general* (como es la ley) o una inactividad normativa general.[386]

268.2. El debate que trae esta tesis se sustenta en la concepción que se aplique al sentido o naturaleza de la acción procesal de inconstitucionalidad, porque si el objeto es precisar el contenido de la norma a la ley superior, por vía de principio no podría ser viable cuando no hay cuestión que atender; es decir, si no hay ley no hay acción de inconstitucionalidad.

En cambio, si la omisión legislativa produce efectos directos en derechos que se ven de esa manera alterados, la inercia se convierte en amenazan o riesgo de vulnerar un derecho consagrado aunque no sea explícito.

268.3. La diferencia trabaja sobre la idea que una omisión es inconstitucional cuando se deja de hacer lo que debe ser hecho para no sacrificar un derecho esencial. A veces, la omisión es absoluta cuando promedia ausencia total de intención de dictar la ley o regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente (*v. gr.:* si la Constitución manda proteger los datos personales y no se dicta la ley que haga operativa esa garantía). En otras, la omisión es relativa, y se da cuando el legislador, al propulsar la norma para "obedecer" el mandato "constitucional", favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros, pudiendo tentativamente las hipótesis ser refundidas siempre en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (o del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que les acuerden jerarquía constitucional), el órgano

[386] RUIZ MIGUEL, Carlos, "Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 2, julio/diciembre 2004, Porrúa, p. 173.

legislativo encargado de efectivizarlo quiebre —en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario— el principio de igualdad.[387]

268.4. No obstante la fuerza doctrinaria que tiene esta posibilidad de articular la acción de inconstitucionalidad contra el "no hacer", el derecho procesal constitucional local ha tomado la idea fuerza en las entidades federativas.

Entre ellos son relevantes las situaciones previstas en Veracruz, Chiapas, Coahuila, Quintana Roo y Tlaxcala.

Seguimos en la exposición a Rangel Hernández quien dice:

> a) *Veracruz*: El estado de Veracruz-Llave modificó su Constitución Política en 2000, para ser pionero en la inclusión de medios de Control constitucional local, entre otras acciones. Prevé la figura de la acción por omisión legislativa, siendo competente para su estudio y elaboración de proyecto de sentencia la sala constitucional, quien le dará cuenta al pleno del Tribunal Superior de Justicia para su resolución definitiva.
>
> Esta entidad limita la acción a los casos en que se estime que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que esto constituya violación a la Constitución, confiriendo legitimación para promoverla al gobernador del Estado y a cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos, otorgando un plazo de dos periodos de sesiones para expedir la ley o decreto en cuestión, y elabora una fórmula especial para su cumplimiento, ya que se determina que si transcurrido dicho plazo no se ex pidiera la norma respectiva, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, mientras se expide la normatividad faltante.
>
> Con esta regulación, Veracruz se coloca como punta de lanza en la solución que dispone para la inconstitucionalidad que nos ocupa, ya que, como se dijo, no se conforma con la orden dada a la autoridad omisa de que emita la normatividad faltante, sino que se intenta corregir esta violación constitucional de manera inmediata al facultar al Tribunal para que garantice el cumplimiento de los preceptos constitucionales, al menos temporalmente. Si bien esta facultad concedida al Tribual de dictar las medidas que sean necesarias, puede ser muy criticada a través de razonamientos como que se le está dando facultades para legislar, no debe perderse de vista que la función del poder Judicial ha ido evolucionando y que continuamente a través de la interpretación constitucional, o de su integración y por supuesto a través de la jurisprudencia, en estricto sentido está creando disposiciones normativas, obligatorias y generales; asimismo, tampoco deben perderse de vista los argumentos vertidos por Cappelletti para justificar la legitimidad creadora de los jueces a través de lo que llama la "legislación judicial".
>
> b) *Tlaxcala*: Esta entidad también incorporó a su legislación la acción contra la omisión legislativa, dándole competencia para su resolución, según el artículo 81 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, al pleno del Tribunal Superior de Justicia. En este caso, se le da un tratamiento bastante interesante, dado que no sólo procede por la omisión legislativa imputable al Congreso (esto es, de leyes en su concepción formal y material), sino también al gobernador, los ayuntamientos o consejos municipales, y en

[387] RÁNGEL HERNÁNDEZ, Laura, "La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional", *Revista Cuestiones Constitucionales*, nº 18, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Porrua, México, 2008.

todos los casos, tratándose de las disposiciones de carácter general que debieran expedir de conformidad con la Constitución tanto general de la República, la local del Estado, y más aún las propias leyes ordinarias, es decir, se adhiere a la concepción amplia de esta figura.

El citado artículo establece puntualmente los lineamientos básicos para su sustanciación, faculta para ejercitarla a las propias autoridades estatales o municipales, e incluso cualquier persona que resida en la entidad, cosa que también llama nuestra atención, porque no es común que se configure como una acción popular; esto es, que conceda la facultad de ejercitarla a cualquier ciudadano, y dispone que de constatarse la omisión legislativa, en la sentencia respectiva se otorgará a la autoridad en cuestión un término no mayor de tres meses para que emita la norma en cuestión, y lo que es más importante, prevé la responsabilidad para el caso de incumplimiento por parte de la autoridad, facultando incluso al pleno para proceder a su destitución, cuestión que en la práctica resultaría muy complicada dada la naturaleza del Congreso local. Al respecto, cabe mencionar que si bien en el tratamiento que se le da a la acción sometida a estudio en Tlaxcala, no autoriza la expedición de medidas provisionales para solucionar la omisión legislativa, sí resulta interesante la sanción para el caso de in cumplimiento a la sentencia respectiva, con lo cual se pretende que las autoridades no eludan el cumplimiento de las mismas.

c) *Chiapas*: La Constitución Política del Estado de Chiapas, dentro de lo que denomina la "Justicia del control constitucional local", señala que el pleno de la sala superior del Supremo Tribunal de justicia, actúa como Tribunal de Control constitucional para resolver los medios de Control constitucional local. En su artículo 56 fracción III establece la acción por omisión legislativa, la cual se limita a los supuestos en que el Congreso no haya "resuelto" una ley o decreto y que a falta de esta norma, no se pueda dar debido cumplimiento a la Constitución. Se encuentran legitimados para promoverla el gobernador del Estado, la tercera parte de los miembros del Congreso, y cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. Es importante destacar que cuando el pleno de la sala superior determine la existencia de la omisión legislativa, deberá establecer un plazo que comprenda dos periodos ordinarios de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva sobre la normatividad en cuestión, y surtirá sus efectos a partir de su publicación en el periódico oficial del estado.

Este caso particular de omisión legislativa, según la parte considerativa del decreto que crea la Ley de Control constitucional para el Estado de Chiapas, tiene por objeto garantizar la constitucionalidad de los actos legislativos ya que al Poder Legislativo le corresponde la obligación de hacer las leyes, definir el marco jurídico de la acción de gobierno emergiendo de esta manera el principio de legalidad al cual debe estar sometido la administración pública, los entes y órganos de un estado; es importante resaltar que el poder de impulsión que tiene el legislador consiste en concretar las soluciones a las necesidades y problemas de la comunidad; son las leyes las que impulsan la vida un estado de derecho pues, como se sabe, ellas conforman un mandato de acción para los gobernantes y de acatamiento para éstos y los gobernados.

d) *Quintana Roo*: La Constitución Política del Estado de Quintana Roo, dispone en el artículo 105 que el Tribunal superior de justicia tendrá una sala constitucional y administrativa, formada por un solo magistrado, quien elaborará proyectos de resolución y los someterá a consideración del pleno, el cual conoce de los medios de Control constitucio-

nal local, entre otros, de las acciones por omisión legislativa, las cuales se verifican en "los casos en que el Congreso no haya expedido alguna ley o decreto y que esta omisión afecte al cumplimiento de la Constitución", legitimando para su ejercicio al gobernador del estado y a algún ayuntamiento de la entidad, y estipulando que, cuando se determine la existencia de dicha omisión legislativa, se dispondrá que la ley o decreto en cuestión, sea dictada en el periodo ordinario de sesiones, en curso, del Congreso, o bien en el siguiente, pero si la situación lo amerita, en atención al interés público, puede ser disminuido dicho plazo.

e) *Coahuila*: La Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza, en su título quinto, dedicado al Poder Judicial, en el capítulo IV regula la "Justicia constitucional local", destacando un aspecto interesantísimo que consiste en que en esta entidad existe control difuso de constitucionalidad, pese a que a nivel federal, reiteradamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que el mismo no aplica en nuestro país. No obstante, en su artículo 158 faculta al Tribunal Superior de Justicia en su carácter de Tribunal Constitucional Local, para resolver en forma definitiva y sin recurso alguno los conflictos constitucionales. En el antedicho artículo, en la fracción II 34 se prevén las acciones de inconstitucionalidad local, determinando expresamente en su número 3 inciso f) que proceden contra la *omisión normativa* consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria.

Por su parte, la Ley de justicia constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza, publicada en el *Periódico Oficial* del 12 de julio de 2005, en su artículo 65 dispone que, precisamente con base en este control difuso, los jueces ordinarios tienen la facultad de analizar la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Posteriormente, en su artículo 71 fracción V la define, diciendo que existe este tipo de inconstitucionalidad, "cuando la Constitución del estado resulta incumplida por falta de las disposiciones de carácter general necesarias para hacer aplicables sus preceptos"; y, por su parte, el artículo 88, *in fine*, determina que cuando a juicio del pleno del Tribunal superior de justicia del Estado se constate la existencia de inconstitucionalidad por omisión legislativa, lo hará del conocimiento del órgano competente para que en un "plazo razonable" (sin especificar qué debe entenderse por éste), dicte las disposiciones legislativas que sean necesarias para que pueda efectivizarse el cumplimiento de la Constitución. Pero no se queda aquí la solución, sino que determina que dicho Tribunal deberá expedir los "principios, bases y reglas normativas a regular" en atención a su resolución, de manera queda ciertos lineamientos al legislador para que sobre esas bases dicte las normas respectivas.[388]

268.5. Se han dado varios ejemplos para la procedencia de la acción.

Puede hablarse de omisión legislativa inconstitucional cuando el legislador no cumple con las órdenes *de Legislar*, esto es, aquellos mandatos al legislador que se traducen en una exigencia de legislar única y concreta, mediante la cual, por lo general, se ordena normativamente una institución. Tal sería el caso de la reforma al artículo 115 de la Constitución Federal Mexicana aprobada en el año de 1999, en la que el artículo quinto transitorio estipuló que antes del inicio del ejercicio fiscal de 2002, las legislaturas de los Estados,

[388] RÁNGEL HERNÁNDEZ, Laura, "La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional", *Revista Cuestiones Constitucionales*, nº 18, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Porrua, México, 2008.

en coordinación con los Municipios, adoptarían las medidas conducentes para que los valores unitarios que sirven de base al impuesto predial, se equipararan al valor del mercado, imperativo que no ha sido acatado en la mayoría de los casos, pues a pesar de que en algunas Entidades Federativas los Ayuntamientos han hecho las propuestas de tales valores unitarios, las legislaturas de los Estados no han efectuado el examen de aquéllas, sea para desestimarlas de manera fundada y motivada o para considerarlas si son razonables y justas, ya que en algunos casos las legislaturas estatales se han limitado a aprobar la mecánica del cálculo del impuesto predial relativo con elementos diversos, o los tradicionales, desatendiendo el mandato de la Constitución Federal en el sentido de que se establezca el sistema de coordinación.

Otro ejemplo sería la adición al artículo 21 constitucional que previó que las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal y desistimiento de la acción penal podrían ser impugnadas por la víctima u ofendido a través de la vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley, adición al texto constitucional que data del 31 de diciembre de 1994. En este supuesto, la omisión se produjo desde el momento en que a pesar de haber externado el Poder constituyente permanente su intención de que se estableciera por el legislador ordinario un recurso contra esas determinaciones no lo creó de inmediato, o en un tiempo razonable, dado que la reforma al artículo 9, fracción XIX del Código de Procedimientos penales vigente para el Distrito Federal se efectuó hasta el 17 de Septiembre de 1999, lo que implicó un vacío legislativo sobre el tema entre 1995 y 1999, que se colmó mientras tanto con el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde se consideró que la tutela de esa garantía a favor del querellante, denunciante, víctima del delito o de los familiares de ésta, se podría llevar a cabo a través del juicio de amparo.[389]

[389] ÁVALOS DÍAZ, Sofía Verónica, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa. Su tutela en el derecho mexicano,* cfr. http://www.scjn.gob.mx/SiteCollectionDocuments/ PortalSCJN/RecJur/ Becarios/pdf/lic-Sofia-Veronica-Avalos-Diaz.pdf

Sección 3ª La acción de inconstitucionalidad en Colombia

269. Antecedentes

269.1. La acción de inconstitucionalidad en Colombia tiene remotos antecedentes que comienzan con la organización institucional. La Carta Constitucional de 1886 atribuía al presidente de la República la facultad de objetar las leyes proyectadas por el legislador que se enviaban para sancionar y promulgar. No era propiamente un control preventivo sino político de allí que, antes que una fiscalización constitucional, la potestad presidencial asentó en razones de oportunidad, mérito o conveniencia de la ley.

No obstante, la causa de inconstitucionalidad se podía invocar aplicando el art. 90 *in fine* que señalaba:

> Exceptuase lo dispuesto en el art. 88 el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucionalidad. En este caso, si las cámaras insistieren el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que dentro de seis (6) días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto.

269.2. Por entonces la Corte de Justicia operaba como tribunal pleno (sin Sala Constitucional, en concreto) y, si bien la competencia debía ser solo sobre los proyectos objetados por ser contrarios a la Carta Constitucional, lo cierto es que intervenía sobre toda ley observada.

En 1887 se dicta la ley 153 cuyo artículo 6 dispuso que "una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aún cuando parezca contraria a la Constitución". Curiosa norma que ponía todo el sistema en autocontradicción.

269.3. En 1910 se reforma la Carta Superior del Estado e introduce en la República la potestad de todas las personas (acción popular) para demandar ante la Corte Suprema de Justicia la inconstitucionalidad de cualquier ley o decreto con fuerza de ley.

La posibilidad se fundamentó en dos argumentos básicos. El primero dijo que provenía del derecho que tiene el más insignificante de los ciudadanos "[…] de parar en el atajo el quebrantamiento de la Constitución al Presidente de la República, y al mismo Congreso, y devolverlos al camino de sus deberes constitucionales".

El restante fue una decisión estratégica. La Constitución Colombiana de 1886 era centralista, unitaria y sobre todo reaccionaria ante los frecuentes conflictos bélicos del siglo inmediatamente anterior entre Centralistas y Federalistas. La acción de inconstitucionalidad había sido una herramienta inútil en manos del Presidente, de allí que se pensó en dar ese derecho a todos los ciudadanos, como una forma de transparentar el ideal de la República.

269.4. Pero también anidaba un problema de fondo. La Constitución de 1886 había sido dogmática al extremo. Proclamaba derechos pero no daba garantías ni instrumentos para ejecutar o reclamar el cumplimiento. En consecuencia, con el Acto Legislativo N° 3 de 1910, se le confió el deber de integridad de la Carta Fundamental a la Corte Suprema, con la función de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

269.5. En 1945 una nueva reforma le dio competencia a la jurisdicción contencioso administrativo para conocer y decidir las demandas de inconstitucionalidad sobre los decretos dictados por el gobierno que no tuvieren carácter o fuerza de ley. Contra éstas se mantuvo la competencia de la Corte Suprema.

Así fue hasta 1968 que se crea dentro de este cuerpo superior de justicia, la Sala Constitucional, a la que se encargó la preparación de los proyectos de sentencia en materia constitucional, cuya aprobación correspondía al Pleno.[390]

269.6. La gran innovación que modifica totalmente la estructura procesal de la acción de inconstitucionalidad sucede con la Constitución de 1991, que le dedica un capítulo especial —el 4 del Título II—, al control de constitucionalidad.

> Entre los instrumentos de protección con que cuenta el ordenamiento vigente pueden citarse la separación de las ramas del poder, con su división de competencias y un saludable complejo de controles recíprocos; la jurisdicción constitucional, que comprende la acción pública de inconstitucionalidad, los controles automáticos, la acción pública de nulidad y la excepción de inconstitucionalidad; el recurso de *habeas corpus* y el derecho al debido proceso; la publicidad de las actuaciones judiciales y administrativas; el principio de doble instancia, etc. Con todo, no obstante su amplia variedad y que muchos de ellos están consagrados a nivel constitucional de manera más o menos expresa a lo largo de la Carta, se ha considerado indispensable la creación de un sistema integrado de mecanismos que, a la vez que protejan la vigencia del orden jurídico, se conviertan en verdaderas y eficaces herramientas de promoción y protección de los derechos de los asociados. Sin ellos el vasto conjunto de los derechos individuales y colectivos y de los deberes sociales que se aspira a incorporar en la Constitución, corre el riesgo de tornarse en letra muerta, con gravísima consecuencias sobre dos asuntos fundamentales —tanto más en la difícil coyuntura actual del país—: el respeto por la moral y la credibilidad institucional.

---

[390] CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, "Informe sobre la jurisdicción constitucional en Colombia", *Ius et praxis*, vol. 6, n° 2, 2000, Universidad de Talca, Chile, p. 64.

El sistema que se propone estaría compuesto por las siguientes figuras: el principio de la buena fe y la consagración de su presunción por ministerio de la propia Constitución en relación, al menos, con determinado tipo de actuaciones de interés general; la aplicabilidad directa de los derechos reglamentados de modo general; la acción pública de inconstitucionalidad; el control automático de constitucionalidad; la aplicación preferencial de la Constitución y, en general, de las normas de superior jerarquía; otras acciones judiciales, recursos administrativos y mecanismos adicionales; la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos; la responsabilidad de las autoridades públicas y del Estado; la acción de tutela y la defensoría de los derechos humanos.

269.7. La reforma constitucional, bienintencionada fue, no obstante, planteada en términos polémicos aunque terminara justificando el cambio dispuesto.

Cierto sector de la doctrina se interrogó [...] ¿Cómo una acción individual puede generar la anulación de una norma adoptada por la mayoría representativa?; ¿Cómo sabemos que realmente el ejercicio del derecho político no se convierte eminente y preponderantemente en un contencioso de constitucionalidad subjetivo? ¿Es realmente democrático? Veamos: La acción de inconstitucionalidad intenta garantizar y preservar por medio de su procedimiento un interés general y de jerarquía superior como lo es la supremacía de la Constitución. Asimismo, abre un espacio necesario cuando las mayorías consiguen expresar sus intenciones e intereses bajo el cumplimiento de las pautas procedimentales, pero que materialmente constituyen un desacierto. Para conservar aquellos elementos por los cuales es un régimen digno de ser respetado y obedecido, la democracia no puede ser tampoco pensada como un gobierno tiránico procedimental de las mayorías en beneficio de ellas mismas; la democracia utiliza como criterio de decisión el principio mayoritario, por cuanto, en materias complejas y en organizaciones numerosas, es imposible alcanzar el consenso. El principio de mayoría opera entonces como una especie de consenso imperfecto, y por eso parece el mecanismo más adecuado y justo de decisión. Pero esto no significa que las mayorías que controlan el legislativo puedan gozar exclusivamente de los beneficios de las políticas que allí se decretan, mientras que descargan sus costos en aquellas minorías que no pueden acceder al poder, puesto que la idea del no-consenso, que es la que justifica el principio de mayoría, implica que es justa aquella decisión que toma en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los eventuales afectados por esa determinación. La democracia debe promover los intereses de todos. Las decisiones de la mayoría legítimamente establecida, deben considerar los deseos y la posición de la minoría. Por tanto, es un amplificador de las garantías democráticas dadas a las minorías.

269.8. La ponencia inicial destacó que:

[...] Existe claro consenso en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente en torno a la idea de que poco se avanzaría con la mera enunciación de una serie muy prolija de derechos fundamentales en la Constitución, si al mismo tiempo no se los dota de unos eficaces mecanismos de protección y promoción. Porque más allá de la sola declaración de los derechos, importa el establecimiento de una serie de instrumentos que realmente

> le permitan a cualquier persona obtener el goce efectivo de los mismos [...]. Como respuesta a las nuevas realidades sociales y en particular a la necesidad de dotar de una garantía inmediata a los derechos fundamentales, se ha propuesto la creación de nuevas figuras, tales como el derecho de tutela, las acciones populares y la acción de cumplimiento que, en cierta forma se asemejan a la figura anglosajona de la *injuction* concebida a partir de los viejos interdictos del derecho romano, en virtud de la cual los jueces, para la protección de los derechos de los particulares, pueden expedir órdenes que son de inmediato cumplimiento por las autoridades administrativas.

269.9. Se sumó, de este modo, la acción de inconstitucionalidad al cuadro de procesos y acciones constitucionales dispuestas desde la reforma de 1991. La ampliación de legitimados habilitados para el reproche de inconstitucionalidad, sumado al sistema de procedimiento que facilitó la celebración de audiencias públicas a solicitud de los interesados o a iniciativa de la Corte Constitucional, ha permitido la discusión general y organizada sobre un problema que antes era resuelto con cierto recelo y oscurantismo.

270. Legitimación y acceso a la Corte Constitucional

270.1. *Objeto:* Desde sus primeros pronunciamientos la Corte Constitucional fue definiendo el significado de la acción de inconstitucionalidad.[391] En la sentencia n° 022/94 sostuvo que, la acción pública de inconstitucionalidad es una acción consagrada en el ordenamiento colombiano en favor de los ciudadanos, sin que sea posible predicar de las personas jurídicas su titularidad.

La idea de asociar la pretensión como un derecho subjetivo de las personas, no de aquellas que tuvieran formas asociativas, fue importante para instalar el control de constitucionalidad en el cuadro de las garantías o libertades individuales.

Por eso han existido claros fundamentos para asumir la acción de inconstitucionalidad como una acción de índole pública e informal. *Pública*, por cuanto se trata de la manifestación de un derecho fundamental como el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político; derecho mediante cuyo ejercicio, cualquier ciudadano puede solicitar que aquellas normas que repute contrarias a la Constitución sean excluidas del ordenamiento jurídico. E *informal*, por cuanto el constituyente exige para la interposición de esa acción la sola acreditación de la calidad de ciudadano del actor; es decir, no requiere ni de una formación profesional especializada ni de la satisfacción de presupuestos formales rigurosos.

---

[391] Planteamos nuestra discrepancia técnica sobre llamar a los procesos constitucionales "acciones públicas", pues el derecho de peticionar ante la Rama Judicial es un derecho que le corresponde a todos tenga derechos subjetivos públicos o de contenido privado. Si la demanda tiene motivaciones que trascienden el interés individual y se ocupan de un problema de constitucionalidad normativa, por ello la acción no es pública, sino que lo es, porque el derecho procesal constitucional tiene contenido abstracto: es una garantía de todos, antes que del hombre afectado por un derecho concretamente alterado (*cfr*. GOZAÍNI, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil,* tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 130 y ss.).

Luego, es claro que la interposición de una demanda de inconstitucionalidad, a diferencia de otros instrumentos jurídicos, está desprovista de formalismos y condicionamientos técnicos y ello para facilitar su ejercicio como manifestación de un derecho fundamental.

270.2. *Legitimación:* El carácter de acción popular puede ser discutible[392] cuando la legitimación para obrar se pone en la antesala de la consideración al planteo. Si ella se aplica como una suerte de llave para analizar la cuestión de constitucionalidad, pierde sentido la revisión popular que se pretende porqué se pone, en primer lugar de atención, el carácter o personalidad con el que la persona actúa.

En actividad, la legitimación que se pide es para el ciudadano, vale decir, para quien tiene dicha calidad en el Estado de Colombia, calidad que se diferencia en la Argentina al otorgar el mismo derecho pero a "todo habitante".

Según Rey Cantor:

> [...] El carácter popular de la acción lo resalta la Corte Constitucional, cuando expresa: "El derecho que sustenta la posibilidad de instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad es de naturaleza política, [...]. La Constitución, como estatuto supremo y necesario de la organización estatal, corresponde ante todo a un acto de carácter político, en cuanto se deriva del ejercicio soberano del poder del que es titular el pueblo". Asimismo el constituyente extendió el derecho ciudadano a la intervención en el proceso de inconstitucionalidad, inclusive a los que se tramitan por la vía automática u oficiosa, pues, expresamente dispuso en el artículo 242-1 C.P., respecto de los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional, que cualquier ciudadano podrá [...] intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública (artículo 242 núm. 1). Entre otras, estas son razones adicionales para la correcta denominación de la acción popular de inconstitucionalidad, en lugar de acción pública.[393]

270.3. La Corte Constitucional relativiza el problema dogmático al aclarar que:

> [...] la norma demandada desconoce el artículo 40, numeral 6, de la Carta Política, según el cual todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y para hacer efectivo ese derecho puede interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. Al no existir disposición constitucional ni legal alguna que impida la intervención de todos los ciudadanos en las acciones de inconstitucionalidad, hay que aceptar que ésta se extiende a todas aquellas actuaciones que se surtan en el proceso.
>
> Según el artículo 242, numeral 1, de la Carta Política, cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo 241 Ibídem, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública. En este orden, todo

---

[392] Tanto la jurisprudencia como la doctrina más autorizada hablan de una acción popular de inconstitucionalidad: REY CANTOR, "Acción popular de inconstitucionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* nº 1, enero/junio 2004, Porrúa, pp. 118 y ss.

[393] REY CANTOR, "Acción popular de inconstitucionalidad", cit., p. 124.

ciudadano está legitimado para participar en los asuntos que comportan la guarda e integridad de la Constitución Política, por lo tanto, cualquier disposición, como la acusada, que limite esa facultad desconoce el ordenamiento superior.

El artículo 241 superior, otorga a todos los ciudadanos la facultad de presentar demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformatorios de la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación; lo mismo que contra las leyes y los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (numerales 1, 4 y 5).

El artículo 242, numeral 1, determina que cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas contempladas en el artículo 241, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no exista acción pública.

El artículo 153, numeral 2, superior, respecto de los proyectos de leyes estatutarias, establece que cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderlas o impugnarlas.

Así las cosas, la acción de inconstitucionalidad es el medio judicial a través del cual el juez competente, a petición de cualquier ciudadano, resuelve, para todos los efectos y en relación con todas las personas, quitarle a una ley su fuerza normativa por ser incompatible con la Carta Política, realizando así el principio de supremacía constitucional.

Dos aspectos fundamentales caracterizan a la acción de inconstitucionalidad: primero, que constituye un derecho político, por cuanto le permite a su titular, esto es, al ciudadano y no a cualquier persona, participar en el control del poder político y, segundo, que tiene una naturaleza pública, pues para promoverla o intervenir en ella no se requiere demostrar un interés particular involucrado en el debate, motivo por el cual, todo ciudadano, en cualquier tiempo, puede controlar la función legislativa cuestionando la validez de las normas que produzca tanto el legislador ordinario como el extraordinario a la luz de la Constitución.

Los derechos que se pretenden proteger con la acción de inconstitucionalidad, como acción pública, van mucho más allá de los intereses personales o subjetivos de quien presentó la demanda, por lo tanto el actor se constituye en un defensor de las garantías de toda la Nación consagradas en la Constitución.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, la acción de inconstitucionalidad en Colombia siempre ha tenido como titular a cualquier ciudadano. Así lo establecieron los Actos Legislativos números 03 de 1910, 1º de 1945 y No. 1º de 1968 que modificaron la Carta Política de 1886.[394]

270.4. *El concepto de parte:* En la misma causa, se dijo que

[…] el proceso a que da lugar la acción de inconstitucionalidad tiene un carácter tan especial que algunos autores han llegado a afirmar que en el mismo no existen partes propiamente dichas, pues la demanda no se formula contra nadie, simplemente mediante ella se solicita al juez competente que declare la inexequibilidad de una norma legal.

Sobre este aspecto y en relación con la acción pública de nulidad señala Laferriére, citado por René Chapus en su obra *Droit du contentieux Administratif*, que en estas acciones no hay partes "en el sentido jurídico del término", ya que en ellas no hay un enfren-

[394] Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 (parcial) del Decreto 2067 de 1991, 5.12.2005, magistrado sustanciador: Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente No. D- 6008 Concepto No. 3996.

tamiento entre personas acerca de un derecho subjetivo.[395] Sin embargo, sobre el punto vale destacar que en Colombia el artículo 244 de la Constitución ordenó a la Corte Constitucional comunicar al Presidente de la República o al Presidente del Congreso, según el caso, la iniciación de cualquier proceso que tenga por objeto el examen de constitucionalidad de normas dictadas por ellos.[396]

En suma, queda reconocido que la acción de inconstitucionalidad es una manifestación del carácter democrático, participativo y pluralista del Estado social de derecho que pretende garantizar un derecho de todas las personas a mantener la supremacía de la Constitución a través del control de la función legislativa, razón por la cual su titular puede ser cualquier ciudadano.

271. Régimen procesal

271.1. Como todo procedimiento se reglamentan en ellos el lugar, tiempo y forma como desenvolver los actos procesales.

Lo primero se deduce por cualquier persona sin necesidad de ser abogado o tener una preparación especial, ante cualquier notaría, despacho judicial o en la mesa de entradas de la Corte Constitucional. Allí exhibirá el documento de identificación para acreditar la condición de ciudadano colombiano, y dejará por escrito la demanda, agregando dos copias de ella.

Tras la presentación o, en su caso, con la constancia de recepción emitida por la Secretaría General, se procede a radicar la petición para su posterior reparto por el Pleno, con la presencia de todos los Magistrados y de la Secretaria General de la Corte.

Dispone el art. 3° reglamentario que le corresponde al Presidente de la Corte Constitucional repartir para su sustanciación, los asuntos de constitucionalidad de conformidad con el programa de trabajo y reparto que determine el pleno de la misma. La Corte podrá designar a más de un magistrado la sustanciación de un mismo asunto.

Una vez asignado el expediente, el Magistrado Ponente cuenta con diez (10) días para adoptar alguna de las siguientes decisiones: *a)* admitir la demanda, cuando reúne todos los requisitos; *b)* rechazar la misma cuando no reúne alguno de los requisitos. En este caso se le concede al demandante el término de tres (3) días a partir de la notificación por estado, (fijado en la Secretaria y publicado en la página web), para corregir la misma, según las indicaciones que se dieron en el respectivo auto (Artículo 6º Decreto 2067 de 1991).

271.2. La demanda también se rechaza cuando el actor no corrige las observaciones efectuadas;[397] o cuando la cuestión reitere casos resueltos sobre los cuales

---

[395] Citado por Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, *op. cit.*, en nota anterior.

[396] *Op. cit.*, notas precedentes.

[397] En el auto 314/01 el Magistrado Sustanciador rechazó la demanda presentada con fundamento en las siguientes consideraciones: "1. De conformidad con el artículo 6 del Decreto 2067 "cuando la demanda

exista cosa juzgada constitucional, o cuando se demandan normas para las cuales la Corte carezca de competencia (Art. 6º. Decreto 2067 de 1991).

Presentada esta situación el demandante cuenta con tres (3) días siguientes a partir de la notificación por estado, para presentar recurso de súplica, el cual es enviado al Magistrado que siga en orden alfabético a quien dictó el auto de rechazo, para que elabore otra ponencia dentro de los diez (10) días siguientes, la cual, posteriormente, es estudiada por la Sala Plena sin la intervención del Magistrado Ponente del auto objeto de recurso (Artículo 48 del Reglamento Interno de la Corte).

271.3. En orden al *tiempo*, la demanda de inconstitucionalidad no tiene plazos de caducidad cuando se ataca la ley por vicios sustanciales o materiales, pero prescribe el derecho de hacerlo en el término de un (1) años contado desde la fecha que se publica el acto.

Si el vicio es de formación (art. 242 núm. 3), rige también el plazo de un (1) año cuando se trata de los actos previstos en el art. 379 constitucional (actos legislativos, convocatoria a referendo, consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea constituyente), término que se cuenta a partir de la fecha de promulgación (Decreto 2067 de 1991, art. 43).

271.4. La competencia es de la Corte Constitucional cuando se trata de acción abstracta de inconstitucionalidad, y aunque se denomine "demanda", en sí mismo es una denuncia de inconstitucionalidad que no supone requerir en el demandante un derecho propio o una afectación singular; basta con el interés alegado en que se defienda la supremacía de la Constitución.

Rey Cantor sostiene:

> que la Constitución trata de la acción de inconstitucionalidad y también de las demandas de inconstitucionalidad (art. 241, núm. 1, 4 y 5). Por lo tanto, el ciudadano ejercerá la

---

no cumpla alguno de los requisitos previstos en el artículo segundo, se le concederán 3 días al demandante para que proceda a corregirla señalándole con precisión los requisitos incumplidos. Si no lo hiciere en dicho plazo se rechazará. Contra el auto de rechazo, procederá el recurso de súplica ante la Corte". En este caso, el actor se limitó a transcribir la norma acusada e invocó como vulnerado el artículo 53 de la Carta, sin explicar en forma clara y precisa por qué consideró que tal precepto había sido desconocido, tan solo expresó unas breves, vagas y confusas razones. En consecuencia, la demanda bajo examen no cumplió con la exigencia del numeral tercero del artículo 2º del Decreto 2061 de 1991. Así, al no ser corregida la demanda dentro del plazo fijado por la Ley, habrá de ser rechazada.

2. Observa el despacho, que estando a la firma el presente auto de rechazo, fue recibido escrito del ciudadano Felipe Rincón Salgado, en el que interpuso recurso de reposición, en vía de revocación, contra el auto inadmisorio de la demanda, y subsidiariamente el de suplica en caso de no prosperar la reposición y su correlativo rechazo (...)", considerando que la norma acusable es flagrantemente violatoria de la Constitución y por lo tanto no es dable exigir "preciosismo (*sic*.) jurídico" en la elaboración de la demanda, pues la acción de inconstitucionalidad es pública y no se puede convertir en algo similar a un recurso extraordinario.

3. En virtud del principio de economía procesal, el mencionado escrito debe estudiarse entonces como recurso de súplica, cuyo conocimiento corresponde a la Sala Plena de esta Corporación, una vez sean cumplidos los trámites correspondientes en la Secretaría General de esta Corte."

acción presentando una demanda de inconstitucionalidad con el cumplimiento en ambos casos de ciertos requisitos formales.[398]

271.5. Los recaudos o presupuestos se explicitan en el artículo 2º del decreto 2067 que dice:

> Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: *a)* El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; *b)* el señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; *c)* las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; *d)* cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y, *e)* la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

272. La demanda de inconstitucionalidad

272.1. El primer requisito consiste en copiar el texto total de la ley o del decreto que se demandan, o el artículo o los artículos de dichos actos. La demanda se podrá dirigir contra un numeral o un literal de un artículo, o una frase, o un adjetivo, sustantivo o un verbo, o una cifra numérica.[399]

La precisión obedece a que la inconstitucionalidad genérica no siempre ocurre en la legislación positiva; si el vicio anida en un aspecto en particular, no elimina la necesidad de agregar la totalidad de la norma impresa, inclusive es aconsejable acompañar una copia del ejemplar oficial donde fue publicada. Ello así porque la interpretación se realiza sobre toda la norma.

En contra de este recaudo formal puede invocarse el principio "*iura novit curia*" y el precepto que tiene por conocida toda ley que se hubiera publicado en los registros oficiales. En ambos casos, el requisito de acompañar el texto legal que se cuestiona podría quedar inmerso entre los fundamentos de la pretensión.

Lo que es inevitable es individualizar la normatividad que se cuestiona. La Corte Constitucional al respecto, expresa: "La formulación de una cargo constitucional concreto contra la norma demandada es uno de los requisitos materiales que debe cumplir el demandante ya que, como lo dijo la Corte al declarar la exigibilidad de esa exigencia, el ataque indeterminado y sin motivos no es razonable".[400]

272.2. De inmediato la demanda debe contener suficientemente individualizado el precepto o los artículos de la Constitución que se relacionan con la ley o decreto impugnado, demostrando (alegando) que ellos se contraponen con el principio de supremacía, en el sentido de resolver en contrario a las disposiciones de la Ley Fundamental.

---

398 Rey Cantor, *Acción popular de inconstitucionalidad,* cit., p. 126.

399 Rey Cantor, *Acción popular de inconstitucionalidad,* cit., p. 126.

400 Corte Constitucional, Sent. C-131 de 1993.

El numeral 2 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia n° C 131/9 del 1° de abril de 1993 (Magistrado Ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero).[401]

La doctrina, en cambio, señala que el requisito continúa y el actor debe señalar el artículo o los artículos de la Constitución que considera se violaron por la ley o el decreto, incluso podrá indicar como transgredido el preámbulo de la Carta que contiene valores considerados desde el punto de vista filosófico y tienen carácter vinculante, así mismo los principios constitucionales, como por ejemplo, el principio de que "nadie podrá ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio".[402]

272.3. El tercer requisito se circunscribe en precisar el procedimiento establecido en la Constitución para expedir el acto; por ejemplo, señalar el trámite que debe seguir todo proyecto de ley ordinario (art. 157), o el proyecto de ley estatutario (art. 153), o el proyecto de acto legislativo (Art. 375), e incluso el previsto en la ley

---

[401] Sostuvo la Corte que: El procedimiento constitucional establece que las demandas incorrectamente presentadas serán inadmitidas, siendo obligación del magistrado sustanciador, en ejercicio de la dirección y control del proceso, señalarle claramente al actor el trámite correcto y las enmiendas que es necesario introducir, antes de rechazar dicha demanda. Tal previsión permite que el actor corrija su demanda y el proceso constitucional se desenvuelva normalmente. Luego en todo momento queda salvaguardado el derecho político del ciudadano demandante.

No todas las normas jurídicas de un ordenamiento tienen la misma jerarquía. Existe entre ellas una estratificación, de suerte que las normas descendentes deben sujetarse en su fondo y en su forma a las normas superiores. La no conformidad de una norma con sus superiores jerárquicas la convierten en derecho positivo susceptible de ser retirado del ordenamiento, que tiene la virtud incluso de hacer desaparecer del mundo jurídico la norma así imperfectamente expedida mediante los controles pertinentes. La Constitución es la primera de las normas. Es por ello que cualquiera otra norma jurídica, así sea expedida por el operador jurídico más modesto de la República, debe sujetarse en primer lugar a la Constitución.

La sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria. Únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada. Poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución y goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos. La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se considera *obiter dicta*. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia. La *ratio iuris* se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política. La palabra "obligatorio" del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 se opone a los artículos 241 y 230 de la Constitución.

Sólo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias. (Norma acusada: Decreto 2067 de 1991, artículo 2° en sus numerales 2°, 3°, 4° y 5°; y artículo 23 parcial). Actores: Andres de Zubiría Samper y Lizette Arbelaez Johnson / Magistrado Sustanciador: Alejandro Martínez Caballero.

[402] REY CANTOR, *Acción popular de inconstitucionalidad,* cit., p. 126.

orgánica 05 de 1992 *reglamento del Congreso* y señalar la forma en que se violó dicho procedimiento, como sería por ejemplo, la falta de publicación del proyecto de ley en la gaceta legislativa del Congreso, o que se aprobó en primer debate en la comisión constitucional permanente sin el quórum decisorio requerido, o que entre el primero y segundo debate transcurrió un lapso inferior a ocho días. Es lo que se denomina vicios formales o de procedimiento.[403]

272.4. El cuarto requisito de la demanda consiste en fundar y demostrar cómo se produce la violación del derecho que se manifiesta como agraviante de la Norma Constitucional.

Se aúna con la idea de señalar el precepto o norma alterado que infringe la Constitución, la obligación de confirmar el porqué de la violación. La Corte Constitucional, expresa:

> Al ciudadano se le impone entonces como carga mínima que sustente de manera específica el concepto de la violación, a fin de que pueda existir una verdadera controversia constitucional. En tales circunstancias, antes de pronunciarse de fondo sobre la demanda, la corte debe verificar si el actor ha materialmente formulado en cargo, pues de no ser así, la decisión debe ser inhibitoria, ya que la demanda sería sustantivamente inepta, por no contener cargos concretos de inconstitucionalidad susceptibles de ser analizados y evaluados por ella el ejercicio del control constitucional.[404]

En otra oportunidad, informa Rey Cantor, la Corte señaló:

> Nótese que la jurisprudencia de esta Corporación exige la existencia de acusaciones susceptibles de ser analizadas y discutidas mediante el trámite propio del control constitucional abstracto, lo cual indica que el demandante debe formular un cargo concreto, de naturaleza constitucional, contra una norma legal. Por consiguiente, el actor no cumple ese requisito si se limita a efectuar una formulación vaga, abstracta y global de los motivos de inconstitucionalidad, sin acusar específicamente la disposición, pues su omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de inconstitucionalidad. Tampoco existe una demanda idónea cuando la acusación no es relevante constitucionalmente sino que se fundamenta en razones puramente legales [...].[405]

272.5. También la demanda exige que se indique el motivo por el cual la Corte Constitucional es competente. La referencia obvia es la explicación clara y concreta de los hechos que fundan la alteración por la norma de las cláusulas constitucionales.

La Corte es estricta en este aspecto, y ha señalado que el auto de admisión queda subordinado a que se demuestra la competencia de la corporación. En efecto, dice la Corte:

> [...] se ha encontrado que la argumentación planteada presenta una formulación apenas aparente del cargo de inconstitucionalidad de la disposición acusada, la cual en su

---

[403] REY CANTOR, *Acción popular de inconstitucionalidad,* cit., p. 127.

[404] Corte Constitucional, Sent. C-236 de 1997.

[405] Corte Constitucional, Sent. C-447 de 1997, *cfr*. REY CANTOR, *La acción popular de inconstitucionalidad,* cit., p. 126.

oportunidad fue razón suficiente para que la Corte mediante Sentencia C- 113 del 2000, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, se abstuviera de proferir fallo de mérito en un caso similar al planteado, presentado por el mismo demandante en contra de la disposición jurídica acusada y al considerar esta Corte desvirtuado el sentido y el objeto de la acción pública de inconstitucionalidad planteada, para lograr que la norma demandada fuera declarada inexequible. Para que la Corte Constitucional pueda establecer, con fuerza de verdad jurídica, la inexequibilidad que ante ella se solicita, es indispensable que la demanda recaiga sobre un texto real y no simplemente deducido por el actor o implícito.

Es verdad que la Corte, al efectuar el cotejo de una norma con la Constitución puede introducir en ella distinciones, para declarar la exequibilidad condicionada, excluyendo del ordenamiento jurídico determinado alcance del precepto objeto de su fallo. Es decir, puede la Corte, en ejercicio de sus atribuciones, al analizar una norma que ante ella se demanda, o que debe revisar oficiosamente, diferenciar entre varios sentidos posibles del precepto admitiendo aquéllos que se avienen a la Constitución y desechando los que la contradicen.

Pero esa técnica de control difiere de aquella encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden. Esta es la circunstancia del caso en estudio, en el cual los demandantes piden que no se declare inexequible ninguna parte de la norma vigente sino una hipótesis arbitrariamente inferida de ella. No resulta posible resolver sobre cada uno de los casos particulares hipotéticamente cobijados por un precepto legal, introduciendo comparaciones con otros casos igualmente particulares no previstos en él.

Para llegar a la declaración de inexequibilidad total o parcial de una disposición de la ley es menester definir si existe una oposición objetiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución.[406]

272.6. También la demanda tiene que aportar pruebas suficientes que demuestren los vicios de procedimiento, y en su caso, señalar el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado.

Por ejemplo —dice Rey Cantor—, es procedente acompañar ejemplares de la gaceta legislativa, copias auténticas de las actas en que conste el desarrollo de la sesión llevada a cabo en la comisión permanente o en las plenarias; también es procedente pedir a la Corte que se ordene al funcionario competente del Congreso para que remita la cinta magnetofónica donde se halla el relato de todo lo ocurrido en las sesiones de las comisiones o de las plenarias de las cámaras, o pedir el decreto y práctica de una inspección judicial sobre los documentos pertinentes. Al respecto, la Corte Constitucional, en cuanto a los vicios procedimentales ha expresado: "[…] es requisito indispensable que el actor señale en forma clara y precisa cuáles hechos son los que dan lugar a la infracción de los cánones constitucionales […], pues no corresponde a esta corporación revisar en forma oficiosa el ordenamiento impugnado, para determinar si se cumplieron todos y cada uno

[406] *Cfr*. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-504 del 9 de noviembre de 1995

de los requisitos consagrados en la Constitución y en la ley orgánica 5/92 —Reglamento del Congreso—".[407]

273. Trámite cuando la demanda se admite

273.1. Admitida la demanda el magistrado sustanciador debe confeccionar el auto de notificación del traslado. La comunicación se entrega a la Secretaría General, quien debe proceder a informar en el plazo de tres (3) días.

Esta disposición puede ordenar que se practiquen pruebas complementarias. Sustanciadas y cumplidas son evaluadas y se continúa el trámite del proceso. Vencido el término respectivo, se procede a fijar en lista la demanda por el término de diez (10) días durante los cuales podrá intervenir cualquier persona o entidad en defensa o impugnación de la norma (art. 7º del Decreto 2067 de 1991).

A solicitud de cualquier persona, el Defensor del Pueblo podrá demandar, impugnar, o defender ante la Corte normas directamente relacionadas con los derechos constitucionales.

273.2. Adicionalmente, el Magistrado deberá comunicar al Presidente de la República o al Presidente del Congreso, según quien haya dictado la norma, acerca de la iniciación del proceso, para que, por escrito, indiquen las razones que justifican la constitucionalidad de la norma; igualmente, podrá ordenar la comunicación a los organismos o entidades del Estado que participaron en la elaboración de la misma con el objeto de que dentro de los diez (10) días siguientes presenten los argumentos que justifican su constitucionalidad (artículos 244 de la Constitución Política y art. 11 del Decreto 2067 de 1991).

273.3. El art. 7° del reglamento establece que:

> Admitida la demanda, o vencido el término probatorio cuando éste fuere procedente, se ordenará correr traslado por treinta (30) días al Procurador General de la Nación, para que rinda concepto. Dicho término comenzará a contarse al día siguiente de entrega la copia del expediente en el despacho del Procurador [...].
>
> En el auto admisorio de la demanda se ordenará fijar en lista las normas acusadas por el término de diez (10) días para que, por duplicado, cualquier ciudadano las impugne o defienda. Dicho término correrá simultáneamente con el del Procurador.

274. La sentencia de inconstitucionalidad

274.1. Vencido el término para que el Procurador se expida, el Magistrado sustanciador cuenta con treinta (30) días para registrar el proyecto de sentencia que ha de entregar en la Secretaría General.

Del mismo se entregan copias a los demás Magistrados para su estudio. Pero, en cualquier momento después de admitida la demanda, cualquier magistrado podrá

---

[407] Corte Constitucional, Sent. C-543 de 1998. *Cfr.* Rey Cantor, *Acción popular de inconstitucionalidad,* cit., p. 127.

solicitar por escrito que se reúna el pleno de la Corte para que se lleve a cabo una deliberación preliminar sobre la constitucionalidad de las normas sometidas a control.

El Presidente de la Corte convocará la correspondiente sesión dentro de la semana siguiente a la solicitud.

274.2. Cualquier magistrado podrá proponer hasta diez (10) días antes del vencimiento del término, para decidir que se convoque una audiencia para que quien hubiere dictado la norma o participado en su elaboración, por sí o por intermedio de apoderado, y el demandante, concurran a responder preguntas para profundizar en los argumentos expuestos por escrito o aclarar hechos relevantes para tomar la decisión.

La Corte, por mayoría de los asistentes, decidirá si convoca la audiencia, fijará la fecha y hora en que habrá de realizarse y concederá a los citados un término breve pero razonable para preparar sus argumentos. Las audiencias serán públicas.

Se señalará un término adecuado para que el demandante y quien hubiere participado en la expedición o elaboración de la norma, presenten sus planteamientos.

El Procurador General podrá participar en las audiencias en que lo considere pertinente, después de haber rendido concepto. Excepcionalmente, cuando la Corte considere que podría contribuir a esclarecer un punto concreto de naturaleza constitucional, podrá ser invitado a presentar argumentos orales en la audiencia quien hubiere intervenido como impugnador o defensor de las normas sometidas a control.

274.3. Asimismo el art. 13 reglamentario dice que:

> El magistrado sustanciador podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito, que será público, su concepto puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo. La Corte podrá, por mayoría de sus asistentes, citarlos a la audiencia de que trata el artículo anterior.
>
> El plazo que señale el magistrado sustanciador a los destinatarios de la invitación no interrumpe los términos fijados en este Decreto.
>
> El invitado deberá, al presentar un concepto, manifestar si se encuentra en conflicto de intereses.

274.4. Registrado el proyecto de fallo, la Sala Plena cuenta con el plazo máximo de sesenta (60) días para emitir la correspondiente sentencia donde se decide sobre la exequibilidad o no de la norma demandada (artículo 8º del Decreto 2067 de 1991).

Las decisiones sobre la parte resolutiva de la sentencia deberán ser adoptadas por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional.

Los considerandos de la sentencia podrán ser aprobados por la mayoría de los asistentes (se entiende por mayoría cualquier número entero de votos superior a la mitad del número de magistrados que integran la Corte o de los asistentes a la co-

rrespondiente sesión, según el caso). Cuando no se reúna la mayoría necesaria, volverán a discutirse y votarse los puntos en que hayan disentido los votantes.

Cuando no fueren aprobados, podrán adherir a ellos los magistrados que compartan su contenido. Los magistrados podrán en escrito separado aclarar su voto o exponer las razones para salvarlo; quienes lo hagan dispondrán de cinco (5) días para depositar en la Secretaría de la Corte el escrito correspondiente.

En caso de contradicción entre la parte resolutiva y los considerandos del fallo, se prefiere lo dispuesto al decidir.

274.5. La parte resolutiva de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte (art. 16, reglamentario).

La sentencia se notificará por edicto con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte, dentro de los seis días siguientes a la decisión.

El Secretario enviará inmediatamente copia de la sentencia a la Presidencia de la República y al Congreso de la República. La Presidencia de la República promoverá un sistema de información que asegure el fácil acceso y consulta de las sentencias de la Corte Constitucional.

274.6. Cuando el proyecto de fallo no fuere aprobado, el magistrado sustanciador podrá solicitar al Presidente de la Corte que designe a otro para que lo elabore. Si el criterio de un magistrado disidente hubiere sido acogido, el Presidente de la Corte podrá asignarle la elaboración del proyecto de fallo (art. 17, reglamento citado).

Las sentencias serán publicadas con los salvamentos y aclaraciones en la Gaceta de la Corte Constitucional, para lo cual se apropiará en el presupuesto la partida correspondiente (art. 18, cit.).

De su lado, las deliberaciones de la Corte Constitucional tendrán carácter reservado. Los proyectos de fallo serán públicos después de cinco (5) años de proferida la sentencia. Salvo los casos provistos en este Decreto, en las deliberaciones de la Corte no podrán participar servidores públicos ajenos a ésta (art. 19, cit.).

274.7. Las demandas de inconstitucionalidad que se deducen contra leyes y decretos con fuerza de tal son de contenido abstracto, es decir, que persiguen una sentencia meramente declarativa.

La misión de la Corte no es pura confrontación entre argumentos, informes y antecedentes, porque cuenta con suficientes potestades para conocer todos los aspectos que conciernen, incluidos efectos, alcances y motivos de conveniencia política (ámbito de la discrecionalidad jurisdiccional).

Claro está que la cuestión sometida al estudio de la Corte no queda desprovista de la eficacia refleja del pronunciamiento en el esquema de las sentencias constitucionales, al punto de sostener que la decisión solo declara sin pensar que con ello se constituyen expectativas ciertas o derechos que se condicionan a futuro, es una ilusión teórica carente de análisis crítico.

Las sentencias de la Corte Constitucional se pronunciarán "en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución"; tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.

274.8. Rey Cantor señala algunas cuestiones procesales de interés, como el desistimiento del proceso. Las acciones públicas de inconstitucionalidad, en las que se ejerce un derecho político en defensa de la primacía e integridad de la Constitución, no resulta admisible el desistimiento una vez que se ha ejercido la acción.

Para el maestro colombiano, la acción no se puede declinar por parte del ciudadano porque admitida la demanda corresponde a la Corte Constitucional adelantar oficiosamente el proceso constitucional hasta la sentencia y, además, porque el ejercicio de la acción no implica un interés particular para quien la ejerce, sino que conlleva un interés general a favor del pueblo en preservar la supremacía de la Constitución. Si la demanda se inadmite, es posible el desistimiento de la acción por el actor que no está interesado en subsanar los defectos formales que se le indicaron por el magistrado ponente.[408]

Aún en la hipótesis de que el ciudadano demandante fallezca, el proceso constitucional no termina. Al respecto, la Corte Constitucional, expresó:

> [...] la participación activa del demandante con posterioridad a la iniciación del proceso no es requisito indispensable para que el debate sobre la norma demandada se cumpla con el lleno de los requisitos legales y en cumplimiento de las garantías públicas,[409] Esta fue la argumentación para no interrumpir la continuación del proceso constitucional por causa de la muerte del demandante.[410]

---

[408] REY CANTOR, *Acción popular de inconstitucionalidad,* cit., p. 129.

[409] Corte Constitucional, Sent. C-1193 de 2001.

[410] REY CANTOR, *Acción popular de inconstitucionalidad,* cit., p. 129.

Sección 4ª La acción de inconstitucionalidad en Chile

275. Introducción

275.1. Los modelos hasta aquí desarrollados ponen de relieve justamente eso, diferentes sistemas para alcanzar un resultado similar. Agregar a Chile en este espacio, no solo es necesario, sino que resulta imperioso para comprender cómo funciona en Latinoamérica el control de constitucionalidad sobre las leyes.

Para ello es preciso recordar una línea de base donde la fiscalización del principio de supremacía depende de tres circunstancias: *a)* la rigidez de la Constitución que, por tanto, lleva a tener que custodiar el arquetipo más allá de la acción parlamentaria; *b)* un diseño jurisdiccional o político que permita obrar en tal sentido, y *c)* un procedimiento que lo reglamente.

275.2. En América Latina las constituciones son rígidas o semi rígidas, con la excepción de México que tiene menos dificultades para generar reformas. Dicho esto, no en el sentido elaborado por James Bryce, como creador de la división ideológica entre constituciones rígidas y flexibles, que si bien es afortunada para demostrar cómo se viabilizan los cambios, no es estrictamente correcta.[411] En realidad se pretende advertir los mecanismos que alternan entre: *a)* un sistema judicial difuso puro como en Argentina; *b)* un esquema concentrado en la Corte Suprema y aplicado en una Sala Constitucional (*v. gr.:* Paraguay); *c)* un sistema mixto de control (difuso y concentrado) como tienen Brasil, Bolivia y Colombia; *d)* el llamado por García Belaúnde control dual de la Constitución, vigente en Perú y Ecuador; y *e)* el modelo chileno de doble control concentrado, al que nos referimos en adelante.

Estos modelos se ponen en funcionamiento en jurisdicciones constitucionales diferentes. En América del Sur, por ejemplo, hay cinco (5) Tribunales Constitucionales: Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú; en otros la actividad se concentra en una Sala del Superior Tribunal de Justicia; y en algunos más, es la propia Corte Suprema quien ejercita el control, sea mediante un control difuso previo, donde sus fallos son unificadores de jurisprudencia (Argentina), o actuando como verdadero Tribunal Constitucional (México).

---

[411] Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución,* cit., p. 102.

El desarrollo de la jurisdicción constitucional en Chile ha sido un proceso lento, no carente de obstáculos y con poco apoyo de los Tribunales Ordinarios de Justicia. En efecto, bajo el imperio de la Carta de 1833 hasta 1924, se desarrolla un control político de constitucionalidad de las leyes por el Congreso Nacional de acuerdo con el artículo 164 que prescribía: "Sólo el Congreso, conforme a los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas sobre la inteligencia de algunos de sus artículos". La Constitución de 1925 estableció un control de constitucionalidad de las leyes; por vía de recurso de inaplicabilidad, concentrándolo en la Corte Suprema de Justicia y con efectos inter partes (artículo 86 inciso 2º). Tal precepto, no produjo una jurisprudencia de parte de la Corte Suprema de ejercicio efectivo de la facultad que le otorgó el constituyente, rehusando realizar el control constitucional de forma y limitándose al ejercicio del control de constitucionalidad de fondo de los preceptos legales. Ante tal hecho y luego de un largo proceso surge, con la reforma constitucional de 1970, un Tribunal Constitucional que sigue el modelo europeo, con un control de constitucionalidad preventivo en materia de ley con efectos *erga omnes*, incorporándose a la Carta Fundamental en los artículos 78 *a)*, *b)* y *c)* del capítulo VI. Durante su corta vida hasta 1973, fecha del golpe de Estado militar, desarrolló una importante actividad centrada esencialmente en materia de control de constitucionalidad de proyectos de ley y de tratados internacionales. Aun cuando dos materias resueltas por el Tribunal causaron fuerte polémica, la labor del Tribunal se desarrolló adecuadamente.

La Constitución de 1980 recrea el sistema de control de constitucionalidad de las leyes, dejando al Tribunal Constitucional la función del control preventivo obligatorio para ciertos tipos de leyes (las orgánicas constitucionales y las interpretativas de la Constitución), y un control a requerimiento de órganos especificados, siguiendo el modelo francés, en el resto de los proyectos de ley. Las autoridades que pueden requerir al Tribunal son el Presidente de la República, cualquiera de las dos ramas del Congreso Nacional o un número no inferior a la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado o de la Cámara de Diputados. A su vez, el Tribunal Constitucional ejerce un control represivo de constitucionalidad de los Decretos con fuerza de ley que la Contraloría General de la República haya tomado razón y se hubieren publicado en el *Diario Oficial*, que debe concretarse por requerimiento de cualquiera de ambas ramas del Congreso o una cuarta parte de sus miembros, dentro de los treinta días siguientes a su publicación, por la publicación incorrecta de una ley, al no corresponder ésta al texto aprobado por el parlamento. La Constitución faculta también al Tribunal Constitucional para resolver el conflicto que se suscite por el dictado de un decreto inconstitucional. A su vez, la Carta de 1980, mantiene el control de constitucionalidad de tipo represivo y concentrado en manos de la Corte Suprema con efectos *inter partes*. La Constitución de 1980 toma la precaución de establecer en su artículo 83 inciso 3º, que "resuelto por el Tribunal Constitucional que un precepto legal es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio de que fue objetora sentencia". No hay instancia jurídica que pueda solucionar los conflictos que emanen de la disparidad de criterios entre ambos Tribunales sobre si lo que está conociendo la Corte Suprema fue o no lo resuelto ya por el Tribunal Constitucional.[412]

---

[412] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales en América del Sur*, en Constituciones de Latinoamérica, Santiago, 2002, pp. 153 y ss.

276. Fricciones del sistema

276.1. Como suele ocurrir en los sistemas donde el control de constitucionalidad se comparte, cada uno de los órdenes quiere preservar su autonomía y darle a la interpretación adoptada un sentido obligatorio que no siempre se acompaña.

En Chile, bien se ha observado que:

> [...] los derechos fundamentales de los ciudadanos pueden ser tutelados y configurados subjetiva y directamente por medio del recurso de protección y del recurso de amparo o *habeas corpus*, los que son competencia de las Cortes de Apelaciones en primera instancia y de la Corte Suprema en segunda instancia. La Corte Suprema conoce también del Recurso de Nulidad procesal penal por violación del derecho fundamental a un debido proceso penal (art. 373 a] del Código Procesal Penal, en adelante CPP) [...]. Por otra parte, los derechos fundamentales también pueden ser tutelados por los procesos de control de legitimidad constitucional de los actos normativos emanados tanto del legislador como del Presidente de la República, que, como sabemos, son competencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad. Este último tribunal, a través de un recurso de casación puede también tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos. En el proceso desarrollado ante el Tribunal Constitucional la tutela de los derechos fundamentales reviste un cariz principalmente de carácter abstracto. Sin embargo, no se debe rechazar la hipótesis de la defensa de concretos derechos e intereses, especialmente de grupos o categorías de personas. A su vez, en los procesos de inaplicabilidad y de nulidad de derecho público que conoce la Corte Suprema, la tutela de los derechos fundamentales se produce concretamente. En definitiva, se puede concluir en este punto que en el orden jurídico chileno la tutela y configuración jurisdiccional de los derechos fundamentales es compartida tanto por la judicatura ordinaria como por el Tribunal Constitucional.[413]

El mecanismo suele producir conflictos de interpretación que no comulgan con la idea de seguridad jurídica que importa previsibilidad y certeza. La posibilidad legal tampoco se resguarda de la hipótesis de conflictos, porque tanto la Constitución política, como las normas procesales y la propia ley orgánica de competencias del tribunal constitucional, coinciden en asignar iguales funciones a órganos jurisdiccionalmente desiguales.

276.2. El punto de partida está en el art. 6° constitucional que dice:

> Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Se consagra aquí el principio de supremacía constitucional que importa un deber de acatamiento por todos los jueces y magistrados de cualquier jurisdicción. El pro-

---

[413] BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, "El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional", *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XVIII, N° 1, Julio 2005, pp. 89 y ss.

blema que surge del precepto estriba en saber si del mismo surge la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por quien la aplique; vale decir, si el poder de interpretación (y de veto o inaplicación) les corresponde a todos los jueces o solo al tribunal constitucional.

> En este sentido, los dos órdenes jurisdiccionales del Estado chileno deberán aplicar e interpretar la Constitución. Esto hace que se den las condiciones institucionales para la generación de fricciones entre el Tribunal Constitucional y judicatura ordinaria. Sin embargo, hasta el momento las decisiones divergentes del Tribunal Constitucional y la judicatura ordinaria chilena no han generado verdaderos enfrentamientos entre ambos órdenes jurisdiccionales, como sí ha sucedido, como veíamos, en países como España e Italia. En este sentido, para el caso chileno preferiré expresar el problema en términos de contradicciones y no de fricciones.[414]

276.3. La evolución señala que desde la Constitución de 1833 cuando se establece el *control político* del Congreso, sin permitir intervención jurisdiccional; pasando por la Carta de 1925 que introduce el recurso de inaplicabilidad para que resuelva la Corte Suprema de Justicia; hasta llegar a la reforma de 1970 cuando se crea el Tribunal Constitucional que ejerce un control de tipo preventivo con efectos *erga omnes*, se ofrece un panorama multifacético con las herramientas dispuestas para el control de constitucionalidad. Está claro que convive el mecanismo difuso con el concentrado.

En la constitución de 1980 se mantiene el doble sistema, pero se toma en cuenta la eventual contradicción de tesis entre tribunales, y de allí que el art. 83 dispuso: "Resuelto por el Tribunal [Constitucional] que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio de que fue materia de la sentencia".

Cuestión que pese a la claridad no le impidió a la Corte Suprema revisar la constitucionalidad de una ley, para inaplicarla en un caso particular, cuando se alega un vicio de inconstitucionalidad distinto del que consideró previamente el Tribunal Constitucional.[415]

Es decir, el control represivo de constitucionalidad dispuesto para el Tribunal (sistema concentrado) tiene efectos hacia todos; mientras el control difuso que actúa la Corte Suprema de Justicia, solo aplica la resolución a las partes, razón que da nombre al medio de gravamen como "recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad", establecido en el artículo 80 de la Carta Fundamental.

> Dicho control de constitucionalidad de los preceptos legales sólo declara inaplicable en una "gestión" judicial concreta, ya no "juicio" como decía la Carta de 1925, el precepto

---

[414] BORDALÍ SALAMANCA, "El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional", cit., p. 91.

[415] *Vid*. Sentencias de inaplicabilidad de fecha de 22/01/1987, en *Gaceta Jurídica* N° 79, p. 36, de 16/4/1987, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 84, secc. 5ª, p. 69, y de 28/01/02, en ZÚÑIGA, F., PERRAMONT, A., "Acciones constitucionales", *Lexis Nexis*, Santiago de Chile, 2003, p. 24. Cita de BORDALÍ SALAMANCA, ob. cit., p. 92.

> legal considerado contrario al enunciado normativo constitucional, suspendiendo su eficacia para ese caso particular, sin invalidarlo, ya que el precepto legal considerado inconstitucional continúa formando parte del ordenamiento jurídico. A ello debe agregarse que la sentencia de la Corte Suprema que determina la inaplicabilidad del precepto legal no tiene fuerza obligatoria ni efectos persuasivos respecto de los tribunales inferiores: tribunales de primera instancia y Cortes de Apelaciones. Todo ello muestra que este control represivo, concreto y con efectos inter partes, constituye una institución jurídica débil como instrumento para dotar de fuerza normativa a la Constitución y dar protección efectiva a los derechos esenciales de las personas.[416]

276.4. La acción de inconstitucionalidad emplazada en la competencia exclusiva de la Corte mayor no fue útil a los fines perseguidos, y hasta quedó inerte frente a cuestiones constitucionales materiales o procesales que no conseguían ser articuladas en esta vía.

> Los tribunales de primera instancia y cortes de apelaciones, no pueden declarar la inaplicabilidad de preceptos legales contrarios a la Constitución y no tienen iniciativa para plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema ni tampoco ante el Tribunal Constitucional, producto de la concepción ya planteada por el constituyente de 1925 de que entregar el control de constitucionalidad de la ley a los tribunales ordinarios "politizaba" a los jueces, lo que debía evitarse. Tal perspectiva, fuera de debilitar la fuerza normativa de la Constitución, afecta el principio y norma constitucional específica contemplada en el artículo 6º de la Constitución vigente, éste determina la vinculación directa e inmediata a la Carta Fundamental respecto de todos los órganos y personas. Este debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución se justifica en el artículo 7º de la Constitución, cuyo inciso 2º determina que "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes", agregando el inciso 3º que: "Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará la responsabilidad y sanciones que la ley señale". Así, los jueces de primera y segunda instancia, si en la gestión judicial de la cual conocen existe un precepto legal considerando inconstitucional y no hay recurso de inaplicabilidad planteado por la parte afectada, deben resolver la gestión judicial de acuerdo al precepto legal inconstitucional.[417]

En el año 2005 cambia el régimen la ley 20.050. El actual Capítulo VIII sobre el Tribunal Constitucional establece en el art. 92 el funcionamiento e integración del Tribunal Constitucional.

A Nogueira Alcalá:

> le parece adecuado el número de nueve magistrados titulares del Tribunal Constitucional, lo que permite una representación igualitaria emanada de los tres poderes del Estado, como asimismo, posibilita la formación de salas especializadas. Es importante que se

---

[416] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional: Del doble control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control en el Tribunal Constitucional", *Revista Ius et Praxis*, v. 8, nº 1, Talca (2002), pp. 337 y ss.

[417] NOGUEIRA ALCALÁ, ob. cit., en nota previa, p. 339.

haya optado por recuperar el principio de que los integrantes del Tribunal Constitucional deben emanar únicamente de órganos que doten de legitimidad democrática indirecta y legitimidad jurídica a los Magistrados del Tribunal, perspectiva en que nada aportaba la designación de magistrados por el Consejo de Seguridad Nacional. A su vez, parece conveniente que el Presidente de la República realice el nombramiento de un Magistrado cada tres años, todos los cuales durarán nueve años en funciones.

Por último, respecto de los magistrados elegidos por la Corte Suprema de su propio seno, constituye un avance del proyecto sobre la realidad actual, el establecer la incompatibilidad con el cargo de Ministro del Tribunal Constitucional, quedando suspendido de sus funciones en la Corte Suprema mientras desarrolla sus funciones en la jurisdicción constitucional, lo que producirá problemas de funcionamiento e integración de la Corte Suprema. En tal perspectiva, pareciera más adecuado que el Magistrado de la Corte Suprema nombrado que fuere nombrado Ministro del Tribunal Constitucional debiera renunciar al Poder judicial para integrarse en el Tribunal Constitucional, teniendo además presente la edad tope de 75 años para permanecer en la magistratura.[418]

277. Procedimiento. Ley 20.050

277.1. El art. 93 constitucional agrega que, son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1º) Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación; 2º) Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones; 3º) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso; 4º) Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley; 5º) Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones; 6º) Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución; 7º) Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior; 8º) Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda; 9º) Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99; 10º) Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políti-

[418] NOGUEIRA ALCALÁ, ob. cit., en nota previa, p. 440

cos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del Nº 15º del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio; 11º) Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53 número 7) de esta Constitución; 12º) Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado; 13º) Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;14º) Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios; 15º) Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo, y 16°) Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

277.1. En el caso del número 1º, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso. En el caso del número 2º, el Tribunal podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de diez de sus miembros. Asimismo, podrá requerir al Tribunal toda persona que sea parte en juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado.

277.3. En el caso del número 3º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación.

El Tribunal deberá resolver dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados.

El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República.

277.4. En el caso del número 4º, la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley.

277.4. En el caso del número 5º, la cuestión podrá promoverse a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, dentro de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria.

El Tribunal establecerá en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ésta fuera procedente.

Si al tiempo de dictarse la sentencia faltaran menos de treinta días para la realización del plebiscito, el Tribunal fijará en ella una nueva fecha comprendida entre os treinta y los sesenta días siguientes al fallo.

277.6. En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

277.7. En el caso del número 7°, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio.

Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio.

277.8. En los casos del número 8º, la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Si el Tribunal acogiera el reclamo, promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido rectificará la promulgación incorrecta.

277.9. En el caso del número 11º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Senado. Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de las atribuciones que se le confieren por los números 10º y 13º de este artículo.

Sin embargo, si en el caso del número 10º la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputados o por la cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

277.10. En el caso del número 12°, el requerimiento deberá ser deducido por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto.

En el caso del número 14º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República o de no menos de diez parlamentarios en ejercicio.

En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento.

277.11. El Tribunal Constitucional podrá apreciar en conciencia los hechos cuando conozca de las atribuciones indicadas en los números 10º, 11º y 13º, como, asimismo, cuando conozca de las causales de cesación en el cargo de parlamentario.

En los casos de los numerales 10º, 13º y en el caso del numeral 2º cuando sea requerido por una parte, corresponderá a una sala del Tribunal pronunciarse sin ulterior recurso, de su admisibilidad.

278. Recursos

278.1. Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido (art. 94º).

Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.

En el caso del Nº 16º del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el *Diario Oficial* de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el *Diario Oficial* dentro de los tres días siguientes a su dictación.

278.2. En síntesis, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que reglamenta el art. 93.6 de la Constitución recorta el sistema previo que permitía ir contra "todo precepto legal contrario a la Constitución", al reducir el margen al "precepto legal *cuya aplicación* sea contraria a la Constitución".

La acción procede aun de oficio y a través de auto fundado.

De esta manera la acción de inaplicabilidad, vía recursal o vía cuestión (según la interponga la parte o el juez respectivamente) es un medio o garantía a través del cual, en un proceso jurisdiccional especial, se ejerce un control de constitucionalidad concreto de la ley por el Tribunal Constitucional. La inaplicabilidad requiere una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, en la que un precepto legal resulte decisivo para la resolución del asunto sometido a ese tribunal, es decir, debe tratarse de derecho material, sea *lex decisoria litis,* o *lex ordenatoria litis;* debiendo el actor fundar razonablemente la contradicción que el precepto legal impugnado tiene con la Constitución y, por ende, los vicios de forma, materia o competencia que transforman a dicho precepto legal en inaplicable. Esta declaración de inaplicabilidad, de efecto interpersonal relativo o *inter partes*, y de efecto temporal *ex tunc,* pro pretérito o retroactivo, difiere de la declaración de inconstitucionalidad prevista en el art. 93 inciso 7º, de la Carta Fundamental, que anula o invalida el precepto legal con efecto *erga omnes* o general, y efecto temporal *ex nunc* o pro futuro.[419]

[419] ZUÑIGA URBINA, Francisco, "La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en Chile", en *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo II (obra coordinada por Víctor Bazán), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 1065.

1018 blanca

Capítulo X

La acción de cumplimiento

Sección 1ª La acción de cumplimiento en Colombia

279. Introducción

279.1. Se denomina "acción de cumplimiento" al proceso constitucional que tiene por finalidad hacer que la ley se cumpla. Dicho esto en términos sencillos para dar cuenta de la poderosa herramienta que se entrega al ciudadano para acudir ante los jueces a requerir que se ordene a la autoridad, órgano o funcionario remiso, para que aplique lo dispuesto imperativamente por una ley, norma o acto administrativo de carácter general.

En términos ejemplificativos, son procesos destinados a eludir la morosidad o renuencia de la autoridad que, sin importar las razones que invoque, posterga la operatividad de la norma. Un caso concreto lo darían aquellas disposiciones que pueden parecer programas de acción (*v. gr.:* La Convención Internacional sobre los derechos del niño; los códigos de la Niñez y Adolescencia; la protección procesal del usuario y consumidor, etc.) y que por eso quedan a la espera de una reglamentación que, en sí misma, no es causa para la inaplicación.

El retardo o la omisión pueden dar lugar a acciones positivas de cumplimiento, o a la inconstitucionalidad por omisión, solo que en ciertas legislaciones, como Perú y Colombia, tienen leyes especiales para este proceso constitucional.

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

considerar como uno de los instrumentos más importantes de la democracia participativa; y, por consiguiente, su ejercicio tiene carácter jurídico-político.[420]

279.3. Se diferencia de la acción de tutela en que el cumplimiento que se pide no requiere, como en aquélla demanda, que la persona tenga un derecho vulnerado o amenazado por la acción u omisión de cualquier autoridad.

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

No es una petición abstracta, desde que la legitimación para obrar queda expresamente dispuesta con el derecho que tiene toda persona para requerir que, viviendo en un Estado de Derecho, se asegure que en el territorio nacional se respete y cumpla la Constitución, las leyes y, en general, el ordenamiento jurídico vigente. Esta obligación corresponde no sólo a los ciudadanos sino, fundamentalmente, a las autoridades y a los órganos del poder público.

279.4. De la misma manera que la fuerza normativa de la Constitución como ley Suprema repudia la posibilidad de que los órganos o funcionarios públicos puedan contrariar sus disposiciones por acción o por omisión, también es inconcebible que los poderes constituidos puedan dejar de aplicar la ley o lo dispuesto en actos administrativos, bien sea por omisión en el cumplimiento de sus deberes, bien por ejecución de acciones que demuestren claramente que se incumple las normas legales o administrativas.

Repugna al recto criterio jurídico considerar que puede dejarse al arbitrio de los órganos del poder público y de las autoridades y funcionarios, la posibilidad de que, a su voluntad, puedan tornar ineficaz una norma legal o administrativa, por el sólo hecho de no actuar o, lo que da igual, de obrar de una forma distinta a lo preceptuado legalmente.[421]

> La Corte Constitucional colombiana ha señalado que en un estado social de derecho es esencial consagrar la eficacia material de la normativa jurídica, así como de los actos administrativos que dentro de sus respectivas competencias expiden las autoridades. Por su parte, el Consejo de Estado de la República de Colombia, al referirse a la acción de

---

[420] RODRÍGUEZ RUIZ, María Carolina, *La acción de cumplimiento en Colombia y Perú,* ponencia presentada en el Curso Superior "Constitución y Derechos Humanos", organizado por la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, Perú, en noviembre de 1998.

[421] CIFUENTES MUÑOZ, *La acción de tutela en Colombia,* ob. cit., p. 11.

cumplimiento, subraya que la eficacia de las normas jurídicas se encuentra íntimamente vinculada con la concepción del Estado Social de Derecho, al señalar [...] "el referido derecho se nutre del principio constitucional de la efectividad de los derechos que no es ajeno al Estado Social de Derecho, pues si éste busca crear unas condiciones materiales de existencia que aseguren una vida en condiciones dignas y justas a los integrantes de la comunidad, y la acción de los poderes públicos para lograr estos propósitos se traducen en leyes y actos administrativos, toda persona como integrante de ésta, en ejercicio del derecho de participación política e interesado en que dichos cometidos materiales se realicen, tiene un poder activo para instar el cumplimiento de dichas leyes y actos, acudiendo para ello al ejercicio de una acción judicial.

El pleno de la Corte Constitucional de Colombia mediante auto de 10 de diciembre de 1992, con ponencia del ex magistrado, Dr. Simón Rodríguez Rodríguez, señaló:

La acción de cumplimiento está destinada a brindarle al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización del deber omitido, a través de una facultad radicada en cabeza de todos los individuos, que les permite procurar la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, acatándose de esta forma uno de los más eficaces principios del Estado de Derecho, como es el de que el mandato de ley o lo ordenado en un acto administrativo no puede dejarse a un simple deseo y tenga en cambio concreción en la realidad.

280. La ley 393 de 1997 en Colombia

280.1. El marco legal de la acción de cumplimiento en Colombia, lo aporta la ley 393 dictada el 29 de julio de 1997, que reglamenta el art. 87 de la Constitución Política.

Está última dispone que: Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

De su lado, la ley mencionada especifica:

ART. 1º. *Objeto*.—Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o Actos Administrativos.

ART. 2º. *Principios*.—Presentada la demanda, el trámite de la acción de cumplimiento se desarrollará en forma oficiosa y con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y gratuidad.

En todo caso, la interpretación del no cumplimiento, por parte del juez o tribunal que conozca del asunto, será restrictiva y sólo procederá cuando el mismo sea evidente.

ART. 3º. Competencia.—De las acciones dirigidas al cumplimiento de normas con fuerza material de ley o acto administrativo, conocerán en primera instancia los jueces administrativos con competencia en el domicilio del accionante. En segunda instancia será competente el tribunal contencioso administrativo del departamento al cual pertenezca el juzgado administrativo.

Parágrafo. Las Acciones de Cumplimiento de que conozca el Consejo de Estado, serán resueltas por la sección o subsección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la cual haga parte el Consejero a quien corresponda en reparto. Su trámite se hará a través de la correspondiente Secretaría. El reparto se efectuará por el Presidente de la Corporación, entre todos los Magistrados que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo, en forma igualitaria.

Parágrafo transitorio. Mientras entran en funcionamiento los Jueces Administrativos, la competencia en primera instancia se radicará en los tribunales Contenciosos Administrativos y la segunda en el Consejo de Estado tratándose de acciones dirigidas al cumplimiento de un acto administrativo.

ART. 4º. *Titulares de la acción.*—Cualquier persona podrá ejercer la acción de cumplimiento frente a normas con fuerza material de ley o Actos Administrativos.

También podrán ejercitar la acción de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o Actos Administrativos:

a) Los Servidores Públicos; en especial: el Procurador General de la Nación, los Procuradores Delegados, Regionales y Provinciales, el Defensor del Pueblo y sus delegados, los Personeros Municipales, el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales.

b) Las Organizaciones Sociales.

c) Las Organizaciones No Gubernamentales.

ART. 5º. *Autoridad Pública contra quien se dirige.*—La acción de cumplimiento se dirigirá contra la autoridad administrativa a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo.

Si contra quien se dirige la acción no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al juez que tramita la acción, indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará también con las autoridades respecto de las cuales se ejercita la acción hasta su terminación. En todo caso, el juez de cumplimiento deberá notificar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.

ART. 6º. *Acción de cumplimiento contra particulares.*—La acción de cumplimiento procederá contra acciones u omisiones de particulares que impliquen el incumplimiento de una norma con fuerza material de ley o Acto administrativo, cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, pero sólo para el cumplimiento de las mismas.

En el evento contemplado en este artículo, la acción de cumplimiento podrá dirigirse contra el particular o contra la autoridad competente para imponerle dicho cumplimiento al particular.

ART. 7º. *Caducidad.*—Por regla general, la acción de cumplimiento podrá ejercitarse en cualquier tiempo y la sentencia que ponga fin al proceso hará tránsito a cosa juzgada, cuando el deber omitido fuere de aquellos en los cuales la facultad de la autoridad renuente se agota con la ejecución del primer acto. Pero si el deber omitido fuere de aquellos cuyo cumplimiento pueda demandarse simultáneamente ante varias autoridades o en diferentes oportunidades en el tiempo, podrá volver a intentarse sin limitación alguna. Sin embargo será improcedente por los mismos hechos que ya hubieren sido decididos y en el ámbito de competencia de la misma autoridad.

ART. 8º. *Procedibilidad.*—La acción de cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente ley.

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable para el accionante, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho.

ART. 9º. *Improcedibilidad.*—La acción de cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela. En estos eventos, el juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo, que de no proceder el juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

Parágrafo. La acción regulada en la presente ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

ART. 10. *Contenido de la Solicitud.*—La solicitud deberá contener:

1. El nombre, identificación y lugar de residencia de la persona que instaura la acción.

2. La determinación de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo incumplido. Si la acción recae sobre acto administrativo, deberá adjuntarse copia del mismo. Tratándose de acto administrativo verbal, deberá anexarse prueba siquiera sumaria de su existencia.

3. Una narración de los hechos constitutivos del incumplimiento.

4. Determinación de la autoridad o particular incumplido.

5. Prueba de la renuencia, salvo lo contemplado en la excepción del inciso segundo del artículo 8º de la presente ley, y que consistirá en la demostración de haberle pedido directamente su cumplimiento a la autoridad respectiva.

6. Solicitud de pruebas y enunciación de las que pretendan hacer valer.

7. La manifestación, que se entiende presentada bajo gravedad del juramento, de no haber presentado otra solicitud respecto a los mismos hechos o derechos ante ninguna otra autoridad.

Parágrafo. La solicitud también podrá ser presentada en forma verbal cuando el solicitante no sepa leer ni escribir, sea menor de edad o se encuentre en situación de extrema urgencia.

ART. 11. *Trámite Preferencial.*—La tramitación de la acción de cumplimiento estará a cargo del juez, en turno riguroso, y será sustanciada con prelación, para lo cual pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo la acción de tutela.

Cuando en la localidad donde se presente la acción de cumplimiento funcionen varios despachos judiciales de la misma jerarquía y especialidad de aquél ante el cual se ejerció, la misma se someterá a reparto que se realizará el mismo día y a la mayor brevedad. Una vez realizado el reparto de la solicitud de cumplimiento se remitirá inmediatamente al funcionario competente.

Los términos son perentorios e improrrogables.

ART. 12. *Corrección de la solicitud.*—Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación de la demanda el juez de cumplimiento decidirá sobre su admisión o rechazo. Si la solicitud careciere de alguno de los requisitos señalados en el artículo 10 se prevendrá al solicitante para que la corrija en el término de dos (2) días. Si no lo hiciere dentro de este término la demanda será rechazada. En caso de que no aporte la prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad de que trata el inciso segundo del artículo 8o, salvo que se trate de la excepción allí contemplada, el rechazo procederá de plano.

Si la solicitud fuere verbal, el juez procederá a corregirla en el acto con la información adicional que le proporcione el solicitante.

ART. 13. *Contenido del auto admisorio.*—Dentro de los tres (3) días siguientes a su presentación, el juez decidirá sobre su admisión. De ser admitida, el juez ordenará su notificación personal al demandado y la entrega de una copia de la demanda y sus anexos dentro de los tres (3) días siguientes a la admisión. Si no fuere posible, el juez podrá recurrir a la comunicación telegráfica o a cualquier otro medio que garantice el derecho de defensa.

El auto también informará que la decisión será proferida dentro de los veinte (20) días siguientes a la admisión de la solicitud de cumplimiento y que tiene derecho a hacerse parte en el proceso y a allegar pruebas o solicitar su práctica, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

ART. 14. *Notificaciones.*—Las providencias se notificarán por estado que se fijará al día siguiente de proferidas y se comunicarán por vía telegráfica, salvo lo prescrito en los artículos 13 y 22.

ART. 15. *Cumplimiento Inmediato.*—En desarrollo del principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el juez que conozca de la solicitud podrá ordenar el cumplimiento del deber omitido, prescindiendo de cualquier consideración formal, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave o inminente violación de un derecho por el incumplimiento del deber contenido en la ley o acto administrativo, salvo que en el término de traslado el demandado haya hecho uso de su derecho a pedir pruebas.

ART. 16. *Recursos.*—Las providencias que se dicten en el trámite de la acción de cumplimiento, con excepción de la sentencia, carecerán de recurso alguno, salvo que se trate del auto que deniegue la práctica de pruebas, el cual admite el recurso de reposición que deberá ser interpuesto al día siguiente de la notificación por estado y resuelto a más tardar al día siguiente.

ART. 17. *Informes.*—El juez podrá requerir informes al particular o a la autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud y en el caso de actuaciones administrativas pedir el expediente o la documentación donde consten los antecedentes del asunto.

La omisión injustificada en el envío de esas pruebas al juez acarreará responsabilidad disciplinaria.

El plazo para informar será de uno (1) a cinco (5) días, y se fijará según sea la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.

Los informes se consideran rendidos bajo la gravedad del juramento.

ART. 18. *Suspensión del Trámite*.—El trámite de la acción de cumplimiento cuyo propósito sea hacer efectivo un acto administrativo, se suspenderá hasta tanto no se profiera decisión definitiva, en el evento en que en un proceso de nulidad en curso se haya decretado la suspensión provisional del acto incumplido.

ART. 19. *Terminación Anticipada*.—Si estando en curso la acción de cumplimiento, la persona contra quien se hubiere dirigido la acción desarrollaré la conducta requerida por la ley o el acto administrativo, se dará por terminado el trámite de la acción dictando auto en el que se declarará tal circunstancia y se condenará en costas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24 de esta ley.

ART. 20. *Excepción de Inconstitucionalidad*.—Cuando el incumplimiento de norma con fuerza de ley o acto administrativo sea proveniente del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, el juez de cumplimiento deberá resolver el asunto en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que el juez la aplique oficiosamente.

Parágrafo. El incumplido no podrá alegar la excepción de inconstitucionalidad sobre normas que hayan sido objeto de análisis de exequibilidad por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, según sea el caso.

ART. 21. *Contenido del Fallo*.—Concluida la etapa probatoria, si la hubiere, el juez dictará fallo, el que deberá contener:

1. La identificación del solicitante.
2. La determinación de la obligación incumplida.
3. La identificación de la autoridad de quien provenga el incumplimiento.
4. La orden a la autoridad renuente de cumplir el deber omitido.
5. Plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el fallo. En caso de que fuese necesario un término mayor, el juez lo definirá previa sustentación en la parte motiva de la sentencia.
6. Orden a la autoridad de control pertinente de adelantar la investigación del caso para efectos de responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del incumplido así lo exija.
7. Si hubiere lugar, la condena en costas.

En el evento de no prosperar las pretensiones del actor, el fallo negará la petición advirtiendo que no podrá instaurarse nueva acción con la misma finalidad, en los términos del artículo 7º de la presente ley.

ART. 22. *Notificación*.—La sentencia se notificará a las partes en la forma indicada en el Código de Procedimiento Civil para las providencias que deban ser notificadas personalmente.

ART. 23. *Alcances del fallo*.—El cumplimiento del fallo no impedirá que se proceda contra quien ejerció la acción de cumplimiento, si las acciones u omisiones en que incurrió generasen responsabilidad.

ART. 24. *Indemnización de Perjuicios*.—La acción de cumplimiento no tendrá fines indemnizatorios. Cuando del incumplimiento de la ley o de Actos Administrativos se generen perjuicios, los afectados podrán solicitar las indemnizaciones por medio de las acciones judiciales pertinentes.

El ejercicio de la acción de que trata esta ley, no revivirá en ningún caso los términos para interponer las acciones de reparación de perjuicios.

ART. 25. *Cumplimiento del fallo*.—En firme el fallo que ordena el cumplimiento del deber omitido, la autoridad renuente deberá cumplirlo sin demora.

Si no lo hiciere dentro del plazo definido en la sentencia, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasados cinco (5) días ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que éstos cumplan su sentencia. Lo anterior conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la presente ley.

De todas maneras, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que cese el incumplimiento.

ART. 26. *Impugnación del Fallo*.—Dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación, la sentencia podrá ser impugnada por el solicitante, por la autoridad renuente o por el representante de la entidad a la que éste pertenezca y por el Defensor del Pueblo.

La impugnación se concederá en el efecto suspensivo, salvo que la suspensión de cumplimiento del fallo genere un perjuicio irremediable del demandante.

ART. 27. *Trámite de la Impugnación*.—Presentada debidamente la impugnación, el juez remitirá el expediente a más tardar al día siguiente al superior jerárquico.

El juez que conozca de la impugnación estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acerbo probatorio y con el fallo. Podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas de oficio. En todo caso, proferirá el fallo dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo comunicándolo de inmediato; si lo encuentra ajustado a derecho lo confirmará.

ART. 28. *Actuación Temeraria*.—Cuando sin motivo justificado, la misma acción de cumplimiento sea presentada por la misma persona o su representante ante varios Jueces, se rechazarán o se negarán todas ellas si hubieren sido admitidas.

El abogado que promoviere la presentación de varias Acciones de Cumplimiento respecto de los mismos hechos y normas, será sancionado por la autoridad competente con la suspensión de la tarjeta profesional al menos de dos (2) años. En caso de reincidencia, la suspensión será por cinco (5) años, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias o penales a que hubiere lugar.

ART. 29. *Desacato*.—El que incumpla orden judicial proferida con base en la presente ley, incurrirá en desacato sancionable de conformidad con las normas vigentes, sin perjuicio de las sanciones [disciplinarias o] penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental; de no ser apelada se consultará con el superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres (3) días siguientes si debe revocar o no la sanción. La apelación o la consulta se hará en el efecto suspensivo.

Art. 30. Remisión. En los aspectos no contemplados en esta ley se seguirá el Código Contencioso Administrativo en lo que sea compatible con la naturaleza de las Acciones de Cumplimiento.

Art. 31. Seguimiento. La Dirección General de Políticas Jurídicas y Desarrollo Legislativo del Ministerio de Justicia y del Derecho hará el seguimiento de los efectos producidos por la aplicación de la presente ley, y rendirá un informe sobre los efectos de la misma ante las Presidencias del Senado y de la Cámara de Representantes dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a su vigencia. Igualmente, corresponde al Ministerio de Justicia y del Derecho emprender dentro de los tres (3) meses siguientes a su promulgación, una campaña de difusión y pedagogía ciudadana.

280.2. La historia de la institución fue reflejada por la Corte Constitucional en la sentencia dictada el 10 de diciembre de 1992 cuando dijo que:

[…] Con el propósito de establecer la naturaleza y contenido de la "acción de cumplimiento" se entra a averiguar todo lo considerado al respecto en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. Efectivamente y con ocasión al tema de los mecanismos de protección de los derechos, la Subcomisión Tercera de la Comisión Primera al presentar informe ante esa Comisión del aludido cuerpo constituyente, incluyó la denominada "acción de cumplimiento", encaminada a que se obligue a la autoridad encargada, la ejecución y cumplimiento de una ley o acto administrativo, cuando así lo solicite cualquier persona.

En la ponencia para segundo debate ante la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, se manifestó que "la acción de cumplimiento tiene el propósito de combatir la falta de actividad de la administración. Son frecuentes los casos en los cuales pese a existir un clarísimo deber para que las autoridades desarrollen una determinada acción de beneficio particular o colectivo, las mismas se abstienen de hacerlo. El particular afectado podría entonces acudir a esta acción para exigir el cumplimiento del deber omitido. (Gaceta Constitucional No 57).

También con ocasión del informe de ponencia ante la Comisión Primera de la referida Subcomisión, relacionado con el principio de responsabilidad de los funcionarios y responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus deberes, se discutió en la Asamblea Nacional Constituyente, que el problema legislativo que se ha visto en Colombia no es solamente porque el órgano que representa la soberanía estatal no hace, aprueba o promulga leyes, sino también por que esas leyes muchas veces no son ejecutadas.

El delegatario Jaime Arias al dirigir a la Comisión Primera un análisis del artículo de la "acción de ejecución y cumplimiento", en sesión de mayo 6 de 1991 señaló que "esta es una acción nueva que pretende darle un nuevo mecanismo a los ciudadanos para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo". Para ilustrar su consideración da como ejemplo la Reforma Administrativa de 1968 por la cual se estableció la Comisión Especial del Plan, que buscaba darle unos elementos integradores al país con respecto a las regiones y fundamentalmente que a través de ella, las regiones pudieran darle salida a sus propios problemas y así crear una dinámica y crear unos elementos que generaran su propio desarrollo y progreso. Señaló el delegatario que "esa comisión del plan terminó reemplazada finalmente por un sólo funcionario que es el Director General de Planeación, quien sin elección de ninguna naturaleza ni de más, prácticamente termino resolviendo por el país, por las regiones y por el Congreso mismo.

Trajo igualmente como ejemplo, la ley 10 de 1990. Anotó que "la ley que regula todo lo relativo a la salud, no obstante recoger unos elementos novedosos y además entregar una serie de recursos a los municipios y a los departamentos para que puedan atender esta obligación, no ha sido puesta en ejecución y hasta donde tengo mis informes, para ese caso concreto, parece ser que el señor Ministro de Hacienda, no ha permitido que esa ley se cumpla y así pasa con muchas leyes y con muchos acuerdos de los Concejos Municipales, que llegan los Señores Alcaldes y los guardan en su escritorio o demoran la sanción, otras veces, demoran su publicación y en últimas, no los ejecutan". Agrega que "tenemos que reconocer que el problema legislativo que se ha visto en Colombia no es solamente porque el legislativo no legisle, en todos sus órdenes, sino también que esa ley, esas ordenanzas, esos acuerdos, muchas veces no los ejecutan; entonces lo que queremos establecer aquí es una acción para que una vez la ley ha cumplido con todo su trámite y ha entrado en vigencia a través de su publicación, o a través del mecanismo mediante el cual la misma norma prevé cuando entra en vigencia, pues sea puesta en vigencia de verdad, y que las personas por ese interés general que les asiste, tengan un mecanismo a través del cual se pueden hacer efectivas y por eso las hemos denominado acción de ejecución y de cumplimiento.

Añade que:

lo mismo pasa también con los actos administrativos. Se ve como muchas veces las situaciones administrativas se definen y se materializan a través de los actos correspondientes, pero no se ejecutan; entonces la obra pública o el servicio público o la intervención en un caso determinado y concreto que se ha solicitado, simplemente no se ejecuta por que el funcionario no lo hace. Entonces lo que se esta pidiendo aquí es que se le dé a la comunidad un mecanismo para que se haga efectivo eso. Se produce el acto administrativo al cual nos referimos en esta acción, y el Ejecutivo simplemente no lo ejecuta, entonces aquí lo que estamos estableciendo es el mecanismo para que tenga cabal cumplimiento ese acto administrativo, que fué con los requisitos legales debidamente producidos, o la ley que siguiendo todo su trámite y encontrándose en vigencia, entre también a regular la situación de los particulares, esa es la naturaleza de la acción, esa es la finalidad y el bien que se está tutelando.

En la misma oportunidad el delegatario Juan Carlos Esguerra manifestó al respecto que:

en el Estado de Derecho uno de los postulados fundamentales es el del respeto por la ley, el de la vigencia de la ley, el del imperio de la ley. Las leyes no pueden seguir siendo diagnósticos, no pueden seguir siendo sueños, no pueden seguir siendo buenas intenciones, no pueden seguir siendo románticas declaraciones. Una ley es por definición una norma jurídica de obligatorio cumplimiento, entonces, lo que estamos haciendo aquí es expresar eso, porque no podemos seguir construyendo carreteras a base de decir que se ordenan carreteras. Lo que habrá que hacer es lo que se hizo en materia contractual, por ejemplo sobre la base de decir, es que no puede celebrarse un contrato para el cual no exista ya una reserva presupuestaria; lo mismo habrá de hacerse en relación con las leyes. Pero siquiera permitir la posibilidad, para mi inimaginable de que la ley pueda seguir siendo algo que el Congreso decreta, pero que el gobierno se reserva el derecho de cum-

plir o no cumplir, según considere que es conveniente, oportuno o financieramente viable, me parece absolutamente inaceptable.

Por otra parte y con el fin de establecer la autoridad ante quien se puede ejercer este aludido mecanismo de protección de los derechos, el examen se remite a las ponencias que llevaron finalmente a determinar que ese artículo hiciese parte de la nueva Constitución:

No obstante que el informe de ponencia de la Subcomisión III ante la Comisión I, la cual estaba encargada de tratar el punto relativo a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos, por injerencia ante todo del constituyente Juán Carlos Esguerra Portocarrero, insinuó en un comienzo a "la jurisdicción contenciosa administrativa", como la institución revestida de facultad o magistratura para ordenar la ejecución o el cumplimiento de las normas o disposiciones, a través de la acción de cumplimiento, el artículo aprobado por la Comisión, no le dió directamente esa potestad, sino que señaló simplemente que ello correspondía a la "jurisdicción respectiva" (Gaceta Constitucional No 52).

De igual forma, en la Gaceta Constitucional No. 136, obra acta de sesión plenaria del 14 de junio de 1991, en la cual la acción de cumplimiento se aprobó con el siguiente texto: "Toda persona podrá acudir ante la jurisdicción respectiva para hacer efectiva la aplicación de un derecho o la aplicación y el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido" (resalta la Sala).

Posteriormente, en sesión plenaria del 29 de junio de 1992 y sin que se halle exposición de motivos al respecto, se presentó una propuesta sustitutiva que finalmente sería el texto aprobado. La norma dice: "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenara a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido".

De los antecedentes habidos en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente alrededor de la acción de cumplimiento, sí se evidencia la voluntad del Constituyente de instituir esta acción como expediente efectivo para hacer cumplir las leyes o los actos administrativos, a cargo de autoridades judiciales.

Mas queda por dilucidar, en primer lugar, cómo se distribuyen los asuntos de que se ocupa la acción de cumplimiento entre los órganos judiciales de la Nación y a cuáles de éstos, y mediante qué procedimiento, labor que habrá de emprender el Legislador como se expresará a continuación.

280.3. Desde sus comienzos, este proceso fue visto por la Corte Constitucional de Colombia, con el objeto y finalidad de darle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter.

De esta manera, se concluye, que la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tiendan a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económicos justos.[422]

280.4. Para Carolina Rodríguez:

> [...] el objeto de esta acción consiste en que el juez en la sentencia haga efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, mediante la orden a la autoridad renuente para que cumpla el deber omitido. La ley se caracteriza por ser general, impersonal, abstracta, coercible y obligatoria, generalmente para los habitantes o administrados. Sin embargo, en oportunidades imponen obligaciones a cargo de las autoridades públicas y en algunos casos simultáneamente para éstas y aquellos. Cuando el artículo 87 de la Constitución se refiere a la ley, en ella quedan comprendidos los decretos con fuerza de ley que expide el Gobierno Nacional, como los decretos extraordinarios que se dictan con base en las facultades extraordinarias que le confiere el Congreso, con fundamento en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución; los decretos sobre el plan de desarrollo (artículo 341) y los decretos legislativos que se dictan en los Estados de excepción, por guerra exterior (artículo 212), por conmoción interna (artículo 213) y en estado de emergencia económica, social y ecológica (artículo 215).

Con relación al *acto administrativo,* sostiene que:

> [...] tradicionalmente se considera una declaración unilateral de la voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos con respecto a los administrados. Por lo general, los actos administrativos imponen obligaciones a los particulares y si no los cumplen, la Administración en desarrollo de su ejecutoriedad obtiene su cumplimiento.
>
> Sin embargo, existen actos administrativos que obligan exclusivamente a la misma Administración que los expide. Por ejemplo, los decretos sin fuerza de ley que expide el Gobierno, tales como, los decretos reglamentarios de las leyes (artículo 189, numeral 11), los decretos de nombramientos de ministros, directores de los departamentos administrativos, presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales (artículo 189, numerales 1 y 13).[423]

280.5. Hay numerosas situaciones que ponderan la posibilidad expansiva que tiene esta acción, las que siempre deben ser consideradas en orden a las circunstancias que se alegan, porque de otro modo, lo que puede ser simplemente descuido o negligencia que se puede remediar con pedidos especiales de pronto despacho (amparo por mora en el derecho argentino), se convierten en denuncias de incumplimiento que, en realidad, no son tales.

Por ejemplo, exigir que se cumpla con la ley o el acto administrativo, supone fundar la omisión, y si quien responde alega que el cúmulo de trabajo que está bajo su responsabilidad le impide dar cobertura suficiente al derecho de petición, o plas-

---

[422] Sentencia C-157/1998

[423] RODRÍGUEZ RUIZ, María Carolina, *La acción de cumplimiento en Colombia y Perú,* ponencia presentada en el Curso Superior "Constitución y Derechos Humanos", organizado por la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, Perú, en noviembre de 1998.

mar atinadamente con todas las tareas a ella encomendadas, no se puede deducir que la negligencia sea incumplimiento, mucho menos si existe reglamentación del trámite y solo se trata de tiempos incumplidos.

En suma, en la acción de cumplimiento no es posible discutir derechos, sino hacer respetar los ya existentes y ejecutar las normas que los reconocen, sin que pueda pretenderse que el juez que conoce de una acción de cumplimiento la convierta en acción contenciosa y entre a debatir y establecer el derecho del accionante.

280.6. Queda clara así la diferencia con la inconstitucionalidad por omisión, donde el análisis causal es otro. El juez de cumplimiento no resuelve si la norma o el acto en cuestión son constitucionales o inconstitucionales, y su dictado no afecta la obligatoriedad ni el vigor jurídico general de aquéllos. Solamente establece, para el caso específico, si en el ámbito circunscrito a él se ofrece, *prima facie,* una abierta e incontrovertible oposición entre normas, que justifique la inaplicación a la que procedió el funcionario acusado.

Si no ha habido una definición *erga omnes* por el tribunal competente (la Corte Constitucional o el Consejo de Estado) y el juez no encuentra fundada la inaplicación como consecuencia de la excepción de inconstitucionalidad, habrá de declarar que el incumplimiento se configuró y deberá impartir la orden que haga efectivo el mandato inobservado, con efectos exclusivos en ese caso y sin que su sentencia sustituya las providencias que hayan de proferir aquellos tribunales en ejercicio de sus respectivas competencias.

Esa resolución, inclusive, produce después una sentencia *erga omnes* en sentido contrario, ésta prevalece y la ejecutabilidad de la disposición por ser constitucional, bien podría hacia el futuro intentarse de nuevo la acción de cumplimiento sin que el funcionario encargado de aplicar la norma pudiese ya escudarse en la excepción de inconstitucionalidad para justificar su abstención.

281. Admisión y procedencia

281.1. La ley reglamentaria es clara en el sentido de acotar el marco de procedencia de la acción de cumplimiento a las leyes y/o actos administrativos, pero al mismo tiempo, delimita con ella la posibilidad de pedir otra cosa que no sea el mero cumplimiento.

De allí que no proceda el reconocimiento de derechos particulares, pues el juez de esa acción sólo está facultado para ordenar que se obedezca una norma o acto administrativo, sin que ello implique que pueda ordenar a la administración que tome concretas determinaciones en relación con los particulares, porque eso es asunto de sus propias competencias.

Son claras las disposiciones constitucionales y legales en precisar que el fin de la acción de cumplimiento, como su nombre lo indica, es de hacer cumplir el ordenamiento jurídico existente, por parte de las autoridades competentes, para hacer efectivo el Estado social de Derecho; pero es claro, también, que en ese ordenamien-

to jurídico debe estar claramente establecida la obligación que se pretende hacer cumplir. Lo que indica que a través de la acción de cumplimiento no es posible discutir derechos, sino hacer respetar los ya existentes y que se cumplan las normas que los reconocen.

281.2. No se puede convertir a la acción de cumplimiento en una demanda contenciosa y entrar a discutir y establecer el derecho del accionante. La acción de cumplimiento, esta prevista, precisamente, para ordenar el cumplimiento de una norma o acto administrativo que contenga una obligación ciara y precisa, cuyo incumplimiento implique el desconocimiento de un derecho que no se discute.

Siendo así, se puede afirmar que la acción constitucional no puede exigir el cumplimiento de normas constitucionales, pues el propio Constituyente la diseñó para exigir la efectividad de normas de inferior jerarquía.

Por tanto, es requisito indispensable para la procedencia de la acción, que la norma o el acto administrativo cuyo cumplimiento se persigue, contenga una obligación o deber claro, expreso y exigible respecto de la autoridad y que no se trate de un precepto de carácter general o contentivo de una facultad discrecional, y respecto del cual se haya constituido la renuencia con arreglo al artículo 8º de la ley 393 de 1997.

281.3. Tampoco procede cuando se persigue el cumplimiento de normas que establezcan gastos. Sin embargo, la Corte, en sentencia C-157 del 29 de abril de 1998, expresó:

> Las órdenes de gasto contenidas en las leyes, por sí mismas no generan constitucionalmente a cargo del Congreso o de la administración correlativos deberes de gasto. No puede, en consecuencia, extenderse a ésta componente de las normas legales, la acción de cumplimiento. La aprobación legislativa de un gasto es condición necesaria, pero no suficiente para llevarlo a cabo. En efecto, no puede hacerse erogación alguna con cargo al tesoro que no se halle incluida en la ley de presupuesto. Igualmente, corresponde al gobierno decidir libremente qué gastos ordenados por las leyes se incluyen en el respectivo proyecto de presupuesto (C. P. art. 346).

En consecuencia, el marco de la acción de cumplimiento no supone facultar al juez para que el gasto previsto en una ley se incorpore en la ley de presupuesto o que la partida que en ésta se contempla se ejecute, porque tal potestad jurisdiccional significaría quebrantar el sistema presupuestal diseñado por el constituyente, lo mismo que el orden de competencias y procedimientos que lo sustentan.

> De conformidad con la jurisprudencia constitucional, por ejemplo si en una ley se decretara un gasto destinado a la construcción de una obra pública, mientras no se haya efectuado la respectiva apropiación de los recursos, sería improcedente el ejercicio de la acción de cumplimiento para exigir de la autoridad competente el cumplimiento del deber consagrado en dicha ley, es decir, que se ordene el gasto.[424]

---

[424] RODRÍGUEZ RUIZ, María Carolina, *La acción de cumplimiento en Colombia y Perú,* ponencia presentada en el Curso Superior "Constitución y Derechos Humanos", organizado por la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, Perú, en noviembre de 1998.

Esta es la condición más cuestionada porque permite ampliar negativamente la posibilidad jurídica del "*mandamus*". La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta norma, dejando moribunda la acción de cumplimiento, con la interpretación de que las normas relativas a gastos no son obligatorias.

En la sentencia dijo: "Las órdenes de gasto contenidas en las leyes, por sí mismas, no generan constitucionalmente a cargo del Congreso o de la administración, correlativos deberes de gasto. No puede, en consecuencia, extenderse a este componente de las normas legales, la acción de cumplimiento. La aprobación legislativa de un gasto es condición necesaria, pero no suficiente para poder llevarlo a cabo. En efecto, según el artículo 345 de la Constitución Política, no puede hacerse erogación alguna con cargo al tesoro que no se halle incluida en la ley de presupuesto. Igualmente, corresponde al gobierno decidir libremente qué gastos ordenados por las leyes se incluyen en el respectivo proyecto de presupuesto (C.P. artículo 346). Finalmente, las partidas incorporadas en la ley anual del presupuesto, no corresponden a gastos que "inevitablemente" deban efectuarse por la administración, puesto que su carácter es el de constituir autorizaciones máximas de gasto. El artículo 347 de la Carta Política, en punto a las apropiaciones del presupuesto precisa que en ellas se contiene "la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva". De ninguna manera se deriva de la Constitución el deber o la obligación de gastar, aún respecto de las apropiaciones presupuestales aprobadas por el congreso". Concluye la Corte que una interpretación contraria quebrantaría "el sistema presupuestas diseñado por el constituyente, lo mismo que el orden de competencias y procedimientos que lo sustentan".[425]

281.4. La restricción a la acción de cumplimiento se aumenta cuando el mismo derecho encuentra protección a través de la acción de tutela. En el supuesto, no corresponde decretar la inhibición ni el rechazo in limine de la pretensión sino acor-

---

[425] Sentencia C-157 de abril 29 de 1998. M.P.: Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

También se considera que la interpretación del parágrafo del art. 9º. de la ley 393 de 1997 debe hacerse de manera restrictiva, pues de lo contrario la acción resultaría inocua, dado que en términos generales la aplicación de toda norma representa un gasto. El contenido de la disposición debe limitarse estrictamente a la imposibilidad de perseguir el cumplimiento de normas que establezcan la realización de una nueva erogación sin a que a su vez se haya asignado la partida correspondiente en el presupuesto de rentas y gastos de las entidades públicas, pero no debe hacerse extensiva a los eventos en los cuales lo que se pretenda sea el respeto de derechos o garantías reconocidos en forma abstracta en una norma que la administración cumple en forma parcial, aunque del acatamiento de la misma se derive la realización de un gasto. Es el caso de las obligaciones de carácter laboral en relación con las cuales las entidades deben prever en los presupuestos anuales las partidas para al estricto cumplimiento en los términos de las disposiciones respectivas, sólo que en este evento no estaban previstas en su integridad como lo ordena la ley. La acción que aquí se adelanta resulta procedente, pues en ella lo que se ordena es el respeto de un derecho prestacional que no puede ser atendido en cuantía inferior a la establecida en la ley, aunque en el fondo el cumplimiento de la prestación signifique la realización de una erogación. De conformidad con lo establecido en el art. 24 de la ley 393 de 1997 "la acción de cumplimiento no tendrá fines indemnizatorios". Por tanto, el actor deberá iniciar las acciones judiciales pertinentes con el objeto de reclamar los perjuicios que le hubiere causado la entidad con la renuencia a cumplir la norma referida.

dar el trámite pertinente y sustanciar la causa con el molde de dicho proceso constitucional.

A *contrario sensu*, si se promueve una acción de tutela siendo pertinente la acción de cumplimiento, cabe la misma reconducción dispuesta en el auto de proveimiento inicial.

281.5. Otra causal de inadmisión es que exista otro medio de defensa judicial para hacer efectivo el cumplimiento del acto administrativo, salvo que con el incumplimiento se ocasione un perjuicio grave e inminente para el accionante.

La doctrina sostiene que la acción de cumplimiento tiene por objeto concreto hacerle frente a las omisiones o inactividades de las autoridades públicas, respecto de toda actividad impuesta en normas con fuerza material de ley o acto administrativo, *ejecutivos*. En realidad no debería requerirse de un acción como la de cumplimiento si se piensa que la ley y el acto administrativo implican, *per se* la idea de un mandato de carácter obligatorio. La característica esencial de la ley y del acto administrativo es la de ser imperativos por sí mismos y, por ende, de forzosa ejecución y cumplimiento. Así pues, si la finalidad de esta acción es el cumplimiento de la norma, entonces se trata de una *pretensión de ejecución* y no de conocimiento, por lo que la norma que se solicita cumplir debe ser de tal naturaleza que el juez no tenga que establecer si se configura el derecho o deber de cumplimiento, lo que en palabras del Consejo de Estado lleva a predicar de tales actos las mismas características del título ejecutivo, esto es, ser claro, expreso y exigible; y ello por razón de que a través de la acción de cumplimiento no es posible discutir derechos sino hacer respetar los ya existentes. Lo cual implica entonces, que pueden existir incumplimientos imputables a las autoridades que no estarían sujetos al control judicial especial de la acción de cumplimiento, por tener muy poco valor vinculante, aspecto éste que, en todo caso, no se desprende del texto constitucional.[426]

El Consejo de Estado, ha creado por vía pretoriana una serie de subreglas sobre la procedencia de la acción de cumplimiento, que resumimos así:

- Procede para que las empresas de servicios públicos de naturaleza privada acaten normas de control fiscal.
- Procede para hacer cumplir los acuerdos entre la administración y los administrados, sin importar la manera como se halyan calificado tales actos. Por ello debe atenderse el contenido de la manifestación de la voluntad de la administración y no a la denominación que se les haya dado.
- Procede para hacer efectivas convenciones colectivas de trabajo, ya consideradas como actos bilaterales, ora como verdaderas leyes en sentido formal.
- Procede para hacer cumplir actos policivos que ordenan el cierre de un establecimiento de comercio.

---

[426] VERGARA MESA, Hernán Darío, "Los condicionantes de la acción de cumplimiento", *Estudios de Derecho*, Vol. LXIV, Nº 143, junio 2007, p. 242.; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

- Procede para hacer cumplir actos policivos tendientes a recuperar el espacio público.
- Procede para hacer efectivo el acto administrativo que ordena el traslado de docentes amenazados.
- Procede para obligar a la administración a dar cumplimiento al acto administrativo que adjudique un contrato u otorgue una concesión, y concretamente para que celebre el contrato respectivo (obligación de hacer).[427]

La acción no encuentra tropiezos cuando se pide respecto a normas o actos administrativos de alcance general, en cambio, cuando no se trata de ellos sino de actos subjetivos o concretos, la jurisprudencia ha admitido que, con miras a lograr su efectividad, el legislador está facultado para señalar otros mecanismos judiciales diferentes a la acción de cumplimiento. Es decir, en este caso no es inconstitucional que se prevean mecanismos diferentes a la referida acción, a los cuales pueda acudir la persona interesada en su cumplimiento.

Sobre el particular ha afirmado:

> Por el contrario, cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Por ello se justifica constitucionalmente, por considerarse razonable y no afectar el contenido esencial de la norma del artículo 87 constitucional, la previsión del legislador, en el sentido de que en tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios que también éste ha instituido para lograr el cumplimiento de tales actos, porque dentro de la autonomía discrecional de que goza para la configuración de la norma jurídica, no resulta contrario al referido mandato constitucional que el precepto acusado permita la existencia de mecanismos alternativos para el cumplimiento de esta clase de actos, salvo cuando de no asegurarse la efectiva ejecución del acto particular y concreto se pueda derivar para el interesado "un perjuicio grave e inminente". En otros términos, no es inconstitucional que el Legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo.[428]

281.6. Finalmente, no prosigue la acción cuando mediante ella se procuran obtener indemnización de perjuicios. La obstrucción deviene porque la naturaleza de la acción de cumplimiento la aleja de aquellas que se revisten de un carácter declarativo de derechos. Lo que el constituyente quiso fue establecer un mecanismo para hacer efectivos mandatos o derechos expresamente consagrados en la ley o en el acto administrativo anterior, sobre los cuales no existe discusión o incertidumbre.

---

[427] OLANO GARCÍA, Hernán, "La nueva acción de cumplimiento en Perú y su comparación con la colombiana", *Revista International Law*, 15, 2005, p. 542.

[428] Sentencia D-2066/2000 31 de Mayo 2000. Corte Constitucional.

El pago de indemnizaciones de perjuicios puede ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa cuando una operación material de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones públicas ha causado un daño antijurídico a un tercero (acción de reparación directa), o cuando un acto administrativo nulo genera un daño de la misma índole (acción de nulidad y restablecimiento del derecho), o cuando se demanda el incumplimiento de un contrato estatal y la responsabilidad consecuencial. En todos estos casos de responsabilidad patrimonial del Estado, por regla general es menester demostrar en juicio la acción u omisión de la autoridad pública, el daño antijurídico, y el nexo de causalidad material entre uno y otro. Para esos efectos el legislador ha diseñado mecanismos procesales adecuados que permiten un debate probatorio y jurídico amplio.

En la acción de cumplimiento, no estando de por medio la declaración de la responsabilidad por un daño antijurídico, sino el efectivo cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, no se hace necesario estructurar mecanismos procesales iguales a los que deben surtirse para la declaración de la responsabilidad estatal.

> Desde este punto de vista, el argumento del actor según el cual la prohibición de demandar la indemnización de perjuicios mediante la acción de cumplimiento significa un desconocimiento de los principios constitucionales de celeridad y eficacia, carece de fundamento. En efecto, si lo que el constituyente busca es lograr el cumplimiento de la ley o del acto administrativo, el legislador asegura de mejor manera este propósito diseñando para el trámite de la acción de cumplimiento un procedimiento breve y *ad hoc*, que excluya la posibilidad de que dentro de él se surta un debate encaminado a la declaración de derechos, como es el propio de un juicio de responsabilidad contractual o extracontractual. Si tan posibilidad se abriera, el juicio sería más dilatado, y el efectivo cumplimiento de la ley o el acto administrativo quedaría, entre tanto, en entre dicho.[429]

En la acción de cumplimiento, no estando de por medio la declaración de la responsabilidad por un daño antijurídico, sino el efectivo cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, no se hace necesario estructurar mecanismos procesales iguales a los que deben surtirse para la declaración de la responsabilidad estatal. Desde este punto de vista, la prohibición de demandar la indemnización de perjuicios mediante la acción de cumplimiento no significa un desconocimiento de los principios constitucionales de celeridad y eficacia.

En efecto, si lo que el constituyente busca es lograr el cumplimiento de la ley o del acto administrativo, el legislador asegura de mejor manera este propósito diseñando para el trámite de la acción de cumplimiento un procedimiento breve y *ad hoc*, que excluya la posibilidad de que dentro de él se surta un debate encaminado a la declaración de derechos, como es el propio de un juicio de responsabilidad contractual o extracontractual. Si tan posibilidad se abriera, el juicio sería más dilatado, y el efectivo cumplimiento de la ley o el acto administrativo quedaría, entre tanto, en entre dicho.

---

[429] Sentencia C-638/2000 Corte Constitucional.

Tampoco la Constitución radica en la acción cumplimiento fines indemnizatorios, lo que en su caso, estaría dentro de lo que indica el artículo 89 de la Carta, aparte de aquellas acciones de rango constitucional como son la de inexequibilidad, la de tutela, la de cumplimiento y las acciones populares, "la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas".

282. Caducidad de la acción

282.1. El artículo 7º de la ley 393/97 no establece plazos para demandar el cumplimiento, dejando como regla general que se ejercite en cualquier tiempo, siempre y cuando se trate, obviamente, de normativa vigente.

La diferencia aparece con el sujeto pasivo, porque si la omisión se satisface con la ejecución de un solo acto, al tránsito de la sentencia hacia la cosa juzgada es inmediato. En cambio, si la acción se puede plantear ante varias autoridades o en diferentes oportunidades en el tiempo, la acción no perime ni se cumple sino en tantas ocasiones como repeticiones se necesiten para alcanzar el objeto.

Sin embargo será improcedente por los mismos hechos que ya hubieren sido decididos y en el ámbito de competencia de la misma autoridad.

282.2. También carecería de sentido y lógica hacer revivir obligaciones y deberes estatales extinguidos, como sucedería también con actos administrativos que, al cabo de cinco (5) años de haber sido expedidos sin que hayan sido ejecutados, han perdido su fuerza ejecutoria.[430]

282.3. Si estando en curso una *acción de cumplimiento* y, antes de dictar sentencia el demandado desarrolla la conducta requerida por la ley o el acto administrativo, el juez dictará un auto señalando esa circunstancia, condenando al accionado en costas e incluso al pago de indemnización de perjuicios.

Esta es una medida fuerte, ya que no habría favorabilidad ni beneficios para poder cumplir anticipadamente y hacer valer el principio de economía procesal.[431]

En resumen, la Ley 393 de 1997 señala dos eventos respecto de los cuales opera la condena en costas: *a)* Cuando dentro del proceso se advierte el incumplimiento del deber omitido por parte de la administración, y en virtud de ello en la sentencia se efectúa la condena (artículo 21,7); *b)* cuando estando en curso la *acción de cumplimiento*, la administración desarrolla la conducta requerida por la ley o por el acto administrativo, configurándose el supuesto para que se decrete, mediante auto, la

---

[430] RODRÍGUEZ RUIZ, María Carolina, *La acción de cumplimiento en Colombia y Perú,* ponencia presentada en el Curso Superior "Constitución y Derechos Humanos", organizado por la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, Perú, en noviembre de 1998.

[431] OLANO GARCÍA, Hernán, "La nueva acción de cumplimiento en Perú y su comparación con la colombiana", *Revista International Law*, 15, 2005, p. 549.

terminación anticipada del proceso. En esa providencia se condena en costas al accionado (art. 19).

283. Las cuestiones de legitimación

283.1. La amplitud que trae la reglamentación al permitir a cualquier persona interponer la acción de cumplimiento, supone abrir la legitimación a personas físicas y jurídicas sin importar la situación jurídica subjetiva que ostentes. De allí que también los servidores públicos tengan iguales derechos.

Por cualquier persona, se entiende toda persona natural y jurídica (tanto la de Derecho Público, como la de Derecho Privado), que puede ejercer la acción de cumplimiento sin necesidad de acreditar un interés jurídico particular y aún sin alegar que un derecho, del cual es titular, le fue vulnerado por la renuencia de la autoridad a cumplir con un deber originado en una ley o un acto administrativo de carácter obligatorio y exigible. Sin embargo, la ley 393 de 1997 prevé, excepcionalmente, ciertos casos en los que el actor debe acreditar un interés jurídico, particular y concreto para actuar.[432]

En este sentido tienen derecho de acción el Procurador General de la Nación, los Procuradores delegados, regionales y provinciales, el Defensor del Pueblo y sus delegados, los Personeros Municipales, el Contralor General de la República, y los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales. También lo tienen las organizaciones sociales y las organizaciones no gubernamentales.

283.2. La apertura a cualquier persona supone casi una acción pública de alcance a normas o actos administrativos cuyo cumplimiento sea de interés general, situación que difiere cuando el objeto procesal se busca con el fin de reparar un interés individual o un mero derecho subjetivo.

> El Tribunal administrativo de Boyacá explica con claridad (Sentencia 1 de abril de 2003) que, con la consagración de la acción de cumplimiento en el artículo 87 de la Constitución, se reconoció a todas las personas, a cualquiera de ellas, "en cuanto titular de potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción, demandados en razón de los intereses públicos o sociales", el derecho de acceder a la jurisdicción, para que el juez obligue a la autoridad respectiva a cumplir las obligaciones que le ha impuesto una ley o un acto administrativo. Se debe tener presente que el constituyente ideó este mecanismo judicial, teniendo en cuenta que el respeto a la ley, su vigencia e imperio son algunos de los postulados fundamentales del Estado de Derecho, puesto que se trata de una norma jurídica que no puede reducirse a "algo que el Congreso decreta, pero que el gobierno se reserva el derecho de cumplir o no cumplir, según considere que es conveniente oportuno o financieramente viable". Ello, por supuesto, res-

[432] RODRÍGUEZ RUIZ, María Carolina, *La acción de cumplimiento en Colombia y Perú,* ponencia presentada en el Curso Superior "Constitución y Derechos Humanos", organizado por la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, Perú, en noviembre de 1998.

ponde a la realización del principio de legalidad que, por una parte, "introduce una limitación a la actividad de la administración, en el sentido de que ella no puede hacer todo cuanto quiera y como quiera sino de acuerdo con las prescripciones del ordenamiento jurídico", y por otra, supone el derecho de todos a que se garantice la interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público.

La ley 393 de 1997 señala como requisitos para la procedencia de la acción de cumplimiento, que el deber jurídico cuyo cumplimiento se exige por medio de la acción, esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos, de una manera tal que sea imperativo, inobjetable y exigible a la autoridad de la cual se está reclamando su ejecución; que la administración haya sido y continúe siendo renuente a cumplir, que tal renuencia sea probada por el demandante de la manera como lo exige la ley, y que, tratándose de actos administrativos de carácter particular, el afectado no tenga ni haya tenido otro instrumento judicial para lograr su cumplimiento, salvo en el caso en que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción.

283.3. En suma, por regla general, todas las personas tienen el derecho a acudir ante el juez competente con el fin de hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos; sin embargo, cuando se solicita el cumplimiento de un acto de carácter particular, debe ser el titular del derecho lesionado o el interesado quien interponga la acción. Esta interpretación se explica si se tiene en cuenta que el cumplimiento de los actos administrativos de carácter particular, interesa directamente al particular afectado, razón por la cual debe ser él mismo quien lo reclame.

En relación con este tema la Asamblea Nacional Constituyente expresó que:

[…] la acción de cumplimiento tiene el propósito de combatir la falta de actividad de la administración. Son frecuentes los casos en los cuales pese a existir un clarísimo deber para que las autoridades desarrollen una determinada acción de beneficio particular o colectivo, las mismas se abstienen de hacerlo. El particular afectado podría entonces acudir a esta acción para exigir el cumplimiento del deber omitido.[433]

Adicionalmente, dijo el Consejo de Estado que:

[…] si lo anterior es particularmente cierto, también lo es que el tema de la titularidad de la acción por regla general no puede escindirse de las materias que le son propias con arreglo a la Constitución y a la ley, tal como ocurre en el caso de autos, donde los efectos de una eventual sentencia favorable involucrarían situaciones de carácter subjetivo, particular y concreto amparadas constitucionalmente en punto al derecho al trabajo, que por lo mismo no podrían quedar al arbitrio exclusivo de quien quiera demandarlas apoyado solamente en el respeto debido a la ley, esto es, sin ostentar la legitimación en la causa por activa que el caso amerita. Y es que la titularidad de la acción de cumplimiento, como cualquiera otra, no puede mirarse in abstracto, vale decir, desligada de su entorno jurídico y sus efectos, ya que si bien ella es propia de nuestro Estado Social de Derecho, su ejercicio no debe chocar con las formas ni con los hitos finalísticos que cada proceso prevé

[433] Ponencia para Segundo Debate ante la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, No. 57.

> justamente en defensa del derecho sustancial. Hay que reconocerlo, la prevalencia del derecho sustancial en modo alguno significa un plano desdibujamiento de la ritualidad, por el contrario, implica en mucho un fortalecimiento jurídico y fáctico procesalmente garantizador de los derechos, libertades y deberes de los asociados, sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones predicables de las autoridades públicas y de los particulares.[434]

De lo anterior se deduce que cualquier persona, sin acreditar interés para demandar puede reclamar que se haga efectivo el cumplimiento de una norma de carácter general, pero cuando lo que se pretende hacer efectivo es el cumplimiento de una ley en sentido formal o un acto administrativo de carácter particular ante la Administración, se hace necesario que sea el titular del derecho lesionado.

No sobra señalar que la Corte Constitucional ha concluido que resultan constitucionales las diferencias que se establecen, en el caso de la acción de cumplimiento, cuando se trata de un acto de contenido particular. En efecto, al estudiar la constitucionalidad del artículo 9° de la ley 393 de 1998, expresó:

> Por el contrario, cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Por ello se justifica constitucionalmente, por considerarse razonable y no afectar el contenido esencial de la norma del artículo 87 constitucional, la previsión del legislador, en el sentido de que en tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios que también éste ha instituido para lograr el cumplimiento de tales actos, porque dentro de la autonomía discrecional de que goza para la configuración de la norma jurídica, no resulta contrario al referido mandato constitucional que el precepto acusado permita la existencia de mecanismos alternativos para el cumplimiento de esta clase de actos, salvo cuando de no asegurarse la efectiva ejecución del acto particular y concreto se pueda derivar para el interesado "un perjuicio grave e inminente". En otros términos, no es inconstitucional que el Legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo.[435]

283.4. El sujeto pasivo de la acción de cumplimiento le corresponde a la autoridad que deba cumplir con la ley o el acto. En efecto, como el procede confronta contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir el inminente incumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos; para constituir y demostrar la renuencia es necesario que se haya requerido la satisfacción del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud.

---

[434] Consejo de Estado, Sección Segunda ACU 343 de 1998.

[435] Corte Constitucional, Sentencia C-193 de 1998.

Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable para el accionante, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

De lo anterior se advierte que, antes de entablar la demanda formal y traer a juicio al sujeto pasivo que se quiere emplazar, es necesario que se deduzca una queja ante la autoridad competente y no contra subalternos o delegados que no tienen poder de decisión para ejecutar lo que se pide.

Por lo tanto, la acción de cumplimiento es subsidiaria o residual, ya que sólo procede ante la ausencia de otros mecanismos ordinarios de defensa judicial, según la apreciación que en cuanto a su eficacia haga el juez en el caso concreto.

284. Competencia

284.1. La distribución de competencias se reparte en dos instancias. En la primera conocerán los jueces administrativos con jurisdicción en el domicilio del accionante. Mientras estos jueces entran en funcionamiento, la competencia en primera instancia será de los tribunales Contencioso Administrativos. En segunda instancia, en cambio, interviene el tribunal administrativo del Departamento al cual pertenezca el juzgado administrativo de primera instancia. Mientras entran en funcionamiento los jueces administrativos, el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las acciones de cumplimiento.[436]

284.2. Cuando se trata de demandas que promueven la aplicación de derechos provenientes de tratados o convenios internacionales, no varía la asignación de competencia, pues si el Estado deja de cumplir con lo pactado, y aunque con ello cause un perjuicio a terceros, la situación no cambia y debe intervenir en la acción de incumplimiento, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Solo podría variar si el tratado debiera tener una sentencia interpretativa como las que deriva del Acuerdo de Cartagena, que deja en el Tribunal Superior de Justicia esa jurisdicción; más cuando se persigue la ejecución es otra cosa, y por ello se debe aplicar el artículo 87, constitucional, que consagró —para así darle cumplimiento a compromisos o tratados internacionales— la acción judicial que nos ocupa.

285. Requisitos de la demanda

285.1. La demanda se puede expresar por escrito, o en forma verbal cuando el solicitante no sepa leer ni escribir; sea menor de edad o se encuentre en situación de extrema urgencia.

La aclaración es válida para corresponder la informalidad con el alto grado de apertura a la legitimación para obrar, que en consecuencia, excede la que se reglamenta en cabeza de los Servidores Públicos y de cualquier otra persona.

---

[436] RODRÍGUEZ RUIZ, María Carolina, *La acción de cumplimiento en Colombia y Perú,* ponencia presentada en el Curso Superior "Constitución y Derechos Humanos", organizado por la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, Perú, en noviembre de 1998.

Sea verbal o escrita, en la demanda se debe identificar con nombre y lugar de residencia la persona (autoridad pública o privada) contra quien se dirige la acción.

Sin embargo, cuando el incumplimiento es de la autoridad, *lato sensu,* la acción de cumplimiento tiene como destinatario o sujeto pasivo procesal, a quien es renuente en aplicar la ley o el acto administrativo; de manera que, una interpretación armónica de las disposiciones antes mencionadas conduce a afirmar que la demanda procede de modo general contra cualquier autoridad que incumpla sin que importe la rama del poder público a la cual pertenezca, y sin que pueda limitarse su ejercicio respecto de aquellas que tengan la calidad de administrativas.

285.2. De inmediato se debe indicar la norma con fuerza material de ley o el acto administrativo incumplido, en cuyo caso se debe adjuntar copia del mismo. Si éste fuera verbal, deberá probarse sumariamente la existencia.

El requisito es representativo. Se trata de acreditar la existencia del acto antes que el incumplimiento. Por eso es prueba documental la que se arrima como una forma de justificar que la ley está vigente, o que el acto fue dictado.

Puede ocurrir que el acto no sea de incumplimiento estricto sino de aplicación incorrecta, en cuyo caso, también se deben probar con documentos los actos o normas en contradicción.

> El incumplimiento por acción se presenta cuando la autoridad expide actos o ejecuta hechos de los cuales se puede deducir dicho incumplimiento; por ejemplo, la ley 383 de 1997, "por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando y se dictan otras disposiciones", restableció el delito de contrabando (art. 15). Sin embargo, consagró una eximente de responsabilidad para los comerciantes minoristas, consistentes en que si dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la ley, presentan ante la DIAN de su jurisdicción, una relación de las mercancías respecto de las cuales no se puede acreditar su legal introducción o permanencia en el territorio nacional y que a más tardar dentro de los cuatro meses siguientes a la entrada en vigencia de la ley, legalicen tales mercancías (art. 16). Supongamos —dice Rey Cantor— que dentro de los dos primeros meses la DIAN ordena y ejecuta el decomiso de mercancías de un comerciante. En este caso la autoridad está incumpliendo por acción la ley, por cuanto aún no se ha vencido el término de los dos meses a favor de los comerciantes.[437]

285.3. La narración de los hechos constitutivos del incumplimiento, es el paso siguiente.

Se trata de la fundamentación, y tal como se encuentra diseñada en nuestros ordenamientos rituales, la demanda, además, de ser un acto constitutivo de la relación procesal, expone la pretensión que presenta el objeto del proceso. Por esta razón, el fundamento genera un estudio particular que ingresa en los requisitos para articular una pretensión válida.

---

[437] Rey Cantor, Ernesto, Rodríguez, María Carolina, *Acción de incumplimiento y derechos humanos,* Temis, Bogota, 2008 (2ª ed.), p. 125.

285.4. La determinación de la autoridad o particular incumplidor, debe ser analizado con las disposiciones emergentes de los arts. 6 y 7 de la ley reglamentaria. Si la demanda es contra un funcionario público, se debe direccionar hacia la autoridad administrativa que tiene que dar cumplimiento a la norma mientras ella pueda ser individualizada. En cambio, si ella no es la obligada, tiene que denunciar la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará también con las autoridades respecto de las cuales se ejercita la acción hasta su terminación.

El precepto no sigue los lineamientos del art. 87 constitucional que en momento alguno dice que la demanda se deba plantear ante una autoridad *administrativa*. Con la lectura que aplica la reglamentación quedan fuera de alcance las autoridades legislativas y judiciales.

Cuando no es posible identificar al responsable del incumplimiento, el juez deberá notificar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico,

Cuando se trata de demandar a particulares, la acción de cumplimiento procede contra acciones u omisiones que impliquen el incumplimiento de una norma con fuerza material de ley o acto administrativo, cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, pero sólo para el cumplimiento de las mismas.

En el evento contemplado en este artículo, la acción de cumplimiento podrá dirigirse contra el particular o contra la autoridad competente para imponerle dicho cumplimiento al particular.

> Por lo general, la autoridad estatal es el sujeto pasivo de la acción. Sin embargo, es importante considerar el ejercicio de la acción contra particulares que desempeñan funciones administrativas, como se puede explicar con los siguientes ejemplos: los servicios públicos de telefonía móvil celular (ley 37 de 1993) o del gas combustible (ley 142 de 1994); las cámaras de comercio que tienen, entre otras funciones, la facultad de calificar, valorar y rechazar la inscripción en el registro de proveedores y contratistas para la contratación estatal; en el caso de los tribunales de arbitramento, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones y deberes que le son asignados por el legislador a los árbitros. El Consejo de Estado estimó que las universidades privadas ejercen funciones administrativas […] "no obstante ser una entidad de carácter privado la Universidad Libre de Pereira puede expedir actos administrativos, en desarrollo de las funciones administrativas, señalas en la ley 30 de 1992, la ley 115 de 1993, y en general, en el ordenamiento jurídico vigente, cuyo cumplimiento puede ser solicitado a través de la acción consagrada en el artículo 87 de la Constitución.[438]

285.5. Debe probarse la renuencia, pues su omisión constituye motivo de rechazo de la demanda. Al respecto, el artículo 12 de la ley 393 de 1.993 dispone que "En caso de que no aporte la prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad de que trata el inciso segundo del artículo 8°, salvo que se trate de la excepción allí contemplada, el rechazo procederá de plano".

Es decir que la demostración consistirá en haber rogado el cumplimiento a la autoridad respectiva, y ésta haber denegado la ejecución, sea expresa o tácitamente.

---

[438] Rey Cantor, Rodríguez, *Acción de incumplimiento y derechos humanos,* cit., pp. 153/154.

Este recaudo de intimación previa no limita el derecho de petición ni condiciona la procedencia de la acción; solo constituye un presupuesto que evita congestionar la actividad jurisdiccional cuando el previo requerimiento encuentra plena satisfacción.

Únicamente la negativa es la prueba de la renuencia, que se traduce en una petición y la consecuente decisión expresa o tácita.

La excepción a este presupuesto acontece cuando el requerimiento genera el peligro inminente de sufrir un perjuicio irreparable. La sola manifestación de ello en la demanda es suficiente pues se presume la buena fe del demandante (art. 83 Constitución Política).

> Por ejemplo, el caso de un paciente grave que acude al seguro social para que le sea colocado un marcapasos, en el que la autoridad, no obstante tener el deber legal de atenderlo, se niega a hacerlo. En este caso, se eximiría al particular de constituir la renuencia, toda vez que si lo hace, correría grave peligro de sufrir un perjuicio irremediable, como la muerte.[439]

285.6. Se debe ofrecer toda la prueba documental que demuestra la inejecución de la ley o del acto administrativo, y enunciar aquellas otras pruebas que quieran producirse en el proceso.

Evidentemente en el anexo instrumental se compila toda la documentación preconstituida con los actos de intimación al cumplimiento legal.

Sostienen Rey Cantor y Rodríguez que:

> [...] los anexos de la demanda son los siguientes: 1) El poder, cuando se actúe por medio de apoderado judicial; advirtiendo que por tratarse de una acción popular, la puede promover cualquier persona sin necesidad de acreditar la calidad de abogado; 2) La prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas que comparezcan como demandantes. Asimismo, se acompañarán estas pruebas cuando el demandado sea un particular que actúe en ejercicio de funciones administrativas; 3) Copia del acto administrativo, con la constancia de su publicación, notificación o comunicación, según se trate de un acto de carácter general o particular, a fin de probar la existencia y publicidad del acto. En caso de un acto administrativo verbal, se debe probar sumariamente su existencia, por ejemplo, con declaraciones testimoniales extraproceso. Es necesario acreditar la publicidad del acto administrativo, porque así se establece su eficacia, es decir, que está surtiendo efectos jurídicos. De lo contrario la demanda se inadmitirá; por ejemplo, se anexa como prueba documental un ejemplar o una copia del *Diario Oficial* en el cual se publicó el decreto reglamentario o la resolución ejecutiva, expedidos por el presidente de la república, o la copia de la gaceta departamental en que se publicó la ordenanza departamental o la copia de la resolución o decreto de nombramiento de un servidor público con la copia de su comunicación; 4) Prueba de la renuencia (salvo lo contemplado en el inciso 2° del art. 8° de la ley). Se trata de la demostración de haber pedido directamente, a la autoridad respectiva, el cumplimiento de su obligación o deber legal o administrativo... 5) Los documentos que se pretenden hacer valer como prueba y que se

[439] REY CANTOR, RODRÍGUEZ, *Acción de incumplimiento y derechos humanos,* cit., pp. 147/148.

encuentren en poder del actor; 6) Copia de la demanda y de sus anexos para el traslado a la parte demandada.[440]

285.7. El último requisito formal consiste en afirmar bajo juramento que la demanda que se formula no repite una solicitud similar que se relaciona con los mismos hechos o derechos.

El artículo 28 de la ley 393 de 1997 establece como "temeraria" la actuación, sin motivo justificado, de quien presenta la misma acción de cumplimiento ante varios jueces. De suceder, ellas se rechazarán o se negarán si hubieren sido admitidas.

El abogado que promoviera la presentación de varias acciones de cumplimiento respecto de los mismos hechos y normas, será sancionado por la autoridad competente con la suspensión de la tarjeta profesional al menos de dos (2) años. En caso de reincidencia, la suspensión será por cinco (5) años, sin perjuicio de las sanciones (disciplinarias) o penales a que hubiere lugar.

La Sentencia C870/02, hizo decir a la Corte Constitucional que era inexequible la palabra *disciplinarias*, porque no se puede sancionar dos veces una misma conducta.

286. Los principios del procedimiento

286.1. La acción de cumplimiento es uno de los tres procesos constitucionales que Constitución prefiere y hegemoniza para la defensa de la legalidad y de las libertades. Tiene implícitamente un orden de jerarquía dirigido a los jueces, con el fin de ordenar que sean ellos quienes otorguen el trámite preferente, ágil y rápido. Primero, al *habeas corpus*; segunda la acción de tutela y en tercer lugar la acción de cumplimiento.

Si bien rige el principio dispositivo, de modo que *nemo iudex sine actore*, el impulso es oficial. Esto potencia el rol de instrucción en la causa y confirma el papel activo que le toca asumir al juez en el proceso, confiriéndole una amplia potestad para controlar los presupuestos de admisión de la demanda; así como desarrollar el curso de la instancia desde el impulso con sus propias decisiones.

En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes y deberes que no se pueden, por vía de principio, apartar del cuadro que las partes concretan en sus escritos postulatorios.

286.2. Se ha planteado que el uso de estas facultades provoca cierto conflicto con la imparcialidad, porque si el juez conduce el proceso, y con los poderes que la dirección le otorga, adopta resoluciones que pueden influir en el resultado final de la causa, es evidente —se afirma— que afecta la igualdad de trato y consideración de las partes.

Alvarado Velloso insiste que:

> el desequilibrio transforma al juez en parte, porque aun sin quererlo, genera acciones que confunden el rol director convirtiéndolo en protagonista indeseado en un conflicto que es

[440] Rey Cantor, Rodríguez, *Acción de incumplimiento y derechos humanos,* cit., pp. 165/166.

sólo de dos.[441] Sin embargo, pese a la aparente verdad de tal afirmación, ello sería cierto si el juicio solamente fuera producto de versiones contrapuestas donde el juez no tendría más que una función puramente formal reducida a dictar sentencia, aplicando la ley y convencido por quien ha utilizado mejor el derecho de defenderse (la famosa alocución de Savigny, según la cual el derecho es el arma que inviste al guerrero, de manera que si es una herramienta, el que mejor la usa gana en la lucha, aunque no tenga razón).[442]

En este contexto, la polaridad ideológica arroja posiciones diametralmente opuestas; sencillamente porque la perspectiva que se tiene en el problema, se focaliza desde ángulos distintos. Mientras unos quieren que el proceso dispositivo sea aquél que las partes promueven y desarrollan con sus tiempos y sin intervención activa del magistrado; los otros, sostienen que el juez "no es un convidado de piedra" sino el director del proceso, y como tal su función es dinámica y predominantemente activa.

De todos modos, la duda principal queda implícita en el significado que tiene el principio dispositivo. Porque ya no estaría referido, únicamente, al señorío de promover actuaciones judiciales, sino a modificar el objeto a tutelar desde la intervención de los jueces. ¿Es esto cierto?

286.3. El interrogante parte de una realidad: el procedimiento se divide entre versiones, donde las partes aportan su propia lectura, demandando del juez una singular interpretación sobre los efectos que piden y reclaman, como derivados de esa subsunción de hechos en el derecho.

Así las cosas, la cuestión pareciera centrar en las potestades judiciales que se tienen para interpretar los hechos que las partes alegan sin poder ampliarse el cuadro de circunstancias a otros que, por aplicación de principios y presupuestos preadquiridos, quedarían fuera del ámbito litigioso.

En síntesis, el principio dispositivo afirmaría la soberanía de las partes sobre los hechos, y las potestades judiciales se implementarían, únicamente, para que el juez resuelva el derecho aplicable.

Sin embargo, esta afirmación ratifica la línea que ve en el proceso una lucha entre partes donde el deber jurisdiccional es aplicar la ley (*juris - dictio*), estableciendo un vencedor y un derrotado. Prácticamente, volver a esta consigna que, en pocas líneas reproduce la máxima: dadme los hechos que aplicaré el derecho (*narra mihi factum, dabo tibi ius*), es un contrasentido con el avance hacia un proceso público,

---

[441] *Cfr*. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento,* ponencia presentada en el XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Bogotá, 2005).

[442] El abandono de la regla procesal que tiene al proceso como una lucha, o un duelo, para usar la expresión de Barbosa Moreira, está explicada con suma claridad por el eximio profesor carioca (ex presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal). El espíritu de competición ya no es propio del litigio, porque no es la justicia una teoría deportiva ni se puede resolver sobre la belicosidad de los ánimos (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "Duelo e processo", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Año 2, nº 3 [2003], p. 25).

en el que las potestades judiciales no pueden quedar postergadas por las alegaciones interesadas de las partes.

Esto, en un proceso constitucional, cambia totalmente la perspectiva. Quien deja de cumplir la ley, o no ejecuta el acto administrativo; o en uno u otro caso, lo hace conmoviendo el fin querido, es evidente que no puede enfocarse como un conflicto entre partes, sino como la alteración del principio de supremacía constitucional que vuelca en la rama judicial el deber de contrarrestarlo.

286.4. El proceso se desarrolla "de cara al pueblo". No se pueden reservar las actuaciones ni esconder las acciones de la autoridad que, cualquiera sea la excusa alegada, dejan de cumplir con la ley en todas sus manifestaciones formales.

De igual modo, "todos" tienen acceso al expediente y solo en casos justificados se puede escudar con la reserva del caso, la confidencialidad que el trámite merece.

Hernán Olano García, sostiene que la acción de cumplimiento se rige por los principios siguientes:

a) *Principio de publicidad*: En virtud de este principio, el juez de la *acción de cumplimiento* debe dar a conocer sus decisiones mediante la notificación de las mismas, tal y como lo disponen los artículos 5, 12, 13, 14 y 22 de la Ley 393 de 1997, con el fin no sólo de que las partes se enteren de su contenido, sino que puedan ejercer el derecho de defensa para impugnar las decisiones en caso de inconformidad, garantizándose así la transparencia e imparcialidad en la actuación procesal. Además, por su propia naturaleza, el trámite de la *acción de cumplimiento* goza de absoluta publicidad y no hay ninguna restricción para conocer su devenir. Indica también el principio de publicidad la motivación de todas las providencias para evitar cualquier arbitrariedad en el trámite de la misma.

b) *Principio de Economía*: El procedimiento establecido ha de utilizarse para agilizar las decisiones, imponiendo al juez velar por la rápida solución de la controversia planteada y adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización del mismo, so pena de incurrir en responsabilidad por la mora en que incurra. En síntesis, el trámite ha de darse en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en él.

c) *Principio de celeridad*: La justicia ha de ser pronta y cumplida, como lo establece el artículo 4º de la Ley 270 de 1996 - estatutaria de la administración de justicia, la cual agrega que los términos son perentorios y de estricto cumplimiento por parte de funcionarios judiciales, siendo su inobservancia causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

d) *Principio de eficacia*: Este es el núcleo esencia de la acción de cumplimiento, pues se busca exigir a la administración que sea eficaz en el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo de carácter general, con miras a la efectividad de los deberes que le son impuestos por el mismo orden jurídico.

e) *Principio de gratuidad*: En materia de acción de cumplimiento, el trámite es gratuito, es decir que el accionante no debe sufragar ningún tipo de emolumentos para que la demanda sea tramitada y se dicte sentencia. Sin embargo, los artículos 19 y 21-7 de la Ley 393, prescriben la posibilidad de la condena en costas cuando se presenta la terminación anticipada o cuando es comprobado el incumplimiento del deber omitido.

f) *Principio de prevalencia del derecho sustancial:* Su consagración obliga al juez de la acción de cumplimiento a dar prioridad a los contenidos sobre las formas. Sin embargo, esto no quiere decir que los preceptos legales que establecen formalidades no tengan incidencia en el proceso, ni deban exigirse a las partes. Según la Corte Constitucional, lo que en últimas se busca es evitar el excesivo rigorismo formal, es decir, la exigencia de condicionamientos excesivos que no inciden en el hecho considerado.[443]

287. El procedimiento y sus reglas

287.1. La demanda insuficiente es diferente a la improcedente. La primera tiene ausencias formales que pueden cumplirse en el plazo de dos (2) días, pues el juez solo podrá inadmitir aquellas que no reúnan los requisitos sustanciales, como la prueba de la renuencia.

Como vimos con anterioridad, si la demanda es verbal, el juez procede a corregirla en el acto con la información adicional que le proporcione el solicitante.

287.2. Demanda improcedente es aquella que confunde el objeto de la acción de cumplimiento con lo que puede reclamar a través de la acción de tutela, y si bien por el principio de reconducción del proceso, la pretensión toma el cauce de este último proceso constitucional, la primera decisión jurisdiccional es rechazar de plano la acción de cumplimiento.

También es inoficiosa la demanda que elige un camino debiendo hacerlo por otro, tal como sucede con las llamadas vías paralelas o concurrentes que inhiben la acción de cumplimiento ante la procedencia directa de otro instrumento judicial.

> En tanto que la acción constitucional es susceptible de ser ejercida por cualquier persona, la de cumplimiento debe estar provista al máximo de garantías que la hagan eficaz. Por ello, al resolver sobre la admisión de la solicitud, el juez debe inadmitir sólo aquellas peticiones que no reúnan los requisitos mínimos, indicando con claridad al interesado la manera de salvar sus deficiencias y proceder al rechazo cuando el solicitante no atienda las observaciones o falte la prueba mínima de la renuencia del funcionario al cumplimiento del acto o la ley en cuestión. Si bien, proceder al rechazo de la solicitud es una opción del juez ante quien ella se presenta, el dejar a su mero arbitrio la elección de las razones que hacen o no admisible dicha solicitud, sin una posibilidad de control posterior, podría hacer inocua la acción. Una actitud en extremo formalista de un juez determinado que motivara el rechazo reiterado de las solicitudes, haría inoperante el ejercicio de la acción, pues por razones de competencia siempre será el mismo funcionario el que resolverá sobre las solicitudes, sin que el juez de segunda instancia pueda modificar tales decisiones. Por tanto, la posibilidad de que haya una segunda instancia para conocer de los autos que rechazan la demanda constituye una garantía de eficacia de la acción de cumplimiento.[444]

---

[443] OLANO GARCÍA, Hernán, "La nueva acción de cumplimiento en Perú y su comparación con la colombiana", *Revista International Law*, 15, 2005, pp. 532/533.

[444] Consejo de Estado, Sentencia del 6 de noviembre de 1997. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

287.3. El cuadro de repulsa inmediata se cierra con la repetición de la misma acción de cumplimiento que se deduce en forma progresiva o simultánea en distintas jurisdicciones por la misma persona o representante.

El conocimiento de la duplicación de la causa la da a conocer el emplazado, no como un mecanismo de defensa cual si fuera la excepción de litispendencia, sino como denuncia formal que pone en evidencia la acción temeraria del demandante.

287.4. El juez administrativo dispone de tres (3) días para resolver sobre la admisión de la demanda de cumplimiento. De encontrarse satisfechos todos y cada uno de los requisitos formales, la demanda procede y, de inmediato, se notifica personalmente a la parte demandada, que de no ser posible hacerlo por los medios corrientes, se faculta a practicar la comunicación por cualquier otro medio expedito y eficaz que garantice el derecho de defensa.

El plazo para establecer la información y emplazar al demandado es por otros tres (3) días. Cabe agregar que la misma providencia anticipará que la decisión será proferida dentro de los veinte (20) días siguientes a la admisión de la demanda.

La redacción del artículo 13 no es técnicamente correcta. Ha dicho la doctrina que:

> [...] no es el juez el llamado a informar en el auto admisorio de la demanda en qué término proferirá su fallo, toda vez que con dicha providencia se inicia la actuación procesal y se dispone además su notificación personal y el traslado de la demanda al demandado. Por lo tanto, el legislador debió prever en otra norma y no en ésta (que se refiere al contenido del auto admisorio de la demanda) el término de duración del proceso.
>
> De otra parte, a frase final del inciso 1° del artículo 13 es inconstitucional, toda vez que vulnera el derecho a la defensa del demandado, en el caso de que el auto admisorio de la demanda se le "comunique telegráficamente", lo cual es antitécnico desde el punto de vista procesal, precisamente porque la forma como se vincula al demandado al proceso es mediante la notificación personal del auto admisorio de la demanda. Además, en esta hipótesis, ¿cómo se haría entrega de la copia de la demanda y de sus anexos? ¿Con el telegrama?[445]

287.5. El emplazamiento supone el deber de aportar las pruebas que estén en poder del accionado o de aquellas que quiera oponer como justificantes. Trabada la litis, previó el artículo 15 la posibilidad de ordenar el cumplimiento inmediato, llamada a ser dicha figura una especie de sentencia anticipada que habrá de dictarse por el Juez que observe una evidente violación de un derecho, como consecuencia de la ley o de un acto administrativo. *Contrario sensu,* el órgano judicial que conozca del caso podrá también dar por terminado el proceso mediante auto que no admite recurso, siempre que la autoridad contra la cual se dirige la acción hubiere desarrollado la conducta exigida en la ley o el acto administrativo. Parece haber transportado el Legislador en este evento la figura incorporada en el Art. 26 del decreto 2591 del 91, conocida en los trámites de tutela como *cesación de la actuación impugnada.*[446]

---

[445] REY CANTOR, RODRÍGUEZ, *Acción de incumplimiento y derechos humanos,* cit., p. 176.

[446] BLANCO Z., Gilberto Augusto, "La acción de incumplimiento. Comentarios a las limitaciones de su ejercicio", *Revista de Derecho – Universidad del Norte*, n° 19 (2003), pp. 142 y ss.

287.6. Vencido el término para contestar la demanda, se debe ordenar la producción de la prueba ofrecida siempre que sean útiles, pertinentes y lícitas, evitando aquellas superfluas o innecesarias. Además, cuadra recordar que el artículo 17 reglamentario permite requerir informes al particular o a la autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud, y en el caso de actuaciones administrativas involucradas, es posible pedir el expediente o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. Precisamente, la omisión injustificada en el envío de esas pruebas importa responsabilidad disciplinaria del remiso, más allá de la presunción que genera en beneficio del demandante.

La producción de informes se realiza en el plazo de uno (1) a cinco (5) días, de acuerdo con a naturaleza y urgencia del problema, teniendo en cuenta la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.

> Es importante resaltar los poderes del juez durante el debate probatorio. Fuera de requerir informes a la autoridad o al particular, tiene la facultad de solicitar el envío del expediente o de los documentos que sirvan de antecedentes del incumplimiento; aspecto jurídico trascendental porque de tal documentación se puede inferir la omisión o renuencia en el cumplimiento de los deberes y obligaciones legales y administrativas, sin que sea necesario recurrir a otros medios probatorios. En la práctica el juez puede solicitar el envío de los antecedentes administrativos del acto administrativo. Los informes se consideran rendidos bajo la gravedad del juramento por parte de la autoridad o del particular; formalidad que reviste de seguridad jurídica la contestación que se dé en cada caso. El no envío de los informes o de la prueba documental solicitadas por el juez, dará lugar a que a la autoridad o al particular renuente se le compulsen copias a la Procuraduría General de la Nación, para que se adelante la investigación disciplinaria correspondiente.[447]

287.7. Teniendo en cuenta que el auto inicial anuncia el plazo para dictar sentencia, se puede interpretar que el tiempo disponible para la práctica probatoria es el que surge de restar el tiempo acordado para que se produzca el informe. En consecuencia, el término máximo es de veinte (20) días. Luego, la intervención de los organismos que funcionan como alzada del "*a quo*" tienen diez (10) días más para resolver las apelaciones eventuales.

287.8. En el trámite no se admiten recursos ni la formación de incidentes de impugnación, salvo el de revocatoria o reposición contra la providencia que deniega la práctica de pruebas, que se puede articular al día siguiente de la notificación por estado, el que tiene que resolverse en veinticuatro (24) horas.

El desacato se revisa por consulta al superior jerárquico del juez administrativo cuando la medida dispuesta no es apelada, y en uno u otro caso, la apelación o la consulta tienen efectos suspensivos.

Cabe aclarar que el auto denegatorio de la admisión de la demanda es apelable, toda vez que supone poner un límite constitucional al derecho a ser oído.

---

[447] REY CANTOR, RODRÍGUEZ, *Acción de incumplimiento y derechos humanos,* cit., p. 178.

> Estimamos que es procedente dicho recurso, porque se trata de la providencia que permite el acceso a la administración de justicia y garantiza, además, el derecho al debido proceso (derechos constitucionales fundamentales). Asimismo, en el caso de que el juez de primera instancia se equivoque, el demandante debe contar con la posibilidad de que el superior jerárquico revise la actuación del inferior y pueda revocar, eventualmente, el auto de rechazo de la demanda y, en su lugar, disponer su admisión. De esta forma concluyó el Consejo de Estado, en la providencia de fecha 6 de noviembre de 1997, donde añade que [....] "de la lectura del art. 16 de la citada ley no puede ser entonces restrictiva, so pena de vulnerar el derecho de acceso a la administración de justicia".[448]

288. La excepción de inconstitucionalidad

288.1. El artículo 20 de la ley establece que: "Cuando el incumplimiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo sea proveniente del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, el juez de cumplimiento deberá resolver el asunto en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que el Juez la aplique oficiosamente".

288.2 La Sentencia C-600 de 1998 (MP: José Gregorio Hernández Galindo) declaró la constitucionalidad de la totalidad del artículo 20 de la Ley 393 de 1997. Dijo entonces la Corte Constitucional que:

> La materia objeto de análisis constitucional en este proceso es una sola —si la confrontación, a cargo del juez de cumplimiento, entre la efectiva inejecución de una norma o acto, que para el accionante significa su inobservancia y para la autoridad demandada la aplicación prevalente de la Constitución Política, puede comprender el examen referente a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del mandato inejecutado—, y la demanda se contrae a uno de los aspectos de ella —la atribución del juez—, sin tocar el elemento previo y necesario de la viabilidad de la excepción de inconstitucionalidad en que puede fundarse la autoridad acusada.
>
> Por tanto, para que el juicio de constitucionalidad pueda producirse de manera integral, dilucidando los diferentes aspectos jurídicos relevantes con miras a la sentencia, debe la Corte conformar la proposición jurídica completa, por razón de la unidad de materia, ampliando el ámbito del asunto considerado y extendiendo el fallo al inciso no demandado.

288.3. La procedencia de la excepción de inconstitucionalidad obliga a confrontar si existe cosa juzgada constitucional, porque la regla general en esta materia es que un pronunciamiento de la Corte Constitucional, cuando adelanta el control abstracto de una disposición, hace tránsito a cosa juzgada absoluta, salvo que la propia sentencia haya limitado el alcance de la cosa juzgada, o que exista una cosa juzgada meramente aparente, por "la absoluta falta de toda referencia, aun la más mínima, a las razones por las cuales fue declarada la constitucionalidad de lo acusado".[449]

Ahora bien, la parte resolutiva de sentencia C-600 de 1998 declaró exequible el artículo 20 de la Ley 393 de 1997, pero "sólo en los términos" de esa providencia.

---

[448] Rey Cantor, Rodríguez, *Acción de incumplimiento y derechos humanos,* cit., pp. 179/180.

[449] Ver sentencia C-700 de 1999. MP José Gregorio Hernández Galindo.

Esto podría sugerir que en esa decisión la Corte pudo limitar el alcance de la cosa juzgada. Sin embargo, un examen atento de los fundamentos y consideraciones de esa providencia muestran que la Corte no pretendió restringir el alcance de la cosa juzgada, sino que procedió a condicionar la constitucionalidad del contenido de la disposición acusada. Así, en ninguna parte, esa providencia sugiere que se esté limitando la cosa juzgada, que es entonces absoluta, aunque la Corte consideró necesario, por medio de una sentencia de constitucionalidad condicionada, delimitar el contenido del artículo 20 de la Ley 393 de 1997, a fin de poder preservar esa disposición en el ordenamiento.

> Dijo entonces esa sentencia: Es claro que, si no ha habido una definición *erga omnes* por el tribunal competente (la Corte Constitucional o el Consejo de Estado) y el juez no encuentra fundada la inaplicación como consecuencia de la excepción de inconstitucionalidad, habrá de declarar que el incumplimiento se configuró y deberá impartir la orden que haga efectivo el mandato inobservado, con efectos exclusivos en ese caso y sin que su sentencia sustituya las providencias que hayan de proferir aquellos tribunales en ejercicio de sus respectivas competencias. A tal punto que si, habiendo hallado fundada la inaplicación en el caso examinado, se produce después una sentencia *erga omnes* en sentido contrario, ésta prevalece y, respaldada por el tribunal competente la ejecutabilidad de la disposición por ser constitucional, bien podría hacia el futuro intentarse de nuevo la acción de cumplimiento sin que el funcionario encargado de aplicar la norma pudiese ya escudarse en la excepción de inconstitucionalidad para justificar su abstención.
>
> Esto es precisamente lo que avala la exequibilidad del segundo inciso del artículo acusado, que impide alegar tal excepción cuando ya existe resolución general y definitiva de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado acerca de la viabilidad constitucional del precepto respectivo.
>
> En efecto, en el caso de los fallos en los que la Corte Constitucional declara la exequibilidad de un precepto, a menos que sea ella relativa y así lo haya expresado la propia sentencia —dejando a salvo aspectos diferentes allí no contemplados, que pueden dar lugar a futuras demandas—, se produce el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, prevista en el artículo 243 de la Constitución. Y, entonces, si ya por vía general, obligatoria y *erga omnes* se ha dicho por quien tiene la autoridad para hacerlo que la disposición no quebranta principio ni precepto alguno de la Carta Política, carecería de todo fundamento jurídico la actitud del servidor público que, sobre la base de una discrepancia con la Constitución —encontrada por él pero no por el Juez de Constitucionalidad— pretendiera dejar de aplicar la norma legal que lo obliga en un proceso, actuación o asunto concreto.
>
> En el caso de las sentencias del Consejo de Estado, en las cuales se niegan las pretensiones de la demanda que solicita la nulidad de un acto presidencial por inconstitucional, debe tenerse en cuenta que el fallo guarda relación con los argumentos estudiados por aquella Corporación y que, por tanto, la cosa juzgada también es relativa. Pero, a pesar de la inexactitud terminológica (que se refiere a "exequibilidad", concepto no aplicable a las decisiones del Consejo de Estado sobre normas), no vulnera la Carta Política el artículo que ahora se examina si lo que quiere decir —y ese es su significado, según lo que entiende esta Corte— es que, habiéndose proferido una sentencia que niega la nulidad por inconstitucionalidad de un decreto dictado por el Gobierno Nacional, alegada con apoyo en determinado motivo que el Consejo de Estado desvirtúa, no es admisible que, por esa misma razón, una autoridad administrativa o judicial subalterna se abstenga de cumplirla,

debiendo hacerlo. A no ser que, con posterioridad a la negativa de nulidad, la Corte Constitucional, al sentar doctrina constitucional integradora sobre el alcance de las normas superiores con las cuales el Consejo de Estado hizo la confrontación, llegare a conclusiones diversas de las acogidas por aquél, evento en el cual tendrían que prevalecer, para todas las autoridades públicas y desde luego para el juez de cumplimiento, los contenidos y las consecuencias jurídicas de esa doctrina constitucional, como de tiempo atrás se tiene establecido, a falta de disposición legal para el caso específico, por el artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

288.4. Conforme a lo anterior, la sentencia C-600 de 1998 se pronunció sobre la totalidad del artículo 20 de la Ley 393 de 1997, y representa un fallo de constitucionalidad condicionada de la norma estudiada, pero cuyos efectos son de cosa juzgada absoluta. Esto muestra que es necesario distinguir entre las sentencias de cosa juzgada relativa y las sentencias de constitucionalidad condicionada. Así, la limitación de la cosa juzgada tiene que ver con la posibilidad de que una disposición que ya fue analizada por la Corte, pueda o no ser estudiada en el futuro. Por ende, existe cosa juzgada relativa cuando la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma pueda ser nuevamente reexaminada en el futuro. En cambio, la constitucionalidad condicionada consiste en que la Corte delimita el contenido de la disposición acusada para, en desarrollo del principio de conservación del derecho, poder preservarla en el ordenamiento. Así, la sentencia condicionada puede señalar que sólo son válidas algunas interpretaciones de la misma, estableciéndose de esta manera cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. Pero si la Corte no limita el alcance de la cosa juzgada, entonces ese pronunciamiento material de constitucionalidad condicionada tiene efectos jurídicos definitivos y *erga omnes*.

Y eso sucede precisamente con la sentencia C-600 de 1998, que es de exequibilidad condicionada y no limitó el alcance de la cosa juzgada, por lo cual se entiende que ésta es absoluta. Ha operado entonces el fenómeno de la cosa juzgada constitucional respecto del artículo 20 de la Ley 393 de 1997.[450]

289. La sentencia en la acción de incumplimiento

289.1. La sentencia debe contener: *a)* La identificación del solicitante; *b)* la determinación de la obligación incumplida; *c)* la identificación de la autoridad de quien provenga el incumplimiento; *d)* la orden a la autoridad renuente de cumplir el deber omitido; *e)* plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el fallo. En caso de que fuese necesario un término mayor, el juez lo definirá previa sustentación en la parte motiva de la sentencia; *f)* orden a la autoridad de control

[450] Sentencia C-492/2000.

pertinente de adelantar la investigación del caso para efectos de responsabilidades penales o disciplinarias, *cuando la conducta del incumplido así lo exija; g)* si hubiere lugar, la condena en costas.

Para Rey Cantor y Rodríguez, la condena en costas no se impondrá a la autoridad, siguiendo el principio general de que a las autoridades estatales no se les condena en costas (Art. 171 del C.C.A. y 392 del C.P.C). La condena sería entonces para el actor, lo cual es incongruente con el ejercicio de una acción popular, de claro contenido democrático.[451]

289.2. La sentencia podría llamarse también de cumplimiento, porque tal como indica su nombre, el objeto que se persigue es de hacer cumplir el ordenamiento jurídico existente, por parte de las autoridades competentes, para hacer efectivo el Estado social de derecho.

Ahora bien, como para alcanzar ese objetivo es necesario que en ese ordenamiento jurídico esté claramente establecida la obligación que se pretende hacer cumplir; todo indica que a través de la acción de cumplimiento no es posible discutir derechos, sino hacer respetar los ya existentes y que se cumplan las normas que los reconocen.

De allí que la sentencia no pueda transformar la pretensión y convertir el pronunciamiento en una sentencia declarativa o constitutiva. Por eso, el *mandamus* tiene esa particularidad tan especial que consiste en contener una obligación clara y precisa dirigida a la autoridad o a un particular para que practique vías de hecho.

Además, en lo que se refiere al cumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos de contenido general que confieren derechos condicionados a determinados requisitos, se ha entendido que el interesado debe acudir previamente a la autoridad competente para que defina si tiene o no el derecho que, en términos abstractos, prevé el ordenamiento. Se insiste, entonces que el juez de la acción de cumplimiento no está facultado para reconocer derechos subjetivos, máxime cuando éstos no han sido objeto de decisión en sede administrativa, pues con ello se invadiría la órbita de competencia administrativa señalada por la ley.[452]

289.3. Como se advierte, la acción de cumplimiento es un instrumento procesal para exigir a las autoridades públicas o los particulares que actúan en ejercicio de funciones públicas que cumplan real y efectivamente las normas con fuerza de ley y los actos administrativos. Y la Constitución y la ley señalan con claridad que el objeto de la acción de cumplimiento es la efectividad de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos. Así las cosas, se tiene que por medio de esta acción constitucional no puede exigirse el cumplimiento de normas constitucionales, pues el propio Constituyente la diseñó para exigir la efectividad de normas de inferior jerarquía.

---

[451] REY CANTOR, RODRÍGUEZ, *acción de incumplimiento y derechos humanos,* cit., p. 181.

[452] Sentencia del 17 de octubre de 1997. Expediente ACU-020

289.4. En el evento de no prosperar las pretensiones del actor, el fallo negará la petición advirtiendo que no podrá instaurarse nueva acción con la misma finalidad, en los términos del artículo 7º de la Ley 393 de 1997.[453]

290. Notificación de la sentencia

290.1. El artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 29 de la ley 794 de 2003, dispone:

> *Práctica de la notificación personal*. Para la práctica de la notificación personal se procederá así:
>
> 1. La parte interesada solicitará al secretario que se efectué la notificación y esté sin necesidad de auto que lo ordene, remitirá en un plazo máximo de cinco (5) días una comunicación a quien debe ser notificado, a su representante o apoderado, por medio de servicio postal autorizado por el Ministerio de Comunicaciones, en la que informará sobre la existencia del proceso, su naturaleza y la fecha de la providencia que se debe notificar, previniéndolo para que comparezca al Juzgado, a recibir notificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su entrega en el lugar de destino. Cuando la comunicación deba ser entregada en municipio distinto al de la sede del juzgado, el término para comparecer será de diez (10) días; si fuere en el exterior, el término será de treinta (30) días.
>
> En el evento de que el Secretario no envíe la comunicación en el término señalado, la comunicación podrá ser remitida directamente, por la parte interesada en que se efectúe la notificación. Si fueren remitidas ambas comunicaciones, para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la primera que haya sido entregada.
>
> Dicha comunicación deberá ser enviada a la dirección que le hubiere sido informada al Juez de conocimiento como lugar de habitación o de trabajo de quien debe ser notificado personalmente. Si se trata de persona jurídica de derecho privado con domicilio en Colombia, la comunicación se remitirá a la dirección que aparezca registrada en la Cámara de Comercio o en la oficina que haga sus veces.
>
> Una copia de la comunicación, cotejada y sellada por la empresa de servicio postal, deberá ser entregada al funcionario judicial o a la parte que la remitió, acompañada de constancia expedida por dicha empresa, sobre su entrega en la dirección correspondiente, para efectos de ser incorporada al expediente.
>
> 2. Si la persona por notificar comparece al juzgado, se le pondrá en conocimiento la providencia, previa su identificación mediante cualquier documento idóneo, de lo cual se extenderá acta en la que se expresará la fecha en que se practique, el nombre del notificado y la providencia que se notifica, acta que deberá firmarse por aquél y el empleado que haga la notificación. Al notificado no se le admitirán otras manifestaciones que la de asentimiento a lo resuelto, la convalidación de lo actuado, el nombramiento prevenido en la providencia y la interposición de los recursos de apelación y casación.
>
> Si el notificado no sabe, no quiere o no puede firmar, el notificador expresará esa circunstancia en el acta; el informe del notificador se considerará rendido bajo juramento, que se entenderá prestado con su firma.

---

[453] OLANO GARCÍA, Hernán, "La nueva acción de cumplimiento en Perú y su comparación con la colombiana", *Revista International Law*, 15, 2005, p. 549.

3. Cuando el citado no comparezca dentro de la oportunidad señalada y el interesado allegue al proceso la copia de la comunicación y la constancia de su entrega en el lugar de destino, el secretario, sin necesidad de auto que lo ordene, procederá en forma inmediata a practicar la notificación por aviso en la forma establecida en el artículo 320.

4. Si la comunicación es devuelta con la anotación de que la persona no reside o no trabaja en el lugar, o porque la dirección no existe, se procederá, a petición del interesado, como lo dispone el artículo 318.

Parágrafo. Para efectos de las notificaciones personales, los comerciantes inscritos en el registro mercantil y las personas jurídicas de derecho privado domiciliadas en Colombia, deberán registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal, sucursal o agencia, la dirección donde recibirán notificaciones judiciales. Con el mismo propósito deberán registrar, además, una dirección electrónica si se registran varias direcciones, el trámite de la notificación podrá surtirse en cualquiera de ellas.

Y el artículo 320 del mismo Código, modificado mediante el artículo 32 de la ley 794 de 2003, dispone:

Notificación por aviso. Cuando no se pueda hacer la notificación personal al demandado del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, o la del auto que ordena citar a un tercero, o la de cualquiera otra providencia que se deba realizar personalmente, se hará por medio de aviso que deberá expresar su fecha y la de la providencia que se notifica, el juzgado que conoce del proceso, su naturaleza, el nombre de las partes y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino. Cuando deba surtirse un traslado con entrega de copias, el notificado podrá retirarlas de la secretaría dentro de los tres días siguientes, vencidos los cuales comenzará a correr el término respectivo.

El aviso se entregará a la parte interesada en que se practique la notificación, quien lo remitirá a través de servicio postal a la misma dirección a la que fue enviada la comunicación a que se refiere el numeral 1 del artículo 315.

Cuando se trate de auto admisorio de la demanda o mandamiento de pago, el aviso deberá ir acompañado de copia informal de la providencia que se notifica y de la demanda, sin incluir sus anexos.

El secretario agregará al expediente copia del aviso, acompañada de constancia expedida por la empresa de servicio postal de haber sido entregado en la respectiva dirección.

En el caso de las personas jurídicas de derecho privado con domicilio en Colombia, el aviso podrá remitirse a la dirección electrónica registrada según el parágrafo único del artículo 315, siempre que la parte interesada suministre la demanda en medio magnético. En este último evento en el aviso se deberá fijar la firma digital del secretario y se remitirá acompañado de los documentos a que se refiere el inciso tercero de este artículo, caso en el cual se presumirá que el destinatario ha recibido el aviso y sus anexos cuando el iniciador recepcione acuse de recibo. El secretario hará constar este hecho en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos. Así mismo, conservará un archivo impreso de los avisos enviados por esta vía, hasta la terminación del proceso.

Parágrafo primero. El Consejo Superior de la Judicatura implementará la creación de las firmas digitales certificadas, dentro del año siguiente a la promulgación de esta ley.

Parágrafo segundo. El remitente conservará una copia de los documentos enviados, la cual deberá ser cotejada y sellada por la empresa de servicio postal. El incumplimiento de esta obligación o de cualquiera otra establecida en este Código, por parte de las empresas de servicio postal, dará lugar a las sanciones a que ellas se encuentren sometidas.

290.2. Los particulares son sujetos de la acción de cumplimiento sólo si cumplen funciones públicas, esto es, que la acción de cumplimiento procede contra acciones y omisiones de particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, y únicamente para obtener el cumplimiento de dichas funciones.

Se entiende por función pública toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines. Mientras que servicio público es aquella actividad organizada dirigida a satisfacer necesidades de interés general de manera regular y continua por parte del Estado, en forma directa o por particulares expresamente autorizados para ello, con sujeción a un régimen jurídico especial. Por lo tanto, son diferentes los conceptos de función pública y servicio público.

El Consejo de Estado en sentencia de 5 de agosto de 1999, señaló la diferencia entre función pública y servicio público, al respecto dijo:

> El manejo que generalmente se hace de la función pública se ha reducido exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, para significar la relación que une al servidor público con la administración, y en tal sentido entonces se entiende, con carácter totalmente restringido como, el conjunto de regímenes de administración laboral aplicables a las personas que prestan sus servicios al Estado, cuando es lo cierto que, el concepto de función pública tiene una connotación mucho mayor.
>
> En efecto, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, 'es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa'; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de ésta y la prestación de aquél [...].

290.3. Sobre el particular, la doctrina inclusive tiene precisada la diferencia existente entre función pública y servicio público, que, si bien son dos figuras próximas en el ámbito del derecho público, cada una de ellas posee su propia caracterización y tipificación que las diferencia entre sí, 'esta distinción procede de la doctrina italiana y fue elaborada frente a la pretensión inicial de que "toda tarea administrativa es constitutiva de servicios públicos" hoy ya desechada. No obstante, puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público (por ejemplo, y en la mayoría de los casos, para imponer coactivamente su utilización).

290.4. La notificación de la sentencia es personal, y solo cuando deviene de práctica imposible la comunicación se pueden publicar edictos.

291. Cumplimiento del fallo

291.1. El derecho a que los fallos se cumplan forman parte del debido proceso, desde que es una garantía de los justiciables que las sentencias judiciales se hagan efectivas en sus propios términos, sea como respeto a la cosa juzgada (que incorpora el derecho judicial al patrimonio de las personas), como para aceptar que las decisiones jurisdiccionales no queden insolutas por el capricho legislativo o el retardo administrativo.

Es un derecho abstracto que tiene toda persona, y que nace en el mismo momento que la sentencia deviene firme y ejecutoriada (es decir, agotados los recursos que puedan revocarla, o vencidos los plazos para plantearlos).

291.2. El art. 25 de la ley 393 ya citada, dispone que cuando el fallo queda firme y se ordena el cumplimiento del deber omitido, la autoridad renuente deberá cumplirlo sin demora. Si no lo hiciere dentro del plazo definido en la sentencia, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél.

Pasados cinco (5) días ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo [...].

Cuando la sentencia se relaciona con el aseguramiento de leyes de contenido material, esto es, de normas generales, impersonales y abstractas, es indudable que la orden supone el deber de acatamiento inmediato. Si son actos administrativos de contenido general, igualmente por contener normas de carácter objetivo impersonal y abstracto, son equivalentes materialmente a las leyes. En estos casos, dada la generalidad de las leyes y actos administrativos, en cuanto están referidos a una serie indeterminada de personas, situaciones o cosas, no puede pensarse en que exista un afectado concreto por sus disposiciones.

De ahí que toda persona, natural o jurídica, movida por la satisfacción de los intereses públicos o sociales, esté habilitada para promover su cumplimiento y requerir su rápida ejecución

291.3. El desacato que se puede decretar es independiente de las sanciones disciplinarias y de las acciones penales que contra los respectivos funcionarios se puede demandar.

En efecto, el trámite para el cumplimiento tiene como única finalidad asegurar de manera efectiva y real el acatamiento de las órdenes contenidas en la sentencia de tutela; en cambio, el incidente de desacato, tiene por objeto sancionar al responsable de ese incumplimiento.

Su naturaleza es predominantemente subjetiva ya que allí es necesario, además de demostrar el incumplimiento, determinar el grado de responsabilidad —a título de culpa o dolo— de la persona o personas que estaban obligadas a actuar para el

cumplimiento de la sentencia. En este sentido, la providencia que decida sobre la responsabilidad de los demandados debe estar precedida de un trámite gobernado, en especial, por el efectivo ejercicio del derecho de contradicción por parte de los implicados. Una decisión que no cumpla con esta característica, atenta contra el derecho fundamental al debido proceso y, por obvias razones, no está llamada a hacerse cumplir.

291.4. En este sentido el régimen es similar al que tiene la acción de tutela, porque en ésta, tanto el incumplimiento del fallo como el desacato tocan el tema de la responsabilidad jurídica, pero mientras que el simple incumplimiento de la sentencia se refiere a una responsabilidad de "tipo objetivo", el desacato implica la comprobación de una "responsabilidad subjetiva".

Esta precisión genera diferencias importantes en cuanto a las decisiones que puede tomar el juez de tutela y especialmente sobre las reglas y garantías que se deben respetar en el trámite previo a la adopción de decisiones, pues si bien el incumplimiento del fallo lleva consigo el desacato, tanto el trámite de cumplimiento de la orden como el trámite de desacato se rigen por postulados diferentes.

Así, para la constatación del incumplimiento de una sentencia de tutela basta con que el juez encuentre demostrado que la orden impartida no se ha materializado. No interesa averiguar el grado de culpa o negligencia de la autoridad encargada de darle cumplimiento, pues de lo que se trata es de tomar medidas para que la orden sea finalmente cumplida. En cambio, el desacato busca establecer la responsabilidad subjetiva del funcionario o funcionarios por cuya culpa se ha omitido el cumplimiento de la sentencia. Juegan papel importante todos los elementos propios de un régimen sancionatorio como los grados y modalidad de culpa o negligencia con que haya actuado el funcionario, las posibles circunstancias de justificación, agravación o atenuación de la conducta, etc.

El hecho de que se demuestre el incumplimiento no es suficiente por sí sólo para concluir que hubo desacato sancionable en los términos del art. 52 Dec. 2591 de 1991, ya que bien puede ocurrir que, a pesar de la evidencia del incumplimiento, existan circunstancias eximentes de responsabilidad.[454]

292. Recursos e impugnaciones

292.1. Notificado el fallo se cuenta con tres (3) días para impugnar la decisión. La legitimación para hacerlo sigue los principios generales de la teoría de los recursos, aunque la ley confiere el derecho al solicitante, a la autoridad renuente, al representante de la entidad y al Defensor del Pueblo.

El modelo es similar al que aplica la acción de tutela y, como en ella, no hay tipicidad de molde para el recurso, de modo que es propio y singular para este tipo de procesos constitucionales, donde podríamos hablar de un recurso indiferente, en

[454] Consejo de Estado, sección quinta. Veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009) Radicación N°: 250002315000-2008-01087.

el sentido de aceptar la impugnación pero sin alinearlo en el camino de un recurso preciso.

Por eso, el recurso extraordinario de revisión no procede contra las sentencias dictadas dentro del trámite de la acción de cumplimiento. Los recursos extraordinarios de revisión y de súplica consagrados en el Código Contencioso Administrativo solo proceden contra las decisiones que pronuncian las secciones o subsecciones del Consejo de Estado dentro de los procesos promovidos en ejercicio de las acciones ordinarias previstas en ese Estatuto.

292.2. La sentencia no se cumplirá mientras esté tramitando la impugnación, salvo que la suspensión ocasione al demandante un perjuicio irremediable.

La redacción del segundo párrafo del art. 26 de la ley 397 pareciera acordar el derecho de interrumpir el cumplimiento de la sentencia solo a quien ha sido actor en ella, lo que constituye una preferencia inaceptable para la garantía del debido proceso, donde anida el principio de igualdad constitucional.

> Cuando un juez impide a una persona impugnar un fallo de tutela, viola el derecho al debido proceso. El derecho a impugnar el fallo es una de las formas propias del proceso de tutela consagradas en la Constitución, a la vez que es una figura que cristaliza el derecho a la defensa y el principio de las dos instancias. Desconocerlo no sólo vulnera la garantía fundamental al debido proceso, también impide acceder a la administración de justicia y pone en peligro la protección de los derechos invocados por los ciudadanos en las demandas de tutela. De hecho, la importancia de este trámite radica en ser el medio de defensa judicial idóneo para hacer efectivas las garantías constitucionales.[455]

De todas maneras, dice el párrafo final del art. 25 reglamentario que, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que cese el incumplimiento.

Se interrogan Rey Cantor y Rodríguez que:

> [...] ¿Podría entenderse que impugnado el fallo, el juez conservaría la competencia para hacer efectiva la decisión, independientemente del trámite de la impugnación? En nuestro concepto —afirman— y en principio, consideramos que no, porque las normas anteriormente citadas se deben interpretar armónicamente con el inciso 2º del art. 26 que consagró el efecto suspensivo en que se concede la impugnación, "salvo que la suspensión de cumplimiento del fallo genere un perjuicio irremediable del demandante". En este caso, la impugnación se concederá en el efecto devolutivo, es decir, que "no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso" [art. 354 nº 2, CPCC], mientras se tramita y decide la impugnación por el superior jerárquico, para lo cual el juez conservará la competencia hasta que cese el incumplimiento, esto es, que aun cuando no esté en firme el fallo, este deberá ejecutarse en el término que señale el juez (que no excederá de diez [10] días), sin perjuicio de que se halle en trámite la impugnación.[456]

---

[455] Sentencia de Tutela nº 162/97 de Corte Constitucional, de 20 de Marzo 1997. Sentencia T-162/97

[456] Rey Cantor, Rodríguez, *Acción de incumplimiento y derechos humanos,* cit., pp. 187/188.

292.3. La impugnación no exige más formas que las tradicionales. La crítica contra la decisión debe ser concreta y razonada, debiendo el juez remitir las actuaciones al órgano de revisión competente en el término de veinticuatro (24) horas. La ley dice al día siguiente.

> El Juez que conozca de la impugnación estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acerbo probatorio y con el fallo. Podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas de oficio. En todo caso, proferirá el fallo dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo comunicándolo de inmediato; si lo encuentra ajustado a derecho lo confirmará (art. 27 párrafo segundo de la ley reglamentaria).

Sección 2ª La acción de cumplimiento en Perú

293. Marco legal

293.1. Igual que en Colombia, la acción de cumplimiento en Perú se instala como un proceso de carácter constitucional que tiene como finalidad proteger el derecho de las personas a que las autoridades competentes cumplan lo dispuesto por las leyes o lo dispuesto por algún acto administrativo, cuando se muestran renuentes a ello.

Está regulada en la Constitución Política de 1993, cuyo artículo 200 inciso 6º señala: "Son garantías constitucionales: [...] La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley".

Asimismo el Código Procesal Constitucional desenvuelve en los artículos 66 a 74 el régimen procedimental, provocando cierta confusión con el amparo por omisión y con la acción de inconstitucionalidad en igual sentido. Inclusive, el art. 74 dice que: "El procedimiento aplicable a este proceso será el mismo que el previsto por el presente código para el proceso de amparo, en lo que sea aplicable. El juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso".

Por su lado la sanción de la ley 26.301 (*habeas data*) dispuso reglas de competencia y en el artículo 3 estableció que el trámite y conocimiento de la garantía, aplicaría el procedimiento de la acción de amparo. Asimismo, la cuarta disposición transitoria de la ley orgánica del Tribunal Constitucional nº 26.435 repite que la acción de cumplimiento se rige por lo previsto en la ley 26.301.

El artículo 4º de esta última ordena que:

> Las disposiciones contenidas en los artículos anteriores serán también de aplicación a la tramitación de la garantía constitucional de la acción de cumplimiento de que trata el inciso 6 del artículo 200 de la Constitución Política del Estado en tanto no se expida la correspondiente ley de desarrollo de la materia. En tal caso, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 11 de la ley nº 23.506 (Ley de *Habeas Corpus* y Amparo), cuando fuera del caso.

También la doctrina encuentra similitudes con la acción contencioso administrativa obligando a despejar analogías con el fin de eludir en el proceso constitucional

que tratamos, una naturaleza impropia como sería ubicarla en el plano del derecho administrativo.[457]

293.2 El código procesal de garantías tiene suprema importancia en esta tarea de esclarecimiento, porque además de establecer en un digesto orgánico todos los procesos constitucionales, dispone principios y presupuestos comunes que evitan confundir los objetivos de cada uno.

Sea el *habeas corpus*, el amparo, el *habeas data*, la acción popular, la de inconstitucionalidad, el proceso de conflicto de competencias, o la propia acción de cumplimiento, cada vez que se inicie una demanda con cualquiera de estos contenidos, será de aplicación el código. Por eso, dispone en el artículo 5º inciso 1º, que no proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

Explica Espinosa Saldaña que:

> [...] en las disposiciones generales aplicables a los procesos de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y proceso de cumplimiento encontraremos importantes preceptos sobre la finalidad de estos procesos, la representación procesal del Estado en los mismos, la determinación de la responsabilidad del supuesto agresor, y el tratamiento de importantes cuestiones de tramitación (admisibilidad y procedencia de las demandas; admisión de medidas cautelares; excepciones o defensas previas; el turno de los juzgadores; la ausencia de etapa probatoria; la notificación de las diferentes resoluciones; el contenido y pautas de ejecución de las sentencias; y un largo etcétera).[458]
>
> Se podrá afirmar que en el Código Procesal Constitucional el trámite previsto para el *habeas corpus* es, en estricto, más rápido y efectivo que el previsto para el amparo y el *habeas data*, de modo que haría del derecho a la libertad el principal derecho constitucional. Esta conclusión no puede aceptarse al menos por las dos siguientes razones. Primera, si bien los plazos son más cortos en el *habeas corpus* que en los otros dos procesos constitucionales, no lo son de modo que los aleje del principio de procesos especialmente sumarios y efectivos en relación a los procesos judiciales ordinarios. Y segundo, aceptar esa interpretación sería aceptar que en un plano no sólo ontológico sino también jurídico, el derecho a la libertad individual protegida por el *habeas corpus* estaría por encima de derechos como el derecho a la vida que viene protegido por el amparo, un verdadero despropósito.[459]

293.3. El citado inciso 6º del artículo 200 de la Constitución Política del Perú, concordante con la ley 26.301, establece que la acción de cumplimiento procede

---

[457] En Perú, el Tribunal Constitucional sostiene que la acción de cumplimiento no es un proceso constitucional sino un juicio ordinario incorporado en el seno de la Norma Suprema que convierte a la acción en un "proceso constitucionalizado" (STC 0191/2003 AC/TC)

[458] ESPINOSA, SALDAÑA BARRERA, ELOY, *Código Procesal Constitucional: Estudio introductorio,* en "Introducción a los procesos constitucionales", AAVV, Jurista, Lima, 2005, p. 45.

[459] CASTILLO CÓRDOVA, Luis F., "Primer código procesal constitucional de alcance nacional en Latinoamérica: Comentarios a la ley 28.237", *Revista Cuestiones Constitucionales*, nº 14, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, año 2006 (enero/junio).

contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. En consecuencia, esta acción de garantía actúa cuando se ha producido omisión, mora, letargo, inercia o, simplemente, inactividad de un órgano público para cumplir con un mandato establecido en la ley o un acto administrativo.

Esta función llevó al Tribunal Constitucional a sostener que:

> [...] la acción de cumplimiento se convierte en un mecanismo de control de la inactividad de la administración en el que pueden resolverse dos clases de pretensiones: por un lado, la obtención de una resolución judicial que declare la ilegalidad del incumplimiento, y, por otro, la orden de dar cumplimiento a lo ilegalmente omitido [...]. En reiterada y uniforme jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha establecido que la acción de cumplimiento, debido a su naturaleza jurídica, no resulta idónea para pretender la ejecución de lo resuelto en una sentencia judicial, debido a que el derecho a que se ejecuten las sentencias exige que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, y que lo hagan en el propio procedimiento en ejecución de resolución judicial, sin obligarles a asumir la carga de un nuevo proceso que resultaría incompatible con la tutela eficaz y oportuna que deben prestar los órganos judiciales.[460]

293.4. Lo cierto es que la toma de posición del Tribunal Constitucional en orden a restringir la dimensión y alcance de la acción (como veremos en el parágrafo siguiente) se alinea con el dictamen de la comisión que proyectó el Código Procesal Constitucional, que trabajando sobre la función global de los procesos constitucionales interpreta, *lato sensu,* que al no existir conflictos de interpretación sino de aplicación, el instituto no es propiamente un proceso constitucional.

Con el fin de ubicar cada posición en la contienda de inmediato nos referiremos a las respectivas opiniones. No obstante, creemos que la acción de cumplimiento no necesita resolver controversias sino ejercer con su mecanismo activo el efectivo control de constitucionalidad que significa prohibir la inejecución de un acto administrativo (que si crea derechos se incorpora al patrimonio individual como un derecho subjetivo que anida en el derecho de propiedad) o el desconocimiento de una ley (que como tal no puede ser desconocida sin responsabilidad alguna del renuente).

Por eso pensamos que la Constitución de 1993, cuando agrega la acción de cumplimiento contra normas que se desconocen o actos cuya ejecución se omite, crea un verdadero proceso constitucional con ese objetivo de intimación al renuente.

294. Naturaleza jurídica

294.1. La unificación de reglas y principios que impone el Código Procesal Constitucional es suficiente para ubicar a la acción de cumplimiento dentro de los procesos constitucionales.

---

[460] Sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de noviembre de 2002, expediente 1144/2002 AC/TC.

Pero la simple instalación no sería bastante como tampoco lo es definir la naturaleza constitucional de un proceso por que sea un tribunal constitucional el que lo resuelva.

Lo esencial es el objeto del que se ocupa. Los procesos de acción de cumplimiento protegen contra infracciones que afecten "el derecho de las personas a exigir el cumplimiento de un deber a la administración publica". Es decir, el sujeto pasivo es un funcionario o un ente que la representa. Por eso la doctrina dice que no se trata de un derecho fundamental, y que sea ésta, quizás, la razón por la cual el código procesal constitucional ha optado por referirse a los "derechos constitucionales" y no a los fundamentales, que son derechos humanos constitucionalizados. La intención de englobar a los tradicionales derechos fundamentales y los nuevos reconocidos en el proceso de cumplimiento, habrá dado lugar a esta "categoría".

Dice Oré Chávez que:

> [...] la infracción seria la inobservancia de las normas infraconstitucionales pero no esencialmente de la Constitución misma. Como vemos aquí se encuentra otra anomalía con la naturaleza de los bienes jurídicos constitucionales. A diferencia de los procesos anteriores aquí no se inobservan disposiciones constitucionales por parte del infractor; es más, si ello sucediera la demanda devendría en improcedente. La naturaleza del derecho que debe invocar el accionante es muy peculiar, el derecho a exigir. Pero este derecho sólo se puede constitucionalizar a través de una interpretación demasiado extensiva del texto constitucional; y es más, así se ha hecho para "salvar el *impasse*.[461]

294.2. Esta idea se afirma cuando se confronta la materia que en el seno de los procesos de cumplimiento se resuelve, advirtiendo que no es otro que el control de la inactividad administrativa, donde la controversia no gira en términos de derechos constitucionales, sino en términos de derecho administrativo, lo que conduce a afirmar que:

> hay que tener cuidado sobre la inactividad administrativa que pretendemos cuestionar vía acción de cumplimiento, ya que dicha inactividad administrativa queda dividida en la inactividad material contra la que se ejercita la acción de cumplimiento y la inactividad formal contra la que solo procede la acción contenciosa administrativa vía silencio administrativo negativo. Por eso, la acción de cumplimiento no es el mecanismo mediante el cual la parte actora pueda exigir que los órganos de la administración resuelvan lo peticionado, pues esta acción de garantía no procede contra la inactividad formal de la administración. Ello no solo importaría restarle operatividad al silencio administrativo negativo, sino desnaturalizaría el objeto del proceso, ya que se exigiría irrazonablemente el tránsito de una vía judicial por un problema cuya solución el ordenamiento ha previsto en su técnica de control.[462]

---

[461] ORÉ CHÁVEZ, Iván, *La relación jurídica sustancial en el proceso constitucional*, Ponencia presentada ante el I Congreso de Derecho Procesal Constitucional de la Comunidad Sudamericana de Naciones (26 de mayo de 2006), *passim*.

[462] Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de enero de 2004, expediente 1224/2003-AC/TC.

De allí que el objeto en los procesos de cumplimiento sea el control de la inactividad administrativa material, entendiendo por tal cuando existe inactividad formal de la administración al cabo de un procedimiento administrativo, o como consecuencia del ejercicio del derecho de petición por el administrado, los funcionarios, autoridades u órganos de la administración no contestan o resuelven lo que se peticiona, no obstante existir un deber de hacerlo.

En cambio se presentaría una inactividad material de la administración, cuando fuera de un procedimiento administrativo, sus órganos o funcionarios dejan de cumplir un mandato que impone un tipo de actuación. En este caso, el administrado cuenta, para no verse perjudicado con la inactividad formal de la administración, con la técnica del silencio administrativo negativo.

294.3. Veamos la cuestión comenzando con el análisis profundo que hace una sentencia del Tribunal Constitucional.[463]

Desde el punto de vista doctrinario, es posible considerar que existen temas de naturaleza propiamente constitucionales y otros que, sin tener tal condición, son incorporados a la Constitución por el constituyente. Sin embargo, desde la perspectiva de la justicia constitucional, que es la que le compete al Tribunal Constitucional, y a fin de preservar la supremacía jurídica de la Constitución, con arreglo a los artículos 45 y 51 de la Carta Magna, es indispensable reiterar el carácter normativo de la Constitución en su conjunto que, obviamente, abarca todas las materias que ella regula.

La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y "*lo constitucional*" derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer (no sólo en los procesos de inconstitucionalidad y en los procesos competenciales, sino también en los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales), donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución.

Atendiendo a las consideraciones expuestas es que se deben interpretar las normas contenidas en el Título V de la Constitución, relativas a las garantías constitucionales o procesos constitucionales. En efecto, el planteamiento descrito líneas arriba se confirma con el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, relativo a los alcances de dicho cuerpo legal, que señala que tal Código regula los procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202 inciso 3° de la Constitución. Consiguientemente,

---

[463] Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de septiembre de 2005, expediente 0168/2005 /AC/TC

el Código Procesal Constitucional acatando el mandato constitucional, reconoce al proceso de cumplimiento carácter de proceso constitucional.

Ahora bien, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales tienen, entre sus fines esenciales, los de garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales que son posibles, o se concretizan, a través de las finalidades específicas de cada uno de los procesos constitucionales. Por tanto, para configurar el perfil exacto del proceso de cumplimiento, garantizando la autonomía de cada uno de los procesos constitucionales que protegen derechos constitucionales (amparo, *habeas corpus* y *habeas data*), debemos precisar, dentro del marco del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como es que mediante el proceso de cumplimiento se alcanzan los fines comunes a los procesos constitucionales.

Para ello, es necesario tener presente que el artículo 3, concordante con el artículo 43 de la Constitución, dispone que la enumeración de los derechos establecidos en su capítulo I del Título I no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

En efecto, conforme a los principios de soberanía del pueblo (artículo 45 de la Constitución) y de forma republicana de gobierno, al carácter social y democrático de nuestro Estado (artículo 43 de la Constitución), y al principio de jerarquía normativa (artículo 51 de la Constitución), el respeto al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, donde se incluyen las decisiones de este Tribunal Constitucional, constituye uno de los valores preeminentes de todo sistema democrático por donde los poderes públicos y los ciudadanos deben guiar su conducta por el derecho.

Por tanto, el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces.

Es sobre la base de esta última dimensión que, conforme a los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65 del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento.

En efecto, el inciso 6 del artículo 200 de la Constitución establece que el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario *renuente a acatar* una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Como hemos expuesto precedentemente, el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto, así como el proceso de *habeas data* tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la información pública y autodeterminación informativa, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos.

Con este proceso constitucional el Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución (artículos 3 y 43), el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (artículo 38) y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 51) serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia.

294.4. Es cierto que hay requisitos comunes de la norma legal y del acto administrativo para que sean exigibles a través del proceso de cumplimiento.

Es así que desde la línea argumental descrita en el artículo 66 del Código Procesal Constitucional, el objeto de este tipo de procesos será ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) dé cumplimiento, en cada caso concreto, a una norma legal, o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución o dictar un reglamento. En ambos casos, el Tribunal Constitucional considera que para la procedencia del proceso de cumplimiento, además de acreditarse la renuencia del funcionario o autoridad pública, deberán tenerse en cuenta las características mínimas comunes del mandato de la norma legal, del acto administrativo y de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento, a fin de que el proceso de cumplimiento prospere, puesto que de no reunir tales características, además de los supuestos contemplados en el artículo 70 del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea.

Sobre las características mínimas comunes de la norma legal o del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige, el Tribunal afirma que:

> [...] debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, [...] que se encuentre vigente.[464]

[464] Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 0191-2003-AC, fundamento 6.

294.5. Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes: *a)* Ser un mandato vigente*; b)* ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo; *c)* no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; *d)* ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; *e)* ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá: *f)* Reconocer un derecho incuestionable del reclamante; y *g)* permitir individualizar al beneficiario.

294.6. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.

De no ser así, el proceso de cumplimiento terminaría convirtiéndose en un proceso declarativo, o de conocimiento, con abundancia de medios probatorios y en cuyo seno se discutan controversias propias de este tipo de procesos. Por el contrario, si tal proceso conserva su carácter especial (*ser un proceso de condena, de ejecución, breve, sumario, donde la actividad probatoria es mínima*), bastará que se acredite el incumplimiento de la norma legal, la inejecución del acto administrativo, el incumplimiento de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento y la renuencia, consiguiéndose un proceso rápido y, sobre todo, eficaz.

Por tanto, para el Tribunal Constitucional las características básicas del proceso de cumplimiento diseñado por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, son las reseñadas precedentemente.

294.7. Ahora bien, la posición del Tribunal Constitucional contraría el fin querido por el Código Procesal Constitucional y por la propia Carta Suprema que incorporan al texto de ellas la acción de cumplimiento. Es cierto que desde que fuera antepro-

yecto, el proceso tuvo resistencias en la línea que presenta el poder jurisdiccional, pero lo cierto es que la decisión tomada fue hecha como opción pese a las posibilidades que había de legislar especialmente el mecanismo sin necesidad de llevarlo al texto constitucional.

Coincidimos con Carpio Marcos cuando sostiene que:

> [...] si bien el en antepenúltimo párrafo del artículo 200 se estableció una reserva de ley orgánica para la regulación de todas las garantías allí contempladas, bien pudo excluirse al proceso de cumplimiento del código procesal constitucional y plantearse que su tratamiento se realizara en una ley especial, respetando la reserva de ley orgánica que allí se prevé.[465]

Continúa el profesor peruano señalando que:

> [...] las consecuencias de esta no exclusión se hacen sentir, por ejemplo, en el Título I del CPC, relativo a las disposiciones generales de los procesos de tutela de los derechos fundamentales. Dado que con el proceso de cumplimiento no se protegen derechos fundamentales, el legislador o bien ha tenido que precisar la situación particular de este proceso, dejándose de lado el carácter de "disposiciones generales" de las cláusulas allí insertadas, o bien establecer que algunas de aquellas disposiciones sencillamente no son aplicables al proceso de cumplimiento.[466]

En otra obra, el mismo autor sostiene que lo que caracteriza a un proceso como constitucional es la presencia conjunta de tres elementos: *a)* su configuración o creación a nivel constitucional, y no simplemente mediante una ley; *b)* existencia autónoma, esto es, con entidad propia y no sólo como un elemento accesorio que forma parte de un proceso distinto, como puede ser el caso de los "incidentes constitucionales", y *c)* su objeto, esto es, un proceso destinado a resolver controversias en materia constitucional y no de otra clase.[467] Condición esta última que considera no tiene la acción de cumplimiento de forma tal que la caracteriza como procedimiento administrativo.

La distancia que se puede encontrar en la función objetiva del proceso de cumplimiento que lo lleva a requerir la aplicación de actos administrativos, a diferencia de otros donde se persigue evaluar la constitucionalidad de las normas, no es tan lejana como para privarle de carácter constitucional, porque, en definitiva también aquí (en la acción de cumplimiento) el Tribunal Constitucional ejerce el rol principal de custodio y fiel intérprete de la Norma Fundamental, contingencia que no podría hacer en un proceso que no fuera constitucional. De otro modo, podríamos sostener que el tribunal ejerce control de legalidad y no de constitucionalidad en el proceso en análisis.

---

[465] CARPIO MARCOS, Edgar, *El proceso de cumplimiento en el Código Procesal Constitucional,* en "Introducción a los procesos constitucionales", AAVV, Jurista, Lima, 2005, p. 192.

[466] CARPIO MARCOS, ob. cit., p. 193.

[467] CARPIO MARCOS, Edgar, "La acción de cumplimiento", en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo II (Susana Ynés Castañeda Otsu, coord.), Jurista, Lima, 2004 (2ª ed.), p. 963.

Esta es la tesis de Cesar Landa cuando afirma que el objeto de la acción de cumplimiento es velar por la vigencia de dos derechos constitucionales positivos: uno, la constitucionalidad de los actos legislativos, y el otro, la legalidad de los actos administrativos. Por ello, no basta que una norma legislativa o administrativa sea aprobada mediante los requisitos formales y que sea conforme a las disposiciones sustantivas establecidas en la Constitución y en la ley, sino que la eficacia del cumplimiento de las mismas se convierte en un derecho constitucional de los ciudadanos.[468]

La exposición de motivos del anteproyecto de Código Procesal Constitucional consuderón que no era un proceso constitucional estricto, no obstante dijo que:

> [...] al igual que lo ocurrido con las demás garantías constitucionales se opta por denominarlo "proceso de cumplimiento". La Comisión estima que la denominada acción de cumplimiento no es un proceso constitucional en sentido estricto, toda vez que no cautela derechos fundamentales o valores constitucionales, como puede ser el de jerarquía normativa. Sin embargo, por estar presente en el texto constitucional, y en tanto siga vigente, ha optado por considerarla en su anteproyecto. Y lo hace en los mismos términos que la Constitución indica. No obstante, consideramos que esta institución debería ser eliminada, pues no solo no es clara, sino que en puridad no es un proceso constitucional.[469]

295. Diferencias con otros procesos

295.1. En Perú, es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.[470]

Para conseguirlo el procedimiento sigue las líneas del amparo en cuanto sea aplicable, de manera que la primera cuestión a dilucidar es cuanta autonomía tiene la acción de cumplimiento respecto al primero.

El art. 45 del código procesal constitucional establece que: "El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo".

Este requisito de acudir a una vía concurrente o paralela puede ser controversial si adoptamos el criterio como procedimiento de reclamación administrativa que tras la sustanciación alcance una decisión particular. En tal sentido, el tránsito previo referido no sería propio pues el art. 69 del mismo ordenamiento dispone:

> Para la procedencia de la acción de cumplimiento se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber

---

[468] LANDA ARROYO, César, "La acción de cumplimiento en el proyecto de Constitución de 1993", *Revista del Foro*, año LXXXI, nº 1, Lima, 1993, p. 55.

[469] ABAD YUPANQUI, Samuel B., DANÓS ORDONÑEZ, Jorge, EGUIGUREN PRAELI, Francisco J., GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, MONROY GÁLVEZ, Juan, ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Código Procesal Constitucional,* Tribunal Constitucional del Perú-Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008 (3ª ed.), pp. 124/125.

[470] OLANO GARCÍA, *La acción de cumplimiento en Perú y su comparación con la colombiana,* cit., p. 531.

legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez (10) días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.

El documento de fecha cierta está señalado en el art. 245 del Código Procesal Civil y, teniendo en cuenta los distintos casos que contempla, debe ser la solicitud presentada a la autoridad o funcionario obligado con sello de recepción. También en este caso, al igual que en el *habeas data* peruano, se ha preferido referirse genéricamente al documento de fecha cierta en vez de la carta notarial, como lo disponía la ley anterior.[471]

Además, el artículo 7º de la ley 26.301 ordenó que la acción de cumplimiento se entendiera directamente con el funcionario o entidad encargada del cumplimiento que se solicita. Si ella no fuere conocida, o no hubiere certeza de la misma, se deberá dar intervención al superior jerárquico, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 12 de la Ley 25.398.[472]

En consecuencia no es igual emplazar a dar cumplimiento con el acto administrativo que promover un reclamo que de lugar a un procedimiento controversial con derechos en conflicto. Mientras el primero sirve para cumplir con el requerimiento al renuente y habilitar la acción de cumplimiento; en el segundo —como sucede en el amparo— es preciso haber agotado la instancia administrativa.

Sostiene César Landa que:

[…] es interesante vincular la acción de cumplimiento y la acción de amparo desde dos perspectivas: una como vías paralelas, otras como vías en conflicto. En tal sentido, se pude concebir la acción de cumplimiento como una vía paralela de la acción de amparo, por cuanto esta protege directamente derechos fundamentales subjetivos y concretos de rango constitucional y, en todo caso, se interpone para impedir que los efectos de una norma se apliquen a una persona por lesionar derechos constitucionales; en tanto que la acción de cumplimiento protege derechos infraconstitucionales, como es la eficacia de

---

[471] RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A., *Manual de Derecho Procesal Constitucional,* Grijley, Lima, 2006 (3ª ed.), p. 462.

[472] Ley complementaria de la acción de *habeas corpus* y amparo, que se refiere a: ART. 12.—Para el mejor cumplimiento del Artículo 10 de la Ley se tendrá presente lo siguiente: *a)* La defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público, corre a cargo del Procurador Público que corresponda, en caso de ser ejercitada la acción en el Distrito Judicial de Lima. Adicionalmente, deberá notificarse con la demanda a la propia entidad estatal o al funcionario o servidor demandado, quienes si lo consideran pertinente, podrán intervenir directamente en el proceso. La intervención de la entidad estatal o del funcionario o servidor Público es facultativa, debiéndosele notificar siempre con la demanda y con la resolución que ponga fin a la instancia. La no participación del Procurador Público y de las personas señaladas en el párrafo anterior no invalida ni paraliza el procedimiento*; b)* Tratándose de acciones de garantía ejercidas fuera del Distrito Judicial de Lima, la propia autoridad demandada nombrará su defensor, sin perjuicio de la intervención del Procurador Público y del directamente demandado, a quienes deberá notificarse con la demanda y con la resolución que finalice la instancia. La no participación del Procurador o del defensor nombrado, no invalida ni paraliza el procedimiento*; c)* Tratándose de instituciones públicas con rango constitucional, serán demandadas directamente, sin la intervención del Procurador Público. Del mismo modo serán demandadas directamente las entidades que tengan personaría jurídica propia; y, *d)* Cuando el demandado es el Estado, no proceden de oficio los Recursos de apelación y nulidad.

las normas legales y actos administrativos, que se caracterizan básicamente por ser un derecho objetivo, pero con un componente subjetivo subsidiario y no menos importante, en tanto que el incumplimiento de dichas normas y actos afecta derechos líquidos y concretos de los ciudadanos.

Sin embargo, se podría presentar el caso de vías en conflicto cuando una persona demande en vía de acción de amparo que no se aplique una norma legal que afecte derechos fundamentales, mientras que la persona demandada podría interponer una acción de cumplimiento para que la autoridad o funcionario cumpla o no sea renuente de cumplir con dicha norma o acto administrativo, que seguramente le otorga o reconoce un derecho [...]. Pues bien, de haberse concretado la acción de cumplimiento sobre el mismo bien jurídico en conflicto, podría haber sendas sentencias estimatorias; las cuales luego de las apelaciones correspondientes sólo hubieran podido ser integradas uniformemente ante el Tribunal Constitucional, si es que hubiesen recibido en segunda instancia sentencias desestimatorias a sus respectivas demandas. En virtud de lo cual, el Tribunal Constitucional como instancia final del fallo de las resoluciones denegatorias de las acciones de amparo y de cumplimiento, entre otras, hubiera podido integrar Jurisprudencialmente ambas acciones llegadas con resoluciones judiciales en contra.[473]

295.2. Con la acción contencioso administrativa la asimetría se encuentra en los requisitos de procedencia. La acción de cumplimiento persigue el acatamiento de una norma legal o que se ejecute un acto administrativo. En ambos requerimientos basta con la intimación fehaciente, mientras que en el procedimiento administrativo se debe dar derecho a la controversia sobre la aplicación inmediata de los preceptos o la justificación por la omisión o demora.

La garantía constitucional tiene causas expresas de improcedencia; que no son tales en el contencioso contra la administración.

Para algunos la diferencia esencial está en que la acción contencioso administrativa solo pretende resolver un problema de legalidad donde el concepto de actuación jurisdiccional (*juris-dictio*) no es trascendente; a diferencia de la acción de cumplimiento que al constituirse como proceso constitucional debate conflictos de constitucionalidad como es el desconocimiento o la omisión de la ley.

Es la visión de los que convierten a la garantía constitucional de cumplimiento en herramienta del Estado de Derecho, partícipe de la idea de que la aplicación y obediencia de la ley es tarea de todos.

Sin perjuicio de estas grandes asimetrías, otras se dan en el plano de los presupuestos. Por ejemplo, en la acción constitucional no es posible impugnar actos administrativos.

Si dentro del concepto de "omisión lesiva" no se encuentra la inactividad formal de la administración, tampoco lo está la posibilidad de impugnar actos administrativos. Como la ha expresado el Tribunal Constitucional Peruano (Exp. 486-98-AC/TC), la impugnación de un acto, que dejó a su vez sin efecto una resolución que eventualmente establecía un

[473] LANDA ARROYO, César, "Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993", *Ius et veritas*, año IX, nº 18, Lima, 1999, pp. 31/32.

derecho subjetivo, no puede entenderse dentro de los alcances del proceso de Cumplimiento, pues mediante éste se persigue obtener su cumplimiento, que es una cuestión absolutamente distinta a la impugnación.

El objeto de la acción contenciosa administrativa es la impugnación de las actuaciones de la administración pública (Ley Nº 27.584), también procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas, entendiéndose a actuaciones tanto a las acciones o actuaciones materiales que no se encuentran en actos administrativos, declaraciones, comportamientos, actos administrativos, silencio administrativo, la inercia, omisiones, hechos basados en un acto administrativo o en una norma contrarios al ordenamiento jurídico; pueden ser promovidas las acciones contenciosas administrativas para obtener la declaración de nulidad o ineficacia de actos administrativos, el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines, el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo, la indemnización por el daño causado o "se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.

Nótese que ésta última pretensión que se puede hacer valer en los procesos contenciosos administrativos, también está contenido en el artículo 66 de Código Procesal Constitucional, que describe el objeto del proceso de cumplimiento, pero por la naturaleza distinta de ambas acciones y por la diferenciación anteriormente hecha sobre la inactividad administrativa formal y la inactividad administrativa material, ya podemos darnos cuenta cual es el verdadero objeto que persigue la acción de cumplimiento y que por supuesto no es el mismo que el objeto de la acción contenciosa administrativa, ya que éste es más amplio contiene a la inactividad tanto formal como material, siendo su esencia la impugnación de los actos administrativos, cosa que no procede en el proceso de cumplimiento.[474]

295.3. También se afirma que:

La acción de cumplimento tiene un ámbito de aplicación más restringido que la acción contenciosa administrativa, puesto que con ella no se puede impugnar un acto administrativo y solo opera contra la inactividad administrativa material, además la acción de cumplimiento se interpone contra funcionario o autoridad pública para que cumpla con una norma legal o ejecute un acto administrativo firme o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento, esta acción puede ser utilizada para asegurar el cumplimiento de todas las normas con fuerza de ley, lo cual incluye no sólo a las leyes en sentido formal, que por el sólo hecho de ser expedidas por el Congreso y sancionadas por el Presidente, tienen fuerza de ley, sino también a otros actos normativos, que sin ser leyes formalmente, tienen por expreso mandato constitucional, fuerza de ley, como sucede con los decretos de facultades extraordinarias, siempre y cuando sean expedidos siguiendo un procedimiento regular y en concordancia y armonía con la Constitución Política del Estado y con el bloque de la constitucionalidad.

---

[474] CARPIO MARCOS, ob. cit., pp. 195 y ss.

> A diferencia de la acción contenciosa administrativa, la acción de cumplimiento puede ser ejercida por cualquier persona frente a normas con rango de ley y reglamentos. Y solo si el proceso de cumplimiento tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, solo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido, a semejanza de la acción contenciosa administrativa.[475]

En síntesis, tanto la acción contenciosa administrativa como la de cumplimiento están contempladas en la Constitución, de manera que por su instalación tendrían fines trascendentes, solo que uno de ellos, no es garantía.

El procedimiento contencioso administrativo es una herramienta ordinaria destinada al control de legalidad y no está previsto en los procesos del art. 200 constitucional, cuya finalidad específica es preservar la ejecución y cumplimiento de los derechos constitucionales y las garantías fundamentales.

296. Causales de improcedencia

296.1. El art. 70 del Código Procesal Constitucional establece que el proceso de cumplimiento no procede: *a) Contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones*.

El Tribunal Constitucional en sentencia citada con anterioridad,[476] sostuvo que el objeto de este tipo de procesos era ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) dé cumplimiento, en cada caso concreto, a una norma legal, o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución o dictar un reglamento. En ambos casos, el Tribunal Constitucional considera que para la procedencia del proceso de cumplimiento, además de acreditarse la renuencia del funcionario o autoridad pública, debe tener en cuenta las características mínimas comunes del mandato de la norma legal, del acto administrativo y de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento, a fin de que el proceso de cumplimiento prospere, puesto que de no reunir tales características, además de los supuestos contemplados en el artículo 70 del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea.

Una sentencia jurisdiccional no es ejecutable por la acción de cumplimiento; como tampoco es esta la vía para emplazar al obligado al acatamiento. Lo que no quiere significar que sean decisiones irrevisables, porque por ejemplo, los artículos 142º y 181º de la Constitución de 1993 establecen que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral no se pueden revisar en sede judicial; sin embargo, el Tribunal Constitucional señaló que ello sólo es válido siempre que no exista una afectación a los derechos fundamentales o se vaya en contra de los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional. En ese sentido,

---

[475] CARPIO MARCOS, ob. cit., pp. 195 y ss

[476] Sentencia del 29 de septiembre de 2005, en expediente 0168/2005 AC/TC.

dijo que las decisiones de la entidad en materia electoral sí pueden ser revisadas en sede judicial, puesto que "no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones.[477]

De todos modos la confusión que reina entre el objeto de los procesos constitucionales y aquellos que persiguen el cumplimiento de actos administrativos, se muestra en decisiones del Tribunal Constitucional donde después de sostener que la demanda fue rechazada liminarmente tanto en primera como en segunda instancia, por considerar que conforme al inciso 2º del artículo 5º del Código Procesal Constitucional, el proceso contencioso administrativo era la vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional vulnerado; afirma que conviene precisar que tal criterio, porque si bien constituye una causal de improcedencia corresponde evaluar si el mandato cuyo cumplimiento exige la parte demandante satisface los requisitos mínimos comunes que han sido establecidos como precedente vinculante en la STC 0168-2005-PC/TC (citada en notas anteriores).

Concluyendo que si de la resolución cuyo cumplimiento se pide se desprende que contiene un mandato vigente, pues no ha sido declarada nula; cierto y claro, pues de ella se infiere indubitablemente qué es lo que tiene que hacer la emplazada; no sujeto a una controversia compleja ni a interpretaciones dispares; y que tal mandato permite individualizar de manera explicita al demandante como beneficiario de un derecho; en consecuencia el mandato cuyo cumplimiento se exige satisface los requisitos del proceso de cumplimiento y, de tal manera, procede contra una decisión judicial desestimatoria.[478]

296.2. Tampoco procede *contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley*.

La limitación no alcanza para las normas creadas regionalmente, es decir, por los departamentos y municipios que generan actos administrativos de alcance general y particular cuyo cumplimiento se puede emplazar con el proceso en análisis.

La norma pretende obstruir el camino hacia la denominada "inconstitucionalidad por omisión", pero lo hace poniendo vallas en este camino, sin impedir que sean otros los caminos para hacerlo.

Ello es lógico porque una norma que no se dicta no es un mandato vigente; obviamente no produce efectos no tiene conflictos de lectura o interpretaciones dispares. Aunque, pueda ser un programa cuya operatividad esté esperando de reglamentación, en cuyo caso hablaríamos de un mandato condicional, tampoco es la acción de cumplimiento el proceso concreto desde que la satisfacción normativa requiere de actos complejos como son el trámite y la discusión parlamentaria.

---

[477] Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 2366-2003-AA/TC (caso Juan Espino Espino), del 6 de abril del 2004.

[478] Sentencia del 19 de enero de 2009 en expediente 06475/2007 AC/TC.

296.3. Es improcedente, asimismo *para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de amparo, habeas data y habeas corpus*.

La disposición pareciera incongruente porque los procesos constitucionales que se enuncian tienen, cada cual, una finalidad precisa diferente a la que persigue la acción de cumplimiento.

Pero se torna comprensible si lo adoptamos como temperamento para impedir que se acumulen acciones en orden a los derechos que se tienen y no se cumplen. Por ejemplo, si una persona tiene un derecho reconocido en un acto administrativo que no se ejecuta por cualquier causa (*v. gr.:* dejar de informar la condición de deudor por haber transcurrido el plazo del llamado derecho al olvido), la vía de reclamo puede ser la acción de cumplimiento o el *habeas data*. En este caso, ante la concurrencia de procesos, la norma dispone la específica eludiendo la de cumplimiento.

De todos modos, no es intención del precepto impedir la participación popular en los reclamos que se tengan, pues el propio Tribunal Constitucional ha sostenido, en reiterada jurisprudencia, que el Estado peruano, definido por la Constitución de 1993, presenta las características que identifican a un Estado democrático y social de Derecho, tal como se desprende de una interpretación conjunta de los artículos 3 y 43 de la Norma Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales.

> Un Estado democrático y social de Derecho —afirma— no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real [...], lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.[479]

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que la configuración del Estado democrático y social de Derecho requiere de dos aspectos básicos: *a)* La existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal, y *b)* La identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social.[480]

Precisamente, entre los fines de contenido social que identifican a este modelo de Estado se encuentran el *derecho a la salud*, el derecho al trabajo y el derecho a la

---

[479] Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 11.

[480] Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 12.

educación, entre otros; por lo tanto, para lograr una mayor efectividad de tales derechos, el Estado tiene tanto "obligaciones de hacer" (realizar acciones que tiendan al logro de un mayor disfrute del derecho) como "obligaciones de no hacer" (abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos), por lo que no resultan válidas aquellas posiciones que solo ven en los derechos civiles y políticos (libertad, seguridad y propiedad, entre otros) obligaciones estatales de "no hacer", y en los derechos sociales (salud, trabajo, educación), solo obligaciones estatales de "hacer".

En el Estado democrático y social de Derecho, la consecución de la mencionada participación activa de los ciudadanos en el sistema democrático, así como el logro del desarrollo social, requieren de una decidida labor del Estado expresada en «realizar acciones» que garanticen un efectivo disfrute de derechos tales como la libertad, seguridad, propiedad (por ejemplo, optimizando los servicios de seguridad, la función jurisdiccional o los registros de propiedad), *a la salud*, el trabajo y la educación (por ejemplo, mejorando los servicios de salud, creando más puestos de trabajo y eliminando el analfabetismo), entre otros; y en la «abstención» de afectar tales derechos (por ejemplo, no interferir irrazonable y desproporcionadamente en la libertad o propiedad, o no afectar o perjudicar los servicios educativos y de salud existentes).

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en el caso Meza García, al referirse a la efectividad de los derechos sociales:

> [...] No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente.[481]

Es más, en la actualidad, algunos de los derechos clásicamente considerados civiles y políticos han adquirido una indudable influencia social. Sobre el particular, se ha manifestado que:

> [...] la pérdida del carácter absoluto del derecho de propiedad sobre la base de consideraciones sociales es el ejemplo más cabal al respecto, aunque no el único. Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio para determinar la obligación de reparar. El impetuoso surgimiento de un derecho del consumo ha transformado sustancialmente los vínculos contractuales cuando participan de la relación consumidores y usuarios. La consideración tradicional de la libertad de expresión y prensa ha adquirido dimensiones sociales que cobran cuerpo a través de la formulación de la libertad de información como derecho de todo miembro de la sociedad [...].[482]

---

[481] Expediente 2945-2003-AA/TC, fundamento FJ 11.

[482] ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 26.

Por tanto, en un Estado democrático y social de Derecho, los derechos sociales (*como el derecho a la salud*) se constituyen como una ampliación de los derechos civiles y políticos, y tienen por finalidad, al igual que ellos, erigirse en garantías para el individuo y para la sociedad, de manera tal que se pueda lograr el respeto de la dignidad humana, una efectiva participación ciudadana en el sistema democrático y el desarrollo de todos los sectores que conforman la sociedad, en especial de aquellos que carecen de las condiciones físicas, materiales o de otra índole que les impiden un efectivo disfrute de sus derechos fundamentales.

296.4. Es inconducente la acción de cumplimiento *cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo*.

Como se ha dicho con insistencia, el objeto es que se cumpla o ejecute el acto omitido o remiso, a cuyo fin se exige que el acto o la norma sea un mandato de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y que se encuentre vigente.

> La acción de cumplimiento no procede contra la inactividad formal de la administración, ni es la vía correcta o idónea para pretender que la administración resuelva y reajuste de un derecho pensionario como lo dispone el Decreto Ley 19.990 conforme lo ha realizado en otros procesos, pues cada caso es concreto, más aún que esta vía ultra sumarísima no tiene etapa probatoria, siendo solo procedente como lo precisa el numeral 200 inciso sexto de la Constitución Política del Estado, es decir esta acción de garantía procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, ello concuerda con la Ley 26301 que establece la procedencia de la misma, sin perjuicio de las responsabilidades de ley, así como tienen por objeto reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación o amenaza de los derechos constitucionales y si éstos se produjeron por la acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio.
>
> [...] La acción de cumplimiento no procede para el cuestionamiento de actos administrativos que se consideren arbitrarios o ilegales, caso en el cual deben de realizar el uso de los recursos impugnativos de orden administrativo o de realizar la acción judicial pertinente (acción contencioso administrativa), no pudiéndose mediante esta acción la de ordenar administrativo realice algún acto donde se debe comprobar que el asunto demandado se encuentre en aptitud de ser resuelto, porque sería situarse en una posición que le corresponde a la emplazada en su labor propia y menos este Despacho puede suplantar la discrecionalidad de la administración, ni de modificar actos que son competencia de la demandada, y que necesitan de una actuación de pruebas; por cuyas consideraciones y en mi calidad de jueza especializada civil suplente.[483]

296.5. No procede, también, *cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario*.

---

[483] Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de enero de 2005 en el expediente 3149/2004 AC/TC.

Se ha resuelto que "[…] la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo es una competencia reconocida en el artículo 118, inciso 8, de la Constitución, donde se establece que 'corresponde al Presidente de la República'. [...] 8) Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones. En este sentido, también la potestad reglamentaria está sujeta a control jurisdiccional posterior, la misma que debe centrarse en analizar la "transgresión" o "desnaturalización" de que haya sido objeto la ley sujeta a Reglamento.

Ello supone un mandato condicionado no sólo a los procedimientos y requisitos que se establece en el respectivo reglamento, sino además, sugiere una actuación *potestativa discrecional* de parte del Estado, por lo que no es posible emplazar a las autoridades o directivos de las empresas a que realicen adjudicaciones de bienes inmuebles en el marco del proceso de cumplimiento

Por eso, el Tribunal Constitucional sigue el precedente 0168-2005-PC del 29 de setiembre de 2005, en el marco de su función ordenadora, que le es inherente, y a efectos de delimitar de mejor forma el ámbito de actuación del proceso de cumplimiento, ha precisado, con carácter de precedente vinculante, y conforme lo establece el artículo VII del Código Procesal Constitucional, los requisitos mínimos que debe reunir el mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso constitucional indicado.

En tal sentido, en los fundamentos 14, 15 y 16 de la sentencia precitada, se han consignado tales requisitos, estableciéndose que estos, en concurrencia con la demostrada renuencia del funcionario o autoridad pública, determinan la exigibilidad de una norma legal o acto administrativo en el proceso de cumplimiento, no siendo posible recurrir a esta vía para resolver controversias de naturaleza compleja.

Entre tales requisitos se ha determinado que el proceso de cumplimiento sólo resulta procedente respecto de normas que no requieren de actos previos para su aplicación y, sobre todo, que se trate de *mandatos "de ineludible y obligatorio cumplimiento"*. Esto supone, que se trate de mandatos que no dejen margen para el ejercicio discrecional de los poderes públicos y que, además, no sugieran un margen de apreciación para el funcionario o entidad sobre la oportunidad o conveniencia de la medida o actuación cuyo cumplimiento se solicita. Ello porque, de tratarse de tales supuestos, el proceso de cumplimiento resultará siempre inidóneo para compulsar las pruebas y cuestiones técnicas que pueden estar en juego.[484]

296.6. Tampoco procede *en los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial*.

El Tribunal Constitucional ha señalado que, para que se verifique la presencia de un conflicto de competencias o de atribuciones, debe concurrir un elemento subjetivo y otro objetivo. El primero implica que los sujetos involucrados en el conflicto cuen-

[484] Sentencia del 6 Tribunal Constitucional de fecha 6 de enero de 2006, en expediente 03962/2005 AC/TC.

ten con legitimidad para obrar, siendo estos los órganos constitucionales, poderes del Estado y gobiernos locales o regionales por expresa disposición del art. 109 del Código Procesal Constitucional. Es decir, se trata de un caso de legitimidad especial. Mientras que, de acuerdo al elemento objetivo, la materia del conflicto debe tener una dimensión constitucional, es decir, deberá tratarse de competencias o atribuciones derivadas de la Carta Fundamental o, *prima facie*, de las leyes orgánicas respectivas, quedando, de este modo, fuera de la competencia cualquier conflicto de materia administrativa o de otra índole, ya sea porque no existe coincidencia de sujetos o porque se advierte falta de materia constitucional. Se reconoce, así, una reserva de jurisdicción constitucional de los conflictos de competencia a favor del Tribunal Constitucional.

Este órgano conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan a los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí.

Ahora bien, el límite que pone la ley diferencia entre el conflicto constitucional de competencias y conflicto constitucional de atribuciones. Así, mientras el primero está relacionado con el gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales (de acuerdo con los artículos 191, 192 y 197 de la Constitución, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades y Ley de Bases de la Descentralización), el segundo tiene que ver con las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las normas que la desarrollan confieren a los poderes del Estado y a los órganos constitucionales.

> Uno de esos principios constitucionales que el Poder Judicial debe respetar, como todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43 de la Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado —*checks and balances of powers*— y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos. Esto explica el hecho de que si bien la Constitución establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (artículo 138º inciso 2), dimana de ella también la prescripción de que el Poder Judicial no ha de turbar, ilegítimamente, el ejercicio de las atribuciones de otros poderes del Estado. En tal línea puede predicarse entonces que así como la atribución de ejercer la potestad legislativa está reservada al Poder Legislativo —motivo por el cual puede oponer su reserva de ley a los actos administrativos y resoluciones judiciales que la invadan—, por igual razón la jurisdicción judicial no puede sustituir a los actos administrativos y a los actos de gobierno del Poder Ejecutivo. Esto, como es evidente, no impide que el Poder Judicial ejerza su atribución constitucional de impartir justicia, lo que se configura también como una reserva jurisdiccional inmune a los actos políticos; esta indemnidad, no obstante, no ocurre frente a la jurisdicción constitucional, a tenor del artículo 202º, inciso 3 de la Constitución, pues ella es la encargada de examinar los conflictos de competencia

y atribuciones, a fin de que no se produzcan superposiciones o menoscabos de las atribuciones constitucionales entre los poderes del Estado.[485]

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha distinguido, hasta ahora, tres clases de conflictos de competencias. Mientras el conflicto constitucional positivo se produce cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan, entre sí, una competencia o atribución constitucional, el conflicto constitucional negativo se da cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional. Junto a ellos se ha advertido también el conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio, que se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional, a la par que las afecta. En éste no se trata, pues, de la disputa por titularizar o no una misma competencia o atribución, sino de la que se suscita cuando, sin reclamar competencia para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro.

Esta reseña no agota el catálogo de las formas en las que puede manifestarse un conflicto constitucional. En efecto, más allá de lo previsto en el artículo 110º del Código Procesal Constitucional, en los conflictos de atribuciones entre poderes del Estado, el recurrente puede aducir que sus atribuciones son perturbadas por un acto o comportamiento que se considere ilegítimo del demandado y que le ocasione un perjuicio, o bien por interferir en su esfera de competencias, o por impedir ejercitar atribuciones propias, o por obstaculizar la eficacia de sus actos, o turbar su independencia como poder del Estado.

296.7. Es inadmisible el proceso de cumplimiento *cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el artículo 69 del Código Procesal Constitucional.*

La disposición es congruente con el art. 5º de la ley 26.301, de modo que la claridad sobre lo que se demanda como la causa concreta que se pretende con requisitos insoslayables de toda demanda.

Cabe aclarar, como lo hace Carpio Marcos, que con esta norma:

> [...] parece que el legislador ha querido desterrar por completo la idea de que en este proceso pueda existir vía previa administrativa, como indebidamente se planteó en el artículo 5 de la ley nº 26.301... La exigencia de agotarse la vía administrativa en el seno de este proceso, terminaba simplemente desvirtuando el objeto del proceso. De allí que, desde mediados de 1997, el Tribunal Constitucional haya prescindido por completo de ese agotamiento del procedimiento administrativo al que se aludía en la primera parte del art. 5 de la ley nº 26.301.[486]

---

[485] Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de febrero de 2007 en el expediente 0006/2006 PC/TC

[486] CARPIO MARCOS, *El proceso de cumplimiento en el Código Procesal Constitucional,* cit., p. 207.

La advertencia, empero, ha sido elasticada por la jurisprudencia[487] en el sentido de sostener que, en materia de interpretación de los derechos fundamentales, uno de los criterios a los que debe apelarse cada vez que se trata de determinar los alcances de la limitación o restricción al ejercicio de un derecho constitucional de naturaleza procesal, es el denominado *pro actione*, según el cual, tratándose del derecho de acceso a un tribunal de justicia, éste exige del operador judicial que interprete las restricciones impuestas a tal derecho del modo que mejor se optimice su ejercicio.

296.8. Finalmente no procede el proceso de cumplimiento, *si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta (60) días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial.*

Cabe precisar que la ley 26.301, que regulaba la acción de cumplimiento antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, establecía, en sus artículos 3 y 4, que en este tipo de proceso era de aplicación supletoria la ley 23.506, cuyo artículo 37 fijaba un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles para la interposición de la demanda.

En la actualidad, el artículo 69 del Código Procesal Constitucional dispone que:

> Para la procedencia del proceso de cumplimiento se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud [...].

297. Legitimación procesal activa

297.1. El art. 67 del Código Procesal Constitucional dispone que:

> Cualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, sólo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido.
>
> Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona. Asimismo, la Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de cumplimiento.

297.2. La doctrina del Tribunal Constitucional interpreta a la legitimación en el proceso como la posición de un sujeto respecto al objeto litigioso que le permite obtener una providencia eficaz. En otras palabras la legitimación es una cualidad o condición de las partes en relación con procesos concretos. Siendo este el panorama el profesor Eduardo Ferrer Mac Gregor ha señalado que:

> [...] La legitimación en el orden procesal debe relacionarse con el concepto de acción y, por consiguiente, con sus sujetos activo y pasivo. Se configura como el reconocimiento

[487] *Cfr*. Sentencia del Tribunal Constitucional 0191/2003 AC/TC.

> que el derecho hace a una persona de la posibilidad de ejercitar y mantener con eficacia una pretensión procesal determinada (legitimación activa), o de resistirse a ella eficazmente (legitimación pasiva). Nos referimos a la legitimación para obrar (*legitimatio ad causam*) que constituye un presupuesto o condición de fondo de la acción, y que no debe confundirse con la antigua terminología de la legitimación (*legitimación ad processum*) que es un presupuesto procesal [...].[488]

Existen, en consecuencia, dos clases de legitimación: *legitimación ad processum* o legitimación procesal, la cual se concibe como la aptitud o idoneidad para actuar en un proceso, en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro; y la legitimación *ad causam* o legitimación en la causa, que es la condición jurídica en que se halla una persona con relación al derecho que invoca en juicio, ya sea en razón de su titularidad o de otras circunstancias que justifican su pretensión. En otros términos, consiste en la autorización que la ley otorga a una persona para ser parte en un proceso determinado por su vinculación específica con el litigio.

297.3. Pero la legitimación así entendida ha de verse relativizada cuando de procesos constitucionales se trate y ello en virtud a que el derecho procesal constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva, pero que, debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve —la Constitución— debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico.

Es desde esta comprensión que el Tribunal Constitucional alemán ha destacado la "particularidad del proceso constitucional". Significa ello que el derecho procesal constitucional implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales. En este contexto, el Código Procesal Constitucional tiene que ser entendido como un "derecho constitucional concretizado" en palabras de Haberle. Esto es, al servicio de la "concretización" de la Constitución. Por ende, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el tribunal constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada.

Con esta línea de razonamiento, los procesos constitucionales persiguen no sólo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también comprenden la tutela objetiva de la Constitución. Pues la protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y de cumplimiento, la constitución peruana ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucio-

---

[488] FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho Comparado*, Porrúa, México, 2002, p. 170.

nales. Siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte la violación del otro.[489]

297.4. Cuando de procesos constitucionales de la libertad (amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y proceso de cumplimiento) se trate, dicha relativización ha de fundarse en las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, la consideración de la *dimensión subjetiva* del proceso de la libertad no conlleva el olvido de su dimensión objetiva; ambas esferas pueden entenderse como complementarias; de hecho, la defensa (o vulneración) de una conlleva la de la otra, quedando claro que los derechos fundamentales, a cuya defensa sirven los procesos de la libertad, comparten también esa doble naturaleza subjetiva-objetiva, como ya se afirmó. En esa perspectiva, por ejemplo, se encuentran aquellos procesos de amparo destinados a cuestionar normas autoaplicativas, o que desembocan en la emisión de precedentes constitucionales, o que terminan en la verificación de un estado de cosas inconstitucional;

b) en segundo lugar, y aún dentro de la esfera subjetiva del proceso de la libertad, es claro que todo ciudadano tiene el interés por que se respeten los derechos constitucionales en general (al margen de quién sea el perjudicado); así como por que se respete la primacía de la Constitución. (Art. 38 de la Constitución).

c) En tercer lugar, los principios procesales establecidos en el Art. III del Código Procesal Constitucional configuran al proceso constitucional como uno preferentemente publicístico; en ese sentido, la legitimación en los procesos de la libertad no puede entenderse a la manera como se entiende en un proceso civil (privatístico por excelencia). Antes bien, principios tales como los de dirección judicial del proceso, inmediación, socialización, impulso de oficio, elasticidad, *pro actione*, *iura novit curia*, etc., nos llevan a concluir que la legitimación en los procesos de la libertad debiera entenderse en términos más flexibles y que rompen los cánones del procesalismo ortodoxo.

d) Finalmente, el *principio de socialización* exige que se diseñen los mecanismos procesales idóneos para hacer realidad la igualdad (procesal) de las partes del proceso; en esa línea, por ejemplo, serían viables la introducción de figuras como el partícipe, el *amicus curiae*, el litisconsorte, etc., en el proceso de amparo (piénsese, por ejemplo, en el caso de los amparos difusos o medioambientales, colectivos, laborales).

297.5. El proceso de cumplimiento, con la amplitud que tiene la legitimación, parece ser una acción popular, al otorgar posibilidad de pedir a "cualquier persona". La apertura a todo interesado, tenga o no derechos subjetivos sobre el cumplimiento, es similar a la defensa objetiva de la Norma Fundamental que permite el proceso constitucional de acción popular.

---

[489] Sentencia del Tribunal Constitucional en expediente 03547/2009 ST/TC.

Para Olano García:

> en los casos relacionados con el medio ambiente podrá incoarla cualquier persona, lo cual le da el carácter de una acción popular, por la cual se entiende aquella que puede ser promovida por cualquier persona del "pueblo", sin necesidad de que tenga interés directo o haya sufrido agravio alguno. Lo anterior se explica porque se trata de proteger un derecho colectivo que está en cabeza de personas indeterminadas. Por lo tanto, el ejercicio de la acción, para el caso del medio ambiente, no requiere legitimación alguna.[490]

La diferencia puede estar en que la acción de cumplimiento se dirige a leyes y actos administrativos, mientras que la acción popular permite obrar en una doble dimensión (objetiva y subjetiva), tal como lo afirma la doctrina que confirma el Tribunal Constitucional al sostener que:

> [...] en el estado actual de desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, los procesos constitucionales persiguen no sólo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la tutela objetiva de la Constitución. La protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y la colectividad en general, pues su trasgresión también supone una afectación del ordenamiento constitucional. Por ello, bien puede decirse que detrás de la constitucionalización de procesos como el de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (objetiva-subjetiva) de los derechos fundamentales, y la doble naturaleza (objetiva-subjetiva) de los procesos constitucionales.
>
> [...] No obstante la irradiación objetiva-subjetiva del proceso de acción popular, para el demandante sigue siendo más ventajoso acudir a un proceso de amparo, ya que de fundarse la demanda se le garantiza la inaplicación de la norma inconstitucional (sea legal o reglamentaria) en su caso concreto. Esto a diferencia del proceso de acción popular, en donde los efectos favorables de la sentencia en la esfera subjetiva del accionante dependen de lo que disponga conveniente el juez.[491]

297.6. La acción de cumplimiento restringe la limitación cuando se reclama por normas o actos de aplicación singular, en cuyo caso solo quien es afectado por la omisión o la inejecución, tiene derecho al proceso.

En tal sentido, no tiene legitimación el tercero aunque tenga interés y sea éste jurídicamente relevante. Su posición es diferente al que fue parte en el procedimiento administrativo, o de quien es titular de una situación de derecho lograda desde la sanción de una ley. El tercero, en cambio, no participa en juicio defendiendo directamente una atribución, sino precaviéndose en contra de los posibles efectos que una sentencia pudiera depararle.[492] No se trata de una figura ajena al derecho proce-

---

[490] OLANO GARCÍA, *La acción de cumplimiento en Perú y su comparación con la colombiana,* cit., p. 533.

[491] Sentencia del Tribunal Constitucional en expediente 03847/2006 ST/TC.

[492] COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Las partes en las controversias constitucionales", en *Cuestiones Constitucionales*, n° 16, enero-junio 2007, Revista de la Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 131. Agrega este autor que "Poder considerar que el tipo de in-

sal en general y al derecho procesal constitucional, de allí que, de modo indirecto la actuación del tercero interesado tiene el efecto de garantizar a aquel que tiene tal carácter para que no se le perjudique en sus atribuciones, pero ello es como consecuencia de la sentencia y no de la pretensión de satisfacer las competencias que estime propias.[493]

297.7. El Defensor del Pueblo cuenta con legitimación suficiente para interponer acciones de cumplimiento. La potestad es propia de la institución, destinada a la defensa de los derechos humanos y a preservar que se respete el principio de supremacía constitucional.

La iniciativa procesal no impide que se sume a procesos ya incoados, haciéndolo en calidad de coadyuvante, o en su caso, para actuar como "*amicus curiae*"

El artículo 162 de la Constitución Política establece que:

> Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. El Defensor del Pueblo presenta informe al Congreso una vez al año, y cada vez que este lo solicita. Tiene iniciativa en la formación de las leyes. Puede proponer las medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones. El proyecto de presupuesto de la Defensoría del Pueblo es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por su titular en esa instancia y en el Congreso.

297.8. Más dudosa es la legitimación del *amicus curiae* porque, aunque la institución persigue fomentar un mejor desarrollo de la democracia participativa, tratando de consagrar el acceso del pueblo a las decisiones que adoptan los tribunales; como también sirve para garantizar el más amplio debate en los casos de trascendencia institucional o que resulten de interés público; ello no podría alterar la esencia consultiva de la institución, con la de ser parte en un proceso con intereses propios o de representación colectiva.

De allí que, en definitiva, a pesar de ser un instrumento útil para abrir canales de participación y fortalecer la representación de personas o grupos motivados por un interés público en la toma de decisiones judiciales, es preciso encontrar el rol institucional que desempeña.

En efecto, la institución del *amicus curiae* —literalmente, "amigo de la Corte"— procede del derecho anglosajón y es una práctica consolidada en países como Inglaterra, Estados Unidos (Regla 37 de las Reglas del Tribunal Supremo) o Canadá (regla 18 de las Reglas del Tribunal Supremo). En términos generales, puede definirse como aquella persona física o jurídica que, careciendo de legitimación para participar

---

terés requerido es legitimo, es decir, donde la afectación no debe darse respeto de una atribución expresamente reconocida por el orden jurídico, sino respecto a la posición que un determinado sujeto pueda tener dentro del orden jurídico. Por lo mismo, no puede exigirse que la posición que sustente el poder u orden que pretenda participar como tercero interesado sea la de una posición en el orden jurídico y siempre en relación con la sentencia".

[493] *Ibidem*.

en un litigio como parte principal ni tercero, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información objetiva.

En América Latina, Argentina fue de los primeros países en reconocer legalmente la importancia del aporte, no solo por los conocimientos esenciales que produce sino por el compromiso que toman para la justa solución de las controversias.

En Perú la institución se desprende de las normas constitucionales que se ocupan del derecho al debido proceso, el derecho de petición y la máxima relevancia y protección eficaz de los derechos fundamentales. Por lo demás, aparece expresamente regulada en el artículo 13-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el mismo que ha aceptado desde antiguo la presentación de los informes en derecho. Finalmente, es conocido también que la judicatura peruana ha acogido la institución del a*micus curiae*, a nivel de su máxima instancia, en diversos fallos: el primero, la ejecutoria emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de fecha 17 de noviembre del 2004, recaída en la competencia Nº 18-2004, planteada entre el Poder Judicial y la justicia castrense respecto al bárbaro asesinato de *Indalecio Pomatanta Albarrán*; también, la resolución de fecha 1 de agosto de 2008, pronunciada por la Sala Penal Especial en el proceso seguido contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori por violaciones a los derechos humanos.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha considerado que la trascendente función que practica el *amicus curiae* no le alcanza para tener legitimación activa en los procesos constitucionales, a cuyo fin, sobre la base del artículo 36.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, establece que: "En interés de la buena administración de la justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante o que presente observaciones por escrito o a participar en la vista".

Del articulo trascrito, puede concluirse que los *amicus curiae* intervienen en los procesos de tutela de derechos humanos: *a)* cuando son invitados por el Presidente de la Corte; *b)* en calidad de terceros y no de partes del proceso; y *c)* para presentar observaciones por escrito o a participar en la vista.

En buena cuenta, los *amicus curiae* no tienen derecho a la acción y ni siquiera actúan como parte procesal sino sólo como portadores de una opinión cualificada, política o técnica, que el Tribunal desea conocer.[494]

297.9. Cierre el cuadro de legitimados el caso de la defensa de derechos o intereses difusos, donde cualquier persona esta autorizada a obrar con la acción de cumplimiento. En ellos, nadie es titular de un derecho concreto, sino que cuentan con una parte del interés a tutelar. Por eso la legitimación es colectiva y lo esencial que domina el caso es la representatividad del interés.

---

[494] Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de diciembre de 2008, en el expediente 03173/2008 UC/TC.

Para ver el sistema en funcionamiento tomamos una sentencia del Tribunal Constitucional donde se interpreta la legitimación del vecino en orden con el artículo 113 de la Ley Orgánica de Municipalidades que dispone: "El vecino de una jurisdicción municipal puede ejercer su derecho de participación vecinal en la municipalidad de su distrito y su provincia, mediante uno o más de los mecanismos siguientes: [...]". Cabildo Abierto, conforme a la ordenanza que lo regula". El artículo 119, en cambio, establece que: "El cabildo abierto es una instancia de consulta directa del gobierno local al pueblo, convocada con un fin específico. El concejo provincial o el distrital, mediante ordenanza reglamentará la convocatoria a cabildo abierto".

Es evidente que en el caso del artículo 113, inciso 5, no existe mandato alguno. La norma simplemente describe los distintos mecanismos existentes a fin de ejercer el derecho de participación vecinal. Por lo tanto en este extremo la demanda deviene en improcedente al no encontrarse un mandato cierto y claro, por lo que no puede haber omisión o renuencia por parte de la Administración. Por el contrario, en lo que respecta al artículo 119, se aprecia claramente una norma cuya estructura denota un mandato que puede ser exigido mediante proceso de cumplimiento, ya que palmariamente se demuestra que la Municipalidad tiene un deber legal de reglamentar dicha disposición a fin de estructurar jurídicamente los requisitos necesarios para que se realice la convocatoria del cabildo abierto. Dicha norma entonces contiene un mandato que cumple con los requisitos establecidos en la sentencia del Expediente Nº 0168-2008-PC/TC, en cuanto guarda la calidad de cierto, claro, vigente, de obligatorio cumplimiento, incondicional y no sujeto a controversias interpretativas.

Como se aprecia la norma no establece plazo alguno para que los gobiernos locales cumplan con emitir tal reglamentación. Ello no es soslayado por este Colegiado, sin embargo debe tomarse en cuenta que al momento de interponerse la demanda el mandato contenido en el artículo sub exámine ya contaba con más de dos años de vigencia, tiempo que debe ser considerado suficiente para que se lleve a cabo la referida regulación.

Respecto la finalidad del cabildo y los mecanismos de participación y control vecinal, es importante resaltar que el artículo I del Título Preliminar de la LOM señala que los gobiernos locales son "canales inmediatos de participación vecinal en asuntos públicos". De otro lado no debe olvidarse que el cabildo abierto ha significado a través de nuestra historia republicana un instrumento de legitimación de las decisiones de los gobiernos locales, creándose con ello un clima de paz y tranquilidad apropiado para el desarrollo de la dignidad y el desarrollo de la comunidad.

A nivel comparado la Corte Constitucional de Colombia ha definido esta institución como "la congregación del pueblo soberano para discutir libremente, acerca de los asuntos que le interesen o afecten". En el ámbito nacional, debe recordarse que la derogada LOM (Ley N° 23853) regulaba esta figura —incluso de manera algo más extensa— en su artículo 83, en el que disponía que: "los vecinos pueden ser consultados en Cabildo Abierto, en vía ilustrativa, para que expresen su opinión sobre materias de la competencia municipal". En cambio la vigente LOM no expone mayor referencia sobre la institución, salvo lo dicho en el artículo 119. Es decir, establece que se trata de una *instancia de consulta directa del gobierno local al pueblo*" al que se le convoca con un fin específico, el mismo que debe ser de relevancia para la comunidad.

Constituye entonces obligación de la municipalidad emplazada facilitar el ejercicio de los derechos de participación vecinal de los ciudadanos que viven en su circunscripción,

por lo que la inactividad producida al no reglamentar el procedimiento a seguir para la convocatoria de cabildo abierto es un acto que no solo omite un mandato legal, sino que termina por vulnerar los derechos, no solo del actor, sino de todos los ciudadanos que domicilian en esa circunscripción, ya que impide un normal desarrollo del derecho de participación vecinal.

Por su lado, la demandada centra sus argumentos en exponer que no es posible convocar a cabildo abierto, dejando de lado lo referido a su obligación de reglamentar. Argumenta de tal forma que: i) no puede llevar a cabo el cabildo abierto porque el actor no es vecino de la circunscripción del distrito de Pulán y; ii) porque su finalidad era que la población se informara sobre la gestión municipal del ex alcalde Pacífico Becerra Núñez, lo que no podía realizarse hasta que contara con el informe de la Contraloría General de la República. Como se observa, la defensa no recae sobre la omisión de la regulación de la institución del cabildo abierto y más bien se sustenta en endebles argumentos que no resisten el mayor análisis.

Así, sobre el primer punto este Colegiado se remite a lo expuesto en el fundamento 3, *supra*, por lo que no se abundará en lo referente a la legitimidad del demandante. Y es que, puesto que la controversia radica en la omisión de la normatividad sobre la convocatoria de llamado a cabildo abierto, confirme el artículo 67 del Código Procesal Constitucional, es procedente la demanda. Acerca del segundo punto, debe indicarse que en el caso de autos se solicita la convocatoria del cabildo abierto para que se discutan aspectos relativos a la cuestionada gestión de un ex alcalde. Es decir, el tema era de relevancia y la autoridad municipal no necesitaba contar con el informe de la Contraloría General a fin de convocar a cabildo abierto. En tal sentido, plantear condiciones irrazonables a fin de entorpecer el ejercicio de un derecho fundamental, como es la participación política de los vecinos, no hace más que poner de manifiesto la intención de la emplazada, esto es no llevar a cabo un cabildo abierto. Así, acercarse a la comunidad, recoger las opiniones de los pobladores y satisfacer en la medida de lo posible las interrogantes que surjan del intercambio de opiniones es una labor para la cual no era necesario contar con el informe de la Contraloría General.

En conclusión se ha acreditado la renuencia de la Municipalidad de regular el artículo 119 de la LOM. Por lo tanto, a fin de revertir esta situación, la Municipalidad demandada tendrá que cumplir con emitir la ordenanza municipal que reglamente la convocatoria a cabildo abierto, dentro del plazo de 10 días, de conformidad con lo establecido en el artículo 72 del Código Procesal Constitucional.[495]

298. Legitimación pasiva

298.1. Sujeto pasivo de la demanda de cumplimiento es el funcionario renuente, o la autoridad estatal que deja de cumplir con la ley. Mientras el primero es un individuo identificado, el segundo es un ente o institución que es responsable por la ejecución o acatamiento que se impone con la demanda.

La legislación se refiere al funcionario o servidor público (art. 12, ley 25.398), o al Estado o funcionario público (art. 10, ley 25.306), mientras que el art. 200.6 de la Constitución prefiere señalar a la autoridad pública o funcionario renuente. En cual-

[495] Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de agosto de 2008 en expediente 09362/2006 AC/TC.

quiera de los casos la identificación del responsable es suficiente a los fines de promover la acción de cumplimiento.

> Para el caso peruano, existen "autoridades" civiles, políticas, militares y administrativas, aunque en la práctica se suele denominar como autoridad a la persona elegida popularmente para desempeñar un cargo determinado. Así mismo, se considera como "servidor" o "empleado" o "funcionario" público, a la persona natural que ha sido nombrada o designada para tal efecto. De lo anterior se concluye que, en el ordenamiento jurídico peruano, la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad estatal o cualquier servidor o funcionario público.[496]

298.2. Se considera funcionario o servidor público a quienes son "elegidos" por el sufragio y ejerzan un cargo en la administración pública del Estado o sus órganos descentralizados. Esta definición que se toma de la Convención americana contra la Corrupción tiene un destino concreto que puede no ser coincidente con el que persigue emplazar correctamente al funcionario renuente.

De allí que sea mejor precisar en la autoridad administrativa el agente responsable; y solo cuando la ausencia de acatamiento es genérico, alcanzar a la autoridad pública *in genere.*

Cuando se trata de renuencia (inejecución del acto administrativo que perjudica al reclamante), así como se exige en el actor que justifique el interés propio; también supone que se identifique al funcionario. Esto puede traer cierta complejidad cuando de quien se trata no tiene potestades suficientes para responder en la medida que depende de una estructura administrativa que lo supera (*v. gr.:* si fuera el Ministro de Justicia quien no cumple con la provisión de necesidades en las cárceles y ello deriva de una disposición presidencial que reduce el presupuesto, o de la ausencia de norma presupuestaria que permita la imputación).

Esto se desdramatiza cuando el responsable es el agente de las entidades que bajo cualquier régimen jurídico, y ejerciendo potestades públicas conducen el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participan en la gestión de los procedimientos administrativos (ley Nº 27444 de procedimiento administrativo general —art. 50—).

298.3. La acción contra el funcionario supone haber intimado previamente a la misma persona contra quien se entabla la demanda. Lo mismo debe haberse realizado respecto a todos aquellos contra quienes se extiende la pretensión.

Si el accionado manifiesta ignorar la cuestión, el problema es de quien indica como responsable; pero ante la mínima incertidumbre sobre la extensión y alcance de obligados a responder, el proceso continúa contra quien o quienes primero fueron señalados.

298.4. Un interesante estudio del problema se enfoca desde la perspectiva estrictamente procesal.

---

[496] OLANO GARCÍA, *La acción de cumplimiento en Perú y su comparación con la colombiana,* cit., p. 534.

En efecto —se afirma— "[…] infractor constitucional es la persona, funcionario o entidad que con sus actos infringe una norma constitucional afectando un bien jurídico protegido por la constitución. Esto debe ser sometido a estudio y ardua investigación ¿Puede haber infracción sin afectación? ¿O acaso toda infracción implica necesaria e inevitablemente una afectación a un bien constitucional? […]. Lo que sí se puede asegurar es lo contrario: si es "factible" que se presenten casos donde se pruebe una infracción, pero no se pruebe quien es el infractor, en este caso por más infracción que se acredite no existirá relación material que corresponda lógicamente a un proceso constitucional, al menos uno "regular" u "ordinario" como quiera llamársele.[497] En lo que respecta a los derechos fundamentales el infractor puede ser cualquier persona o funcionario público, persona jurídica pública o privada. Es por ello que en el proceso de amparo, *habeas corpus* o *habeas data* el legitimado pasivo de la relación jurídica material procesal no tiene porqué tener una naturaleza jurídica exclusiva, ambos pueden y están en la capacidad de cometer infracciones contra los derechos fundamentales.

> Sucede algo muy distinto con la acción de cumplimiento, en el Reino Unido los propios particulares pueden ser legitimados pasivos de este tipo de procesos. Es en el Perú, donde las personas pueden llegar a ser infractores sólo con relación a su estatus de autoridad o funcionario público. Es más la norma expresa bien claro que la demanda se ha interponer contra esta persona en especifico. En cuanto a las pretensiones esencialmente impugnativas de normas, es lógico que el infractor sería en este caso el órgano que emitió la legislación correspondiente donde se encontraban las normas cuestionadas de inconstitucionalidad o ilegalidad […].[498]

298.5. El segundo párrafo del art. 68 del Código Procesal Constitucional dice que:

> […] si el demandado no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al juez indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará con las autoridades respecto de las cuales se interpuso la demanda. En todo caso, el juez deberá emplazar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.

Este es un curioso sistema que pone en cabeza del demandado el deber de orientar la demanda hacia quien se considera responsable. Obviamente no se trata de justificar la renuencia mediante la delegación de responsabilidades, sino de variar el principio dispositivo que domina en todo proceso al requerir que sea el demandado quien determine el sujeto pasivo que debe responder al reclamo planteado.

---

[497] Tal como ocurrió en el caso de la interceptación telefónica en el gobierno de Fujimori: "al no haberse logrado identificar al transgresor(es) de los derechos constitucionales invocados, la posibilidad de que este Colegiado pueda expedir una sentencia estimatoria, se encuentra en una situación tal que su objeto, que es el de disponer el cese de la afectación de los derechos constitucionales se torne imposible de poder efectuar, y en consecuencia, no se cumplan los fines propios de estos procesos constitucionales", expediente n° 1257-97-AA/TC.

[498] ORÉ CHÁVEZ, ob, cit., *passim*.

Inclusive, el párrafo final de la norma observa que puede ser el juez quien resuelva emplazar a la autoridad correspondiente, aun cuando ella no fuese demandada formalmente.

A estos fines, la competencia del órgano que debe asumir la defensa o generar la respuesta al proceso de cumplimiento que se entabla, se resuelve sobre el llamado "test de la competencia".

298.6. Como se ha señalado, para la resolución de un conflicto sobre quién es el obligado, es menester considerar principios y cláusulas de la norma o acto administrativo cuyo acatamiento o aplicación se pide.

De acuerdo con ello, ha dicho el Tribunal Constitucional,[499] estructura el test de la competencia como a continuación se precisa.

A) *Principio de unidad*. De acuerdo con este principio, el Estado peruano es unitario y descentralizado (artículo 43 de la Constitución), lo cual quiere decir que es un Estado en el cual los Gobiernos Regionales y Locales no sólo tienen autonomía administrativa, sino también económica y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191 de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículo 192. 6 y 200. 4 de la Constitución).

De ello se derivan principios:

Principio de cooperación, y lealtad nacional y regional. Este principio implica que el carácter descentralizado del Estado peruano no es incompatible con la configuración de Estado unitario, toda vez que si bien ella supone el establecimiento de órganos de poder territorialmente delimitados, a los cuales se les dota de autonomía política, económica y administrativa, su ejercicio debe realizarse dentro del marco constitucional y legal que regula el reparto competencial de los Gobiernos Regionales y Municipales.

En consecuencia, de este principio se derivan, a su vez, deberes concretos tanto para el Gobierno Nacional así como para los Gobiernos Regionales. Así, el Gobierno Nacional debe observar el *principio de lealtad regional*, lo que implica su cooperación y colaboración con los Gobiernos Regionales. Del mismo modo, los Gobiernos Regionales deben cumplir el *principio de lealtad nacional*, en la medida en que no pueden afectar, a través de sus actos normativos, fines estatales; por ello no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales que se derivan de la Constitución.

Principio de taxatividad y cláusula de residualidad. Si bien es cierto que la cláusula de residualidad no está expresamente reconocida en la Constitución, sí es posible que se entienda reconocida tácitamente en el artículo 192.10. Por tanto, las competencias regionales sólo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo de descentralización, de modo que lo que

[499] Sentencia de expedientes 0020 y 0021/2005, PI/TC, fundamentos 32 a 79.

no esté señalado en ellas, será de competencia exclusiva del Gobierno Central. Los Gobiernos Regionales, por tanto, no tienen más competencias que las que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. De ahí que se encuentren sometidos al principio de taxatividad, y que las competencias que no les han sido conferidas expresamente correspondan al Gobierno Nacional (*cláusula de residualidad*).

Principio de control y tutela. La exigencia que proyecta este principio consiste en que los Gobiernos Regionales y Locales están sujetos a instancias de control y tutela por parte de órganos nacionales competentes. Tal principio, que se encuentra recogido en el artículo 199 de la Constitución, señala que los Gobiernos Regionales y Locales son fiscalizados por sus propios órganos de control y por los organismos que tengan tal atribución por mandato constitucional o legal, y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que organiza un sistema de control descentralizado y permanente; pero también a un sistema de control interno.

B) *Principio de competencia*. El principio de competencia está estructurado, a criterio del Tribunal Constitucional, por los principios de distribución de competencias, el bloque de constitucionalidad de las ordenanzas regionales y la integración de otras normas en dicho bloque.

Distribución de competencias. En el Estado unitario y descentralizado regional, la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales y regionales, además de los locales. La autonomía político-normativa de los Gobiernos Regionales conlleva la facultad de crear derecho y no sólo de ejecutarlo. Precisamente por ello, el Estado debe concebirse como un Estado "unitario y descentralizado", es decir, como aquel en el que la descentralización, al alcanzar una manifestación político-normativa, fundada en el principio constitucional de la autonomía, prevista en los artículos 191 y 194 de la Constitución, acepta la coexistencia de subsistemas normativos (nacional, regional y local). La creación de Gobiernos Regionales con competencias normativas comporta la introducción de tantos subsistemas normativos como gobiernos regionales existan al interior del ordenamiento jurídico peruano. Pero la articulación de las fuentes en un ordenamiento de tal naturaleza no puede efectuarse exclusivamente bajo los alcances del principio de jerarquía, sino conforme al principio de competencia. En efecto, dado que las ordenanzas regionales son normas con rango de ley (artículo 200.4 de la Constitución), no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las leyes nacionales del Estado, por lo que para explicar su relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia, pues tienen un ámbito normativo competencial distinto.

El bloque de constitucionalidad de las ordenanzas regionales. En el bloque de constitucionalidad de las ordenanzas regionales cuentan tanto las leyes orgánicas que desarrollan el régimen constitucional de los Gobiernos Regionales como también aquellas otras leyes que tengan relación con esta materia.

(1) *La integración en el bloque de las leyes orgánicas*. Las leyes orgánicas encargadas de determinar las competencias de los Gobiernos Regionales son la LBD y la LOGR. Dichas competencias, de conformidad con el artículo 13 de la referida ley, pueden ser exclusivas, compartidas o delegadas. En tanto las competencias compartidas dan lugar a funciones específicas que cada uno de los niveles de gobierno debe llevar a cabo, tales funciones, en el caso de los Gobiernos Regionales, han sido recogidas en su respectiva ley orgánica; específicamente en sus artículos 47 a 64 De este modo, la validez de las ordenanzas regionales se encuentra sujeta al respeto del marco normativo establecido tanto en la LBD como la LOGR.

(2) *La integración en el bloque de otras normas legales.* Lo anterior no significa que allí se agoten las normas que pueden conformar el bloque de constitucionalidad. La apertura de éste a otras normas, sean éstas leyes orgánicas o simples leyes estatales o decretos legislativos, depende del tipo de materias que hayan sido reguladas por una ordenanza regional y, particularmente, de la clase de competencia (exclusiva, compartida o delegable) de que se trate. Existe, por tanto, un parámetro "natural" de control de constitucionalidad de las ordenanzas regionales, que se encuentra integrado por la Constitución, la LBD y la LOGR; pero también, tratándose de la regulación de determinadas materias, el bloque de constitucionalidad puede estar conformado, adicionalmente, por otras leyes nacionales. En estos casos, dichas normas forman parte de lo que podría denominarse un parámetro "eventual" de constitucionalidad.

C) *Principio del efecto útil y poderes implícitos*. A juicio del Tribunal, cada vez que una norma (constitucional o legal) confiere una competencia a los Gobiernos Regionales, debe entenderse que ésta contiene normas implícitas de sub competencia para reglamentar la norma legal, sin las cuales el ejercicio de la competencia conferida a los Gobiernos Regionales carecería de eficacia práctica o utilidad. El principio del efecto útil, así, pretende flexibilizar la rigidez del principio de taxatividad, de modo que la predeterminación difusa en torno a los alcances de una competencia por la ley orgánica o la Constitución no termine por entorpecer un proceso que, en principio, se ha previsto como progresivo y ordenado conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias (artículo 188 de la Constitución). Así, el principio de taxatividad de competencias no es incompatible con el reconocimiento de que los Gobiernos Regionales también pueden realizar aquellas competencias reglamentarias no previstas legal ni constitucionalmente, pero que sin embargo son consustanciales al ejercicio de las previstas expresamente (poderes implícitos), o constituyan una directa manifestación y exteriorización de los principios que rigen a los Gobiernos Regionales dentro de un Estado unitario y descentralizado.

D) *Principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos.* El proceso de descentralización del poder estatal mediante el establecimiento de las regiones y sus Gobiernos Regionales no es un acto acabado o definitivo, pues se realiza por etapas, conforme dispone el artículo 188 de la Constitución. En consecuencia, la asignación de competencias a los Gobiernos Regionales, así como la de sus recursos, es un proceso abierto que la Constitución ha querido asegurar,

entre otros medios, al establecer sólo de manera enunciativa las competencias de los Gobiernos Regionales, y dejar que esta tarea se complemente y amplíe mediante la incorporación de nuevas competencias por medio de la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 192.10 de la Constitución o, incluso, mediante acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Regionales, tratándose de competencias delegadas. Por consiguiente, sobre el legislador nacional pesa un mandato constitucional que lo obliga a no adoptar medidas regresivas que posterguen el proceso de regionalización o dificulten irrazonablemente la asignación adecuada de competencias y transferencia de recursos del Gobierno Nacional a los Gobiernos Regionales y Locales, conforme enuncia el artículo 188 de la Constitución; en la medida, claro está, de que exista disponibilidad presupuestal y de gasto público para tales efectos (Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución).[500]

299. Reglas procesales

299.1. *Competencia.* Corresponde a los jueces de primera instancia en lo civil, según lo dispuesto en el art. 31 de la ley 25.398 y su similar 26.435 (ley orgánica del tribunal Constitucional) intervenir cuando resulten competentes por razón de territorio, es decir, por tener jurisdicción dentro del circuito donde se afectó el derecho o se cierne la amenaza. También deriva del domicilio del afectado o amenazado, o donde tiene su domicilio el autor de la infracción o amenaza, a elección del demandante.

Es competente la Corte Superior de los Distritos Judiciales, contra la resolución o fallo del juez de primera instancia, cuando procede el recurso de apelación ante la Sala Civil de la Corte Superior del Distrito Judicial respectivo, el cual podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes, dentro de los tres (3) días siguientes (art. 33, ley 23.506).

Finalmente actúa el Tribunal Constitucional, conforme con el Título III de la ley Orgánica, cuyo art. 41 establece que conoce del recurso extraordinario que se interponga en última y definitiva instancia contra las resoluciones de la Corte Suprema o de la instancia que la ley establezca, denegatorias de las acciones de cumplimiento.

299.2. *Requisitos de la demanda.* Más allá del requisito especial previsto en el art. 69 del Código Procesal Constitucional (intimación previa), los recaudos formales de la demanda no varían las condiciones generales establecidas en el Código Procesal Civil.

La designación del juez ante quien se interpone; el nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante y de su apoderado, según el caso; el nombre y dirección domiciliaria del demandado; las pretensiones o el petitorio; la fundamentación jurídica del mismo; su monto; la indicación de la vía

[500] Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de fecha 20 de marzo de 2007, en expediente 0031/2005 PI/TC.

procedimental que corresponde a la demanda; los medios probatorios; y la firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.[501]

> La demanda deberá ser escrita en su totalidad, deberá designar al juez a quien va dirigida la demanda. Los datos del demandante, es decir nombre, identidad y domicilio procesal, El nombre y domicilio del demandado sin perjuicio de la representación procesal del Estado. La relación numerada de los hechos que se hayan producido o estén en vías de producir la violación del derecho constitucional. Los derechos que sean violados o se encuentren en peligro de amenaza. El petitorio debe comprender clara y concretamente lo que se pide. La firma del demandante o de su representante o de su apoderado y la del abogado. Uno de los requisitos principales del proceso de cumplimiento, es que el demandante haya reclamado por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento dentro del plazo de diez (10) días útiles siguientes a la presentación del requerimiento, a parte de ese requisito no es necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.

299.3. *Procedimiento.* Admitida la demanda, se corre traslado a la autoridad por el plazo de cinco (5) días para que produzca su informe y conteste el requerimiento. Como se aplica el procedimiento de amparo, la etapa probatoria es soslayable, de modo que el juez tiene que dictar sentencia dentro del quinto día siguiente, salvo que se haya solicitado un informe verbal.

En este caso, el plazo para pronunciar la decisión se computa desde la fecha de la realización de la audiencia oral. En su caso, si fueran deducidas excepciones, conforme a los procesos civiles, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el juez dará traslado al demandante por plazo de dos (2) días. Con dicha absolución o vencido el plazo quedan las actuaciones en estado de ser resuelta.

El principio de informalidad y economía procesal, propios en los procesos constitucionales, permite adoptar al juez un criterio activo y diligente, manteniendo en todo momento la igualdad entre las partes. En este caso, puede citar a audiencia única a las partes y sus abogados para realizar esclarecimientos; resolver actuaciones *in situ*, o intimar la agregación perentoria de documentos que se consideren indispensables.

También puede sanear defectos procesales, o al tiempo de recibir la pretensión, ordenar que se subsanen en el plazo de tres (3) días aquellos que se consideran posibles de corrección; en caso, contrario, desestimará la demanda. Si se presentan actos, con la finalidad de dilatar el proceso, el juez podría imponer multas, sin excluir las sanciones civiles, penales o administrativas.

> Pese a que la demanda, en la acción de cumplimiento, en principio debe reunir los requisitos de una demanda civil, no se debe exigir rigurosamente el cumplimiento de todos y cada uno de ellos, porque prima la informalidad sobre el formalismo procesal. En tratándose de la protección del medio ambiente, lo anterior previsión legal se justifica aún más porque se trata de una acción popular, cuyo concepto se explicó anteriormente, en la que al demandante no se le debe exigir el cumplimiento de formalismos o tecnicismos

---

[501] OLANO GARCÍA, *La acción de cumplimiento en Perú y su comparación con la colombiana,* cit., p. 537.

> en la elaboración de la demanda, los cuales son propios de otros tipos de acciones. En conclusión, la informalidad en la demanda conduce a evitar que el juez rechace o inadmita las demandas presentadas en ejercicio de la acción de cumplimiento; así mismo, tiende a evitar los fallos inhibitorios, es decir, que no decidan de fondo la controversia planteada, por ineptitud formal de la demanda. Lo anterior constituye aplicación del moderno principio del Derecho Procesal, según el cual en toda actuación judicial y administrativa debe prevalecer el Derecho sustancial sobre el Procesal, toda vez que los derechos humanos tienen preeminencia sobre los formalismos procesales, en aras de su protección y de la dignidad humana.[502]

299.4. El desistimiento de la pretensión se admitirá únicamente cuando ésta se refiera a actos administrativos de carácter particular (art. 70, CPC).

Son aplicables supletoriamente las reglas del código procesal civil, en cuyo caso los artículos 340 y 343 ordenan que el desistimiento sea puesto en conocimiento de los emplazados, quienes se pueden oponer o consentir la decisión.

El Tribunal Constitucional interpreta este artículo 340 estableciendo que el desistimiento puede ser: a) *Del proceso o de algún acto procesal*, y b) *De la pretensión*. Asimismo dicho cuerpo legal señala que el desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión (artículo 343), mientras que la resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión, produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada (artículo 344).

Sin embargo —dice el Tribunal referido—, es preciso señalar que el desistimiento de la pretensión en el proceso de *habeas corpus* no produce los efectos de cosa juzgada, sino simplemente da por desistido de la pretensión al accionante, y por tanto concluido el proceso, ello en razón de que en los procesos constitucionales sólo adquiere la calidad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo del asunto (artículo 6º del Código Procesal Constitucional) porque, por ejemplo, concluido un proceso de amparo con decisión final, es posible la instauración de otro (amparo contra amparo).

Asimismo cabe señalar que el pedido del desistimiento en tanto forma especial de conclusión del proceso está sujeto a una serie de formalidades, siendo una de ellas, que el escrito que lo contiene debe precisar su contenido y alcance, legalizando su firma el proponente ante el Secretario respectivo. Al respecto, el artículo 37º del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional señala "Para admitir a trámite el desistimiento debe ser presentado por escrito con firma legalizada ante el Secretario Relator del Tribunal Constitucional, Notario o, de ser el caso, el Director del Penal en el que se encuentre recluido el solicitante". En la misma línea este Tribunal precisa que si se trata de personas que se encuentran fuera del territorio de la República deben acudir a las autoridades respectivas a afectos del cumplimiento de la formalidad exigida para el desistimiento (503).

---

[502] OLANO GARCÍA, *La acción de cumplimiento en Perú y su comparación con la colombiana,* cit., p. 538.

[503] Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de mayo de 2009 en el expediente 03334/2008 PHC/TC.

300. La excepción de inconstitucionalidad

300.1. El art. 3 de la ley 23.506 previene que se puede dar el caso que la ley o el acto administrativo que contienen los deberes u obligaciones de las autoridades públicas, sean incompatibles con la Constitución peruana. En este evento, la autoridad podría negarse a su cumplimiento, aduciendo la inconstitucionalidad de la norma, lo cual daría lugar a proponer la respectiva excepción al contestar la demanda.

300.2. Esto implica que el juez, que conoce de la acción de cumplimiento, la resuelva al momento de proferir sentencia, en uno de los siguientes sentidos: Si considera que la norma es inconstitucional, el fallo será absolutorio para la parte demandada, ya que no se puede obligar a las autoridades públicas a aplicar una norma que sea contraria a la Constitución. Si, por el contrario, considera que la norma se aviene con la Constitución, entonces, condenará a la autoridad renuente a que le dé cumplimiento.[504]

301. La sentencia en el proceso de cumplimiento

301.1. El art. 72 del código procesal constitucional expresa que:

> La sentencia que declara fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto a:
> 1. La determinación de la obligación incumplida;
> 2. La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir;
> 3. El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días;
> 4. La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.

301.2. El caso sometido a decisión judicial encuentra modalidades para resolver de acuerdo al contenido que fuera objeto de la pretensión. En el supuesto de acciones de cumplimiento de leyes o actos administrativos de alcance general la eficacia será *erga omnes*, a diferencia de la obligación incumplida o inejecutada de alcance particular que solo beneficia a quien obtiene sentencia favorable.

Los tipos de sentencia no difieren, pues entre las que acepta la doctrina del Tribunal Constitucional, claramente las que ordenan cumplir o ejecutar son sentencias de condena que deben señalar al obligado cada una de las precisiones recién apuntadas (art. 72, CPC).

Lo particular está en que esa gran clasificación entre "sentencias de especie" o "de principio"; o bien, entre decisiones "estimatorias" o "desestimatorias", las que refieren al proceso de cumplimiento pueden ser ampliadas de la mera orden de ejecutar o cumplir, si para ello tenemos en cuenta que el marco de ajuste donde se desenvuelve el procedimiento, es el proceso de amparo.

---

[504] OLANO GARCÍA, *La acción de cumplimiento en Perú y su comparación con la colombiana,* cit., p. 539.

Por ejemplo, una *sentencia de especie* es la que resuelve de forma pura y simple la aplicación de la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En esta hipótesis la labor del juez constitucional es meramente "declarativa" porque se limita a expresar la norma contenida en la Norma Básica o demás preceptos directamente conectados con ella.

Por su lado las *sentencias de principio* son aquellas que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y hasta forjan verdaderos precedentes vinculantes.

> Es dable advertir que el Tribunal Constitucional ha establecido dentro de las denominadas sentencias de principios algunas a las que ha calificado específicamente como *institucionales* e *instructivas*. Las sentencias *institucionales* son aquellas que adicionalmente a su contenido interpretativo y/o integrador se caracterizan por expresar decisiones trascendentales y relevantes para el Estado y la sociedad, y en donde lo que se determina excede con largueza al mero interés de las partes, y, que, por ende, se proyectan no solo hacia el presente inmediato, sino que se extienden hacia el futuro comprometido de todos los integrantes de la colectividad. Estas tienen como consecuencia la predeterminación y sujeción de los planes y programas gubernamentales a los contenidos de dichos fallos. Al respecto, son citables los casos de Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos contra los decretos leyes Nº 25475, 25659, 25708 y 25880 [Expediente Nº 0010-2002-AI/TC] y el del Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo (acumulados) contra el Decreto de Urgencia Nº 055-2001 [Expediente Nº 015-2001- AI/TC y 024-2001-AI/TC].[505]

Estas tienen un alto valor jurisprudencial porque no solo orientan la tarea del legislador, sino también, ponen límites al obrar del gobernante o autoridad que ejerce un mandato público.

En el proceso de cumplimento la alternancia entre sentencias favorables y desfavorables es reiterado; pero cuando la pretensión queda estimada, es decir, cuando la sentencia reconoce el déficit de la autoridad, la decisión toma rumbo hacia el activismo que muestra a pleno el control de constitucionalidad.

301.3. En los casos donde la excusa pretendidamente absolutoria ha sido la inconstitucionalidad del precepto cuya aplicación se pide, claramente dice García Tomá que:

> [...] son sentencias interpretativas propiamente dichas, porque el órgano de control jurisdiccional —según sean las circunstancias que rodean al proceso constitucional— declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo que acarreó una aplicación indebida. Esto sucede cuando se asigna al texto que es objeto de examen una significación y contenido distintos a los que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado normas nuevas, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley que es objeto de examen. Por consiguiente, prohíbe que en el

---

[505] García Tomá, Víctor, *Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el tribunal constitucional peruano,* Instituto de ciencia procesal penal, Universidad de Lima, 2005, p. 5

futuro los operadores jurídicos interpreten y apliquen aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.[506]

302. Ejecución de la sentencia

302.1. La sentencia firme que ordena el cumplimiento del deber omitido, será cumplida de conformidad con lo previsto por el artículo 22 del código procesal constitucional (art. 73).

También señala lo siguiente en el segundo párrafo del artículo 1º:

> Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las *acciones u omisiones* que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

302.2. El destacado que hacemos deviene con la necesidad de mostrar el juego articulado de las disposiciones constitucionales y el código que reglamenta las garantías, porque el artículo primero es un punto de partida común para todos los procesos constitucionales, de manera que, la decisión de un juez de declarar fundada una demanda respecto a un acto lesivo que ha cesado o devenido en irreparable contiene un mandato para que el mismo acto no se repita en el futuro, siendo el objetivo de la sentencia prevenir la realización de un acto lesivo homogéneo. Si dicho acto ocurriese nuevamente, corresponde aplicar el procedimiento de represión previsto en el artículo 60 del Código Procesal Constitucional.

Por ello se ha dicho que la primera sentencia servirá de parámetro para evaluar si el acto que se produce con posterioridad es homogéneo.[507]

La característica esencial de la declaración de una determinada situación como un *estado de cosas inconstitucional* consiste en extender los efectos de una decisión a personas que no fueron demandantes ni participaron en el proceso que dio origen a la declaratoria respectiva, pero que se encuentran en la misma situación que fue identificada como inconstitucional. El Tribunal Constitucional en la sentencia anotada en la nota al pie, ha señalado que la técnica del *estado de cosas inconstitucional* busca extender los alcances *inter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas. Una vez declarado el *estado de cosas inconstitucional*, la sentencia respectiva efectúa un requerimiento específico o genérico a uno o varios órganos públicos a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar la acción u omisión, *per se*, violatoria de de-

---

[506] García Tomá, ob. cit., p. 7.

[507] Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de abril de 2004 en expediente N.º 2579-2003-HD

rechos fundamentales. En caso esto no ocurra se estará ante un supuesto de incumplimiento de la sentencia constitucional.

302.3. En el supuesto que la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional* implique que las autoridades no lleven a cabo determinadas acciones, por considerarse contrarias a los derechos fundamentales, si han dejado de realizarse (en cumplimiento de la sentencia) pero luego se vuelven a reiterar respecto a personas que no participaron en el proceso que dio lugar a la declaratoria del estado de cosas, éstas se encuentran habilitadas para acudir a la represión de actos lesivos homogéneos.

Sección 3ª La acción de cumplimiento y los mandamientos u órdenes de ejecución

303. La acción de cumplimiento en el derecho comparado

303.1. La sola mención de Colombia y Perú en el desarrollo de los procesos constitucionales de cumplimiento pone en evidencia cierta resistencia a su aplicación cuando el sistema legal de un lugar determinado tiene herramientas concurrentes o paralelas que persiguen igual resultado.

En los ordenamientos donde el amparo cuenta con mayores libertades, como es el caso de Argentina, el concepto de amenaza o violación a un derecho significa inejecución manifiesta que tolera ordenar a la autoridad la suspensión del acto lesivo, o la puesta en funcionamiento de aquello que no se cumple.

El amparo contra la omisión supone cierto parentesco con la acción de cumplimiento. Por eso, ha dicho con autoridad y exactitud Edgar Carpio Marcos que:

> [...] en el ámbito teórico, se ha destacado que su introducción habría sido innecesaria, pues su objeto estaría en cierta forma cubierto por el amparo que, como se sabe, tiene como finalidad proteger derechos constitucionales en los casos que se violen o amenacen violarse, ya sea por acciones u omisiones de funcionarios, autoridades o particulares.[508]

303.2. Pero la acción de cumplimiento puede ser más precisa si queda concentrada en la sola finalidad de permitir al que se considera afectado por el incumplimiento de normas o actos que le confieren un derecho subjetivo propio, o como parte integrante de un complejo de intereses (derechos colectivos; o individuales homogéneos), promover la ejecución rápida de aquello que no se cumple. Sería, ni más ni menos, que tener una vía jurisdiccional para reparar agravios a ciertos derechos lesionados por el incumplimiento.[509]

Precisamente en este capítulo observaremos cuánta autonomía tiene la acción de cumplimiento como proceso constitucional, y si verdaderamente lo es en el cuadro de las garantías, como para quedar instalado en esa característica.

---

[508] Carpio Marcos, Edgar, "La acción de cumplimiento en el derecho comparado", en *Defensa de la Constitución: Garantías y Controles* (libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos) AAVV, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 847.

[509] Carpio Marcos, ob. cit., p. 847.

303.3. En la legislación comparada existen, además, un conjunto de mandamientos (*mandamus*) que podrían acoplarse en el modelo que se analiza. Algunos son de carácter prohibitivo como el *writ of injunction* que impone a la autoridad la orden de no ejecutar un acto, o aplicar una ley que pueda llevar al irremediable sacrificio de derechos constitucionales.

> El *writ of injunction* tiene por objetivo impedir, bajo la forma de una prohibición la ejecución de un acto o de una ley; que es de efecto negativo, pues se opone a la violación de la ley por parte de un ente público; que inclusive se yergue contra los efectos de la cosa juzgada al impedir la ejecución de sentencias dictadas sin observancia de formalidades esenciales.[510]

Otros, en cambio, tienden a obligar la ejecución de un derecho que posterga su aplicación de manera arbitraria; o que siendo reconocido carece de reglamentación que determine la forma de cumplir; e inclusive se utiliza para remediar la rémora o negligencia de una instancia inferior.

En paralelo con estos "mandamientos" (*writ of mandamus*) aparecen en la comparación normativa, el amparo por mora de la administración en resolver un conflicto; la acción de inconstitucionalidad por omisión; o el propio recurso de avocación que, en algunos lugares, toma la forma de "*per saltum*".

La diferencia entre el *writ of injunction*, también denominado *prohibition*, con el *mandamus* es simple. El primero consigue obstaculizar que se tomen decisiones o se apliquen medidas de supuesto riesgo constitucional; mientras que el otro es una orden de hacer. Fix Zamudio[511] expresa:

> De todos estos recursos, los de *injunction* y *mandamus* son los que han ejercido una influencia más apreciable en los ordenamientos latinoamericanos, ya que el primero, mucho más complejo de lo que lo consideran quienes no se encuentran familiarizados con el derecho angloamericano, es más aplicado como procedimiento para obtener una orden de abstención, provisoria o definitiva, y ha sido muy útil como instrumento preventivo para impedir la realización de actos que puedan agraviar derechos fundamentales, mientras que el *mandamus* implica la posibilidad de obtener una orden judicial para forzar, generalmente a una autoridad, a que cumpla su obligación establecida de manera clara en la ley.

303.4. Como se aprecia, el objeto de la acción de cumplimiento cuando se relaciona con estas modalidades similares en cuanto al fin buscado, no supone relacionar el *Proceso* con la *Constitución*, por lo que su naturaleza procesal constitucional puede quedar discutida.

En Argentina el cumplimiento se procura con el régimen de la ejecución de sentencia cuando se trata de pronunciamientos jurisdiccionales sin observancia; o por la vía del amparo por mora de la administración si se trata de rémora o demora

---

[510] OTHON SIDOU, J. M., *Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandamiento de ejecución y "habeas data",* La Ley, 1992-E, 1010.

[511] FIX ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al estudio comparativo de la protección internacional de los derechos humanos,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-, México, 1974, p. 199)

injustificada; o bien, por la senda del amparo constitucional si la amenaza o la violación recae sobre un derecho fundamental.

Por tanto, compartimos la tesis de Carpio Marcos cuando sostiene que la acción de cumplimiento

> [...] es un proceso, pues se trata de un mecanismo instrumental compuesto por un conjunto de actos jurídicos procesales concatenados entre sí de modo ordenado, a través del cual una o varias pretensiones litigiosas, invocadas por los justiciables, son resueltas por los órganos de la jurisdicción, aplicando el derecho objetivo, con el objeto de restablecer la paz social y la justicia. Que proceda contra toda autoridad o funcionario que se muestre renuente a acatar lo dispuesto en una norma legal o en un acto administrativo, esto es, que constituya un mecanismo de control de la inactividad de la administración, conlleva que, por la función que cumple, se le considere como un proceso en cuyo seno pueden resolverse dos clases de pretensiones: por un lado, ya que a través de él se persigue obtener una resolución judicial que declare la ilegalidad del incumplimiento, será un proceso de conocimiento con una pretensión de condena. De otro, dado que la sola declaración de la ilegalidad de la omisión no puede constituir *in toto* su objeto, pues es preciso que se disponga el cumplimiento de lo ilegalmente omitido, constituye parcialmente un proceso de *ejecución*.[512]
>
> [...] Si la controversia en este proceso se deriva esencialmente de la inactividad, omisión o renuencia a cumplir con los mandatos establecidos en una ley o en un acto administrativo, entonces puede decirse, sin temor a equivocarse, que se trata de un proceso destinado a controlar la ilegalidad por omisión de la administración pública. No hay, pues, controversia que gire sobre "materia constitucional", ya que su objeto no se plantea como consecuencia de la aplicación o vigencia de una norma constitucional, sino de la ley o el acto administrativo.[513]

304. El mandamiento de ejecución

304.1. En sus orígenes los mandamientos provienen del derecho anglosajón que los resuelve como derechos del rey, en orden a establecer, con fuerza normativa, una serie de disposiciones de diverso carácter. Los *King´s writs* se emplazan desde el siglo XII y caracterizan buena parte del sistema jurídico.

En la actualidad ya no funcionan como derechos de preferencia que tiene el ejercicio del poder, sino como verdaderos instrumentos procesales que disponen las partes para urgir la aplicación de un precepto, pretender la selección de una causa (*certiorari*) o requerir el cumplimiento de una obligación.

Todas ellas son formas de *mandamientos.*

304.2. El *writ of mandamus,* se desarrolla en el siglo XIV, como proceso judicial destinado a conseguir una orden del juez por virtud de la cual se emplaza a las autoridades a cumplir con sus obligaciones.[514]

---

[512] CARPIO MARCOS, ob. cit., p. 859.

[513] CARPIO MARCOS, ob. cit., p. 860.

[514] CARPIO MARCOS, ob. cit., p. 849.

Emilio Rabasa lo define como "[…] el mandamiento que dicta un tribunal competente en nombre del Estado o del soberano, dirigido a otro tribunal inferior o a cualquier autoridad administrativa, ordenando la ejecución de un deber impuesto por la ley".[515]

Se encuentra mencionado como tal en la famosa sentencia "*Marbury vs. Madison"* (1803) donde se resolvió la inconstitucionalidad de la J*udiciary Act* a través de un "*writ of mandamus*", dando pie a la doctrina de la supremacía y del control constitucional.

En Estados Unidos el sistema faculta al juez a intimar el cumplimiento ("*writ of mandamus*") de una acción que la ley le impone; es un mecanismo que obliga a hacer; mientras que el "*writ of injunction*" es distinta, porque pretende evitar o prohibir que se realice un acto o prosiga el efecto pernicioso de una acción lesiva.

El tercer modelo es el "*writ of certiorari*" que puede desembocar en la reforma, ampliación o anulación de un acto administrativo que ilegalmente perjudica al recurrente. Este esquema tiene algunas limitaciones, básicamente dispuestas para evitar que la jurisdicción investigue la oportunidad y eficacia del acto, como el uso que de facultades discrecionales; es decir que se concreta en un control de legalidad.

304.3. En Argentina, la provincia de Entre Ríos, en un notable adelanto para los institutos de la época, incorporó en su texto constitucional en el año 1933, los arts. 25, 26 y 27, que dispusieran los institutos de la acción de amparo y las acciones de ejecución (w*rit of mandamus*) y de prohibición (*writ of injunction*).[516]

Respecto a ello, corresponde observar que:

> […] el art. 26 de la carta Magna Provincial dispone que: "Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufriere perjuicio material, moral o político, por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución". Por su parte, el art. 27 del mismo cuerpo legal establece que "Si un funcionario o corporación pública de carácter administrativo, ejecutase actos que le fueran expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir de los tribunales, por procedimiento sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o corporación". Dicha normativa generó en el año 1990, la ley 8369 —modificada por ley 8640/92— que reglamentó expresamente dichos institutos, disponiendo —en lo que aquí interesa (Sección II)— que: "Siempre que una Ley u Ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ajustarse el acto o que sufriere perjuicio material, moral o político, por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar su ejecución inmediata" (art. 25), que: "Si el funcionario o cor-

---

[515] RABASA, EMILIO, *El derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common law,* Porrúa, México, 1982, p. 641.

[516] ARANGUREN, Beatriz E., *Procesos urgentes: medidas autosatisfactivas*, LL Litoral 2006 (junio), 555.

> poración pública de carácter administrativo ejecutare actos que le fuesen expresamente prohibidos por la Ley u Ordenanza, el perjudicado podrá requerir un mandamiento prohibitorio contra el funcionario o corporación" (art. 26). [...] Merece destacarse que —en sus comienzos— se consideró a ambos writs como antecedentes de la acción de amparo en la provincia, confundiéndose en muchos casos en tanto no existían matices diferenciales claros, hasta el dictado de la ley 8369, que delimitó claramente su aplicación, conforme la normativa transcripta *supra*, determinando su pertinencia para requerir la ejecución de un acto o impedir su concreción, emanado de un funcionario o corporación pública de carácter administrativo, lo cual los diferencia nítidamente de sus antecedentes del derecho anglosajón, que autorizaba su procedencia contra particulares.[517]

El funcionamiento especial del mecanismo nos sirve para trazar el paralelo, antes enunciado, entre el amparo y los mandamientos u órdenes jurisdiccionales en examen. La Carta constitucional de Entre Ríos (1933) trajo un amparo genérico en el art. 25 y dos mandamientos (*writs*) en las normas siguientes, que hasta podrían quedar figuradas como sub tipos de amparo.

Posteriormente, la ley 8369 corrigió la interpretación y, como bien se dijo, "puso las cosas en su lugar".[518]

> Lo concreto es que la ley 8369 viene a poner las cosas en su lugar y a distinguir correctamente entre el amparo en sentido amplio o genérico, protector de derechos y garantías constitucionales, de estas dos vías también excepcionales, pero mucho más específicas y limitadas que aquél, y que inclusive pueden promoverse en forma simultánea y acumulativa.[519]

Corresponde agregar que la constitución provincial se reforma en el año 2008, y dispone en el artículo 58:

> Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufriere perjuicio material, moral o político, por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución.

Y a su vez el artículo 59 dice: "Si un funcionario o corporación pública de carácter administrativo, ejecutase actos que le fueran expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir de los tribunales, por procedimiento sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o corporación".

Pero también el artículo 62 reglamenta dos nuevas figuras que pueden quedar comprendidas entre las acciones de ejecución. Ellas se refieren del siguiente modo:

---

[517] ARANGUREN, ob. cit., pp. 555 y ss.

[518] BÉHÉRAN, Roberto, *El amparo y las acciones de ejecución y prohibición de Entre Ríos,* Delta, Santa Fe / Paraná, 1995, p. 69.

[519] BÉHÉRAN, ob. cit., pp. 69/70.

> Si esta Constitución, una ley o una ordenanza dictadas en su consecuencia, otorgasen algún derecho que dependiera para su concreción de una ulterior reglamentación y ésta no se dictara dentro del año de la sanción de la norma que la impone, el interesado podrá demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la condena de la autoridad renuente, a dictar la norma omitida. Ante el incumplimiento del obligado, el Tribunal integrará la misma o, de ser esto imposible ordenará, si correspondiere, la indemnización al demandante del daño resarcible que sumariamente acredite.
>
> Presentada la demanda y constatados los extremos necesarios para la procedencia de la misma el Tribunal deberá emitir un mandato de cumplimiento de reglamentación el plazo que la ley de procedimientos constitucionales lo determine, y ante el incumplimiento de la orden el Superior Tribunal tendrá facultades o de integrarla, es decir reglamentar el derecho o en su defecto de ser imposible esta solución ordenará la indemnización del daño resarcible, si correspondiere. El mencionado daño conforme a la pauta constitucional debe estar sumariamente acreditado por parte del interesado.[520]

La otra posibilidad se instala en el segundo párrafo del art. 62: "Si la autoridad omitiere un deber constitucional indispensable para el regular funcionamiento del Estado, cualquier legitimado por la ley podrá, por la vía prevista en el apartado anterior, demandar se condene al funcionario remiso a cumplir la conducta debida o a que, en su defecto, la realice directamente el Tribunal".

304.4. También la provincia argentina de Córdoba (art. 52, constitucional), aunque con la denominación de "amparo por mora", sostiene:

> Para el caso de que esta Constitución, una ley u otra norma impongan a un funcionario, repartición o ente público administrativo un deber concreto a cumplir en un plazo determinado, toda persona afectada puede demandar su cumplimiento judicialmente y peticionar la ejecución inmediata de los actos que el funcionario, repartición o ente público administrativo hubiera rehusado a cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del reclamante, puede librar mandamiento judicial de pronto despacho en el plazo que prudencialmente establezca.

Asimismo, la provincia de Río Negro introduce en la Constitución de 1957, replanteados en la de 1988, como "Garantías procesales específicas", el mandamiento de ejecución y prohibición en los términos siguientes:

> ART. 44.—(ejecución): Para el caso de que esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución imponga a un funcionario o ente público administrativo un deber concreto, toda persona cuyo derecho resultare afectado por su incumplimiento, puede demandar ante la justicia competente la ejecución inmediata de los actos que el funcionario o ente público administrativo hubiere rehusado cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, libra un mandamiento y exige el cumplimiento inmediato del deber omitido.

---

[520] MARFIL, Andrés Manuel, ALLENDE, Germán Federico, *Amparo y otros procedimientos constitucionales en la reforma*, LL Litoral 2008 (noviembre), 1058.

> ART. 45—(prohibición): Si un funcionario o ente público administrativo ejecutare actos prohibidos por esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución, la persona afectada podrá obtener por vía y procedimiento establecido en el artículo anterior, un mandamiento judicial prohibitivo que se librará al funcionario o ente público del caso.

En suma, la instalación de mandamientos en la legislación nacional está prevista como herramienta contra actos u omisiones del Estado, condición que lleva a la doctrina a sugerir que se modifique [...] "en pos de su ampliación a actos de particulares y/o la inclusión en la normativa procedimental de las medidas autosatisfactivas en forma amplia, para el resguardo de los justiciables en situaciones de extrema urgencia.[521]

304.5. Teniendo en cuenta la observación mencionada se puede ubicar el mandamiento de ejecución dentro del capítulo del amparo por mora de la administración. En el régimen federal la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (art. 28, ley n° 19.549) admite la acción en estos términos:

> El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado.
>
> Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden, si correspondiere, para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes" (texto de acuerdo a la ley 21.686).

Y en algunas provincias (Catamarca, ley n° 4795; Córdoba, ley n° 8508; San Luis, ley n° 5474; Santiago del Estero, artículo 61 inciso 6° de la Constitución provincial; Tierra del Fuego, artículos 161 y 162 de la ley de procedimientos administrativos; Tucumán, artículo 19 del Código Procesal Constitucional; Corrientes, artículos 216 a 221 de la Ley de Procedimientos Administrativos; Formosa, artículos 110 y 111 de la Ley de Procedimientos Administrativos; La Pampa, artículos 95 y 96 de la Ley de Procedimientos Administrativos, San Juan, artículos 28 y 29 de la Ley de Procedimientos Administrativos; Santa Cruz, artículos 28 y 29 de la Ley de Procedimientos Administrativos; Buenos Aires, Código Contencioso administrativo), es un especial recurso de amparo que tiene por objeto específico la obtención de una orden judicial de "pronto despacho", dirigida por el órgano jurisdiccional a órganos o entes de la administración pública, que incumplen -en general- el deber de

---

[521] ARANGUREN, ob. cit., p. 558.

pronunciarse tempestiva y expresamente ante una pretensión deducida por un particular en dicha esfera.

El juez —si existiera mora— emplazará a la Administración a dictar el acto omitido, aunque no puede ordenarle en qué sentido debe hacerlo.[522] El derecho a obtener una resolución expresa por parte de la autoridad administrativa —cuando ésta afecta derechos subjetivos o intereses legítimos de naturaleza administrativa y se requiere como requisito de admisibilidad para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa el agotamiento de la vía administrativa— está estrechamente vinculado al derecho de defensa, en virtud de que el administrado se encuentra con la necesidad de conocer las razones por las cuales no se le reconoce su petición, y de esa manera exponer —en caso de no coincidir con la misma— argumentos contrarios a la decisión, primeramente en sede de la propia Administración y posteriormente ante los órganos judiciales con competencia en lo contencioso administrativo.

Ahora bien, cuando un ordenamiento no tiene regulado el amparo por mora, no debiera ser obstáculo de admisión en los términos del amparo constitucional, pues ésta es una vía de control contra el acto o la omisión.

305. El mandamiento de *injunction* en el derecho brasileño

305.1. Es éste un mandato de prohibición. Se ordena no hacer "algo", sea aplicar una norma, o actuar en consecuencia de lo previsto. El alcance en el derecho anglosajón comprende cuestiones de derecho privado y público.

En Brasil el artículo 5, inciso LXXI de la Constitución, consagra el requerimiento judicial para facilitar el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía. De allí que sea un procedimiento especial para asuntos civiles y constitucionales, que tiene como objetivo algo diferente al modelo tradicional.

El objeto no es prohibir, sino facilitar la puesta en ejecución de derechos particulares o fundamentales que están omitidos, remisos o postergados en la aplicación. En consecuencia supone una suerte de recurso que tiende a remediar la inconstitucionalidad por omisión.

305.2. Cuando el Tribunal verifica la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, tiene que informar al órgano legislativo competente.

La redacción que acuerda la ley fundamental de Brasil, si bien diferente al concepto previo, no cambia el sentido de fiscalizar la omisión de la medida necesaria para hacer efectiva una norma constitucional.

Esto puede llevar a reducir el alcance a la inexistencia de un acto legislativo en sentido propio, o ampliarlo, como creemos ocurre, a toda omisión administrativa. Por eso, el *injunction* no es puro en comparación con la fuente de donde proviene, sino que toma cuerpo en un verdadero proceso constitucional.

---

[522] CREO BAY, Horacio, *Amparo por mora de la Administración Pública*, Astrea, Buenos Aires, 2006 (3ª ed.), pp. 18 y ss.

> En Estados Unidos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado, a partir de la sentencia dictada en el caso D*ombrowskivs vs. Pfister* (1965), la utilización del *writ of injunction* (mandamiento prohibitorio) como complemento de una petición de *declaratory judgement* (sentencia declarativa), para lograr que los tribunales federales intervengan al objeto de paralizar actuaciones de las autoridades de los estados miembros de la Unión orientadas a la investigación y enjuiciamiento de actividades criminales que se consideran comprendidas dentro del ejercicio de los derechos humanos. El *writ of mandamus,* a diferencia del anterior, supone la solicitud ante un tribunal con el fin de que se expida un mandamiento dirigido a obligar a una autoridad a ejecutar un deber que legalmente le ha sido impuesto, aun cuando su ejercicio no haya sido todavía reglamentado. Es claro, pues, que este *writ of mandamus* (mandamiento compulsivo de ejecución) puede considerarse como el antecedente directo de la institución brasileña que ahora comentamos. Bien es verdad que el *mandado de injunção*, como apunta Sidou, no debe confundirse, aunque esté dirigido al mismo fin, con la acción de inconstitucionalidad por omisión. Mientras ésta regula el modo de hacer efectiva una regla constitucional, mediante la determinación de que, declarada la inconstitucionalidad por omisión, el tribunal lo comunicará al órgano competente con el fin de que adopte las medidas necesarias, lo que deberá llevarse a cabo en el plazo de treinta días si se tratase de un órgano administrativo, el *mandado de injunção*, más que la elaboración de las disposiciones reguladoras del derecho, de su régimen jurídico, pretende la realización del acto, con el fin de que de esta manera se transforme el derecho abstracto en una situación subjetiva concreta.[523]

La Constitución establece en el art. 103, inciso segundo: "Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para convertir en efectiva una norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en el plazo de treinta días".

305.3. El órgano jurisdiccional que interviene es el Supremo Tribunal Federal, cuya sentencia es declarativa, por cuanto si la omisión proviene del Legislativo, aquél se ha de limitar a comunicarle la declaración de inconstitucionalidad con el fin de que el Legislativo adopte las medidas pertinentes. Sin embargo, si la omisión proviene de un órgano administrativo, la decisión es vinculante y obliga a cumplir en el plazo de treinta (30) días.

Otro aspecto cuestionado, estrechamente vinculado con el anterior, es qué sucede si el sujeto pasivo del recurso no atiende las indicaciones del Supremo Tribunal Federal. Tratándose de un órgano administrativo, se ha entendido que tal conducta podría ser tipificada como delito de desobediencia o, alternativamente, de prevaricación, dependiendo de cada caso concreto, que deberá ser apreciado por el Ministerio Público. En el supuesto de tratarse de una omisión legislativa, se ha considerado que si el constituyente no ha precisado plazo alguno para suplir la omisión lo ha sido por la confianza del constituyente en el establecimiento de mecanismos

---

[523] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 83, mayo-agosto, 1985.

reglamentarios por el propio Poder Legislativo, capaces de viabilizar lo dispuesto por la determinación judicial.[524]

305.4. La síntesis puede se reproduce por Othon Sidou que dice:

> [...] Cuando la Carta de Principios reconoce o erige un derecho, una libertad o una prerrogativa, ese derecho, esa libertad o esa prerrogativa impone una pronta ejecución. Es propio de la ley, de toda ley, tener eficacia inmediata, sin dilaciones. La ley no nace de la nada; tiene siempre una motivación superior dictada por la conciencia colectiva y, del mismo modo, no nace para nada, como si fuese un objeto de adorno. La ausencia de reglamentación para que el derecho, la libertad o la prerrogativa pueda fluir y alcanzar su fin teleológico puede no configurar ilegalidad, puede no constituir abuso de poder, pero implica un agravio del derecho como consecuencia de negligencia que no puede disculparse, y que al derecho corresponde subsanar. Es para esto que aparece la ejecución, o imposición, hecha posible por el Poder Judicial. Aunque reconozca el mismo fin, el mandamiento de ejecución no se confunde con la acción de inconstitucionalidad por omisión, especie recién surgida de la acción directa de inconstitucionalidad y concedida actualmente a una gama de entidades legitimadas procesalmente, y que hasta hace muy poco era privilegio del procurador general de la República. Esa acción, establecida en el art. 103, inc. 2° de la Carta, tiene por objeto hacer efectiva una norma constitucional; tiende a la reglamentación del derecho, poniéndolo así en ejecución, al menos en principio, por vía oblicua. Una vez declarada la inconstitucionalidad por omisión, el tribunal notificará al poder competente para que adopte las medidas necesarias; en el plazo de treinta días, ordena el dispositivo, si se tratara de organismo administrativo. Por el contrario, el mandamiento de ejecución más que la elaboración reglamentaria busca la práctica del acto, para que de ese modo se transforme un derecho abstracto en una situación concreta.[525]

---

[524] FERNÁNDEZ SEGADO, ob. cit., en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 83, mayo-agosto, 1985.

[525] OTHON SIDOU, ob. cit., p. 1013.

Capítulo XI

Los conflictos de competencia

306. Los procesos competenciales

306.1. En América Latina la competencia es de orden público, lo que significa que los conflictos entre jurisdicciones se pueden suscitar en niveles diferentes. El principio que la administración no juzga ni legisla; que el congreso no administra ni resuelve conflictos intersubjetivos; y que el judicial no legisla ni administra, hace a la división de poderes, de manera que el control sobre las atribuciones debe estar no solo políticamente dispuesto en el régimen constitucional, sino concretamente garantizado para la eficacia de las respectivas funciones.

306.2. El origen de esta custodia sobre los deberes y atribuciones proviene de Europa, donde arraiga la idea de que el "poder" es solo uno porque las funciones son administraciones de dicha potestad. Con la organización de los tribunales constitucionales se crea un sistema de control de constitucionalidad que pone entre las tareas de la institución el deber de resolver los conflictos de naturaleza fundamental, donde las cuestiones de competencia tienen particular predicamento.

En cambio, en América, el peso específico del modelo como se fiscaliza la supremacía constitucional impacta en la forma como se materializa la resolución de la controversia entre jurisdicciones.

Europa, por ejemplo, tiene en la Constitución de Weimar de 1919 una figura especial creada en con el nombre de Tribunal de conflictos de los Estados. De su parte, la Constitución Austríaca de 1920 puso en el Tribunal Constitucional la tarea de resolver los conflictos de atribuciones.

306.3. Es cierto que en los sistemas federados, como rige en Estados Unidos de Norteamérica, Argentina, México y Brasil, el problema se remite a resolución del más alto tribunal de justicia, entendiendo que son conflictos entre vecinos donde el régimen constitucional de cada Estado puede colisionar con la Carta Magna cuya última interpretación le corresponde a la Corte Suprema de Justicia.

A diferencia de países de formación unitaria, como Bolivia, Paraguay, Colombia, entre otros, en los que se consagra la potestad de las Cortes Superiores para dirimir las cuestiones de competencia, incluyendo controversias territoriales y funcionales.

306.4. El camino para resolver estas materias son los llamados "procesos competenciales", para utilizar el nombre como presenta a este proceso constitucional el

código de garantías de Perú; pero en otros lugares, suelen atenderse como "controversias constitucionales" (México); o conflictos de competencia (Argentina).

Orgánicamente son los Tribunales Constitucionales, o los que cumplen esa función, quienes sustancian la causa; mientras el régimen procesal específico es un proceso constitucional.

Ellos se ocupan de conocer en las controversias planteadas sobre competencias o atribuciones provenientes de la Norma Fundamental, o de leyes orgánicas estaduales o normas comunes que delimitan los ámbitos propios del Estado. Como resultado, la sentencia tiene que señalar, no sólo los preceptos constitucionales, sino también las disposiciones infraconstitucionales que determinan el orden competencial.

> El art. 109 del Código Procesal Constitucional del Perú establece que: El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan: 1) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales; 2) a dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o, 3) a los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí.
>
> Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno.
>
> Por su parte, dice el art. 110 que: El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el artículo anterior adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro. Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad.
>
> En México, el artículo 105 constitucional establece: La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes [...] I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre [...]: *a)* La Federación y un estado o el Distrito Federal; *b)* La Federación y un municipio; *c)* El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal; *d)* Un estado y otro; *e)* Un estado y el Distrito Federal; *f)* El Distrito Federal y un municipio; *g)* Dos municipios de diversos Estados; *h)* Dos poderes de un mismo estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; *i)* Un estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; *j)* Un estado y un municipio de otro estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y *k)* Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.[526]

[526] Sin embargo, la reforma fue cuestionada severamente por algunos autores que, entre otras cosas consideraron que el legislador ordinario no hizo un auténtico control directo de la constitucionalidad al reglamentar la controversia. Para alcanzar el objetivo, era necesario que su tramitación fuera acelerada;

306.5. Desde otra perspectiva, las cuestiones de competencia que provocan controversias constitucionales, dan lugar a procesos de resolución de conflictos entre órganos y poderes, que para algunos supone no resolver como objeto central quien es el competente, aunque es indudable que la mayoría de esos procesos persiguen tal propósito.

En México, se ha dicho también, por la doctrina nacional, que la función de la Suprema Corte al remediar la cuestión, es la de ejercer un control de la regularidad jurídica, no siempre de carácter constitucional, sino también de legalidad, lo que de ser así, rompería en parte la noción y concepto de controversia constitucional que el derecho constitucional europeo considera como conflicto jurisdiccional constitucional entre órganos o poderes en donde se trata de garantizar la vigencia y aplicación de las normas constitucionales que organizan y atribuyen competencias a los poderes públicos, órganos y ámbitos.[527]

Informa Nogueira Alcalá que:

> la competencia de los tribunales es diferente para actuar en estos procesos. Por ejemplo, los tribunales constitucionales de Bolivia, Ecuador y Perú tienen dentro de sus funciones la resolución de conflictos de competencia entre diversos órganos del Estado, con mayor o menor amplitud. En el caso de *Bolivia*, el artículo 120 N° 2 de la Constitución, le entrega al Tribunal Constitucional la atribución de conocer y resolver los conflictos de competencia y controversias entre los Poderes Públicos, la Corte Nacional Electoral, los

---

que las resoluciones tuvieran efectos generales y, aunque mediara solicitud de parte interesada, ella tuviera que cubrir las menos formalidades posibles; es decir, se necesitaba un proceso sumario, simple y llano, que el legislador ordinario no entendió. Otros académicos advirtieron que existieron puntos ausentes en la reforma constitucional. Por ejemplo, no se contemplaron los conflictos entre el Congreso de la Unión y la Comisión Permanente de éste; o el desacierto de que se han sustraído a los efectos absolutos algunas disposiciones generales porque son impugnadas por los municipios en contra de la Federación o de los estados. Empero, sin dejar de observarse las diferentes opiniones, se encuentran las bondades de la reforma en la ampliación de los sujetos legitimados para plantearla, así como permitir la impugnación de normas generales. Actualmente, a través de este medio de control se puede controvertir cualquier norma general, con características de abstracción, impersonalidad y generalidad, con independencia del nombre que se le dé. Del anterior pasaje histórico, se puede advertir que en el devenir de las controversias constitucionales se ha aumentado la legitimación de los entes participantes. En un primer momento sólo se contempló a las controversias entre los estados. Años posteriores, se reconocería a los departamentos. Subsecuentemente se otorgó participación a la Federación, así como a los poderes de un estado. Por último, se consideró al municipio y a los órganos de gobierno del Distrito Federal como entes legitimados para promover la controversia constitucional. La constante ampliación de la legitimación para promover el medio de control, ha reconocido la complejidad de la integración de los distintos órganos federales, locales y municipales, así como la necesidad de encontrar una vía jurídica adecuada para la solución de conflictos entre éstos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha coincidido al reconocer que la intención del órgano revisor de la Constitución, ha sido transformar la figura de la controversia constitucional para dirimir los conflictos que se puedan presentar en la interrelación de los distintos órganos que integran los niveles de gobierno establecidos en la norma fundamental (SUÁREZ CAMACHO, Humberto, MORTERA DÍAZ, Antonio Rodrigo, "Reflexiones en torno a la controversia constitucional", *Revista Cuestiones Constitucionales*, n° 17, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, pp. 233 y ss.)

[527] CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "El municipio en las controversias constitucionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año III, N° 8 (mayo-agosto), 1970, pp. 177 y ss.

departamentos y los municipios, los cuales se regulan en los artículos 71 a 75 de la ley 1836 del Tribunal Constitucional de 1998. En el caso del *Ecuador*, el artículo 276 N° 6 determina, entre las atribuciones del Tribunal Constitucional, conocer y dirimir los conflictos de competencia o atribuciones asignadas por la Constitución, correspondiendo la facultad de solicitar la dirimencia el órgano o entidad que reclama la competencia. En el caso del *Perú*, el artículo 202 N° 3 de la Constitución, señala que corresponde al Tribunal Constitucional conocer los conflictos de competencia o atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a la ley. En los casos de *Colombia* y *Chile*, los tribunales constitucionales no tienen actualmente competencias en materia de conflictos de competencia. En *Chile*, el proyecto de reforma constitucional en actual tramitación en el Congreso Nacional, atribuye al Tribunal Constitucional la resolución de los conflictos de competencias que se susciten entre autoridades gubernativas con los tribunales de justicia, que hasta el presente están dentro de las atribuciones del Senado y de la Corte Suprema de Justicia de acuerdo a los artículos 49 N° 3 y 79 inciso final de la Constitución.[528]

307. Presupuestos

307.1. Claramente se expresa que:

[…] es necesaria la existencia de procesos y procedimientos para ventilar diferencias competenciales entre órganos y poderes, tanto en los Estados centrales como en los federales. En los Estados centrales su propósito es el de resolver diferendos entre los poderes clásicos y a veces también controversias respecto a otros órganos estatales, como las fracciones o grupos parlamentarios, o con los denominados órganos constitucionales autónomos. En los Estados federales, además del papel anterior, los procesos y procedimientos de controversia constitucional sirven para resolver conflictos entre los distintos órdenes jurídicos: locales y federales. En México, la controversia constitucional antes de las reformas de 1994, pero principalmente a partir de la actual redacción de la fracción I del artículo 105 de la Constitución, tiende a preservar la división horizontal y vertical del poder.[529]

307.2. La organización procesal que exige resolver estas diferencias es de tamaña importancia porqué si la decisión se resiste por vanidades del poder o la fuerza de la autoridad, se desvanece el sentido esclarecedor que tiene la sentencia constitucional.

Ocurre que estos son conflictos modernos antes planteados en términos de disputas de carácter político, donde las definiciones portaban ese carácter discrecional y de conveniencia.

Los conflictos entre los poderes, sobre todo entre los poderes supremos de los Estados, no admitían fácilmente su judicialización: ahí se acababa el derecho constitucional. Después de la segunda posguerra se aceptó con claridad en Europa que no debería haber zonas exentas para el derecho. La Constitución italiana y después la ley fundamental de Bonn atribuyeron al Tribunal Constitucional la competencia para resolver los conflictos

---

528 NOGUEIRA ALCALÁ, *La competencia de los Tribunales Constitucionales de América del Sur,* cit., p. 134.

529 CÁRDENAS GRACIA, *El municipio en las controversias constitucionales*, cit., pp. 178.

que pudieran surgir entre los poderes del Estado o entre los órganos federales superiores, además de ventilar, claro está, los conflictos que se suscitaran con ocasión de la distribución territorial del poder.[530]

307.3. Respecto de los presupuestos que deben concurrir en los procesos constitucionales de esta naturaleza, hay que observar dos aspectos o componentes. Uno de carácter *subjetivo*, relacionado con los órganos en conflicto; y otro de tipo *objetivo*, es decir, que la materia tenga sustento constitucional o se funde en las leyes orgánicas que correspondan.

El primero se relaciona con las personas o legitimados que pueden interponer la acción, o ser sujetos (activo o pasivo) en el entuerto a dirimir. El otro, versa sobre las materias que se resuelven en esta vía.

Al respecto señala el artículo 109 del Código Procesal Constitucional, párrafo final, que: […] "los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares", dejando establecido el propósito que quede plenamente manifestada la voluntad de los órganos constitucionales de zanjar el conflicto constitucional en sede del colegiado. El déficit de representación, no obstante, puede ser subsanado posteriormente. La razón del permiso, no descansa ni podría descansar, en el simple voluntarismo del tribunal, sino en la justa composición de un conflicto que de otro modo quedaría sin solución.

Ello de conformidad con el mandato previsto en el artículo III del Título Preliminar del ordenamiento referido, en virtud del cual el juez constitucional tiene la obligación de adecuar toda exigencia formal prevista en el código al logro de los fines de los procesos constitucionales, es decir, a garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según reza el artículo II del Título Preliminar.

En Perú se establece la forma como se debe sustanciar el procedimiento que resuelva aquellas situaciones de atribución incorrecta de competencias o quebrantamiento del ordenamiento jurídico. El Decreto Supremo nº 043/2005, dice: *Art. 1. Trámite previo a la interposición de procesos constitucionales de inconstitucionalidad y competencial* (texto según decreto supremo N° 060-2006)

Para la interposición de procesos constitucionales de inconstitucionalidad y competencial por parte de los sectores del Gobierno Nacional, contra normas y actos emitidos por Gobiernos Regionales y Locales, así como para la interposición de procesos competenciales por parte del Poder Ejecutivo contra normas y actos emitidos por otro Poder del Estado o demás órganos constitucionales, se deberá cumplir el siguiente procedimiento:

1.1. El Sector del Gobierno Nacional que considere afectada una competencia o lo dispuesto por el ordenamiento jurídico por una norma aprobada por un Gobierno Regional o Local, y el Sector del Poder Ejecutivo cuya competencia se vea afectada por una norma o acto emanado de otro Poder del Estado u órgano constituciol1al, deberán emitir los

[530] Gómez Montoro, Ángel J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 25 y ss.

informes técnico y legal acerca de la vulneración que contenga la norma o acto, según sea el caso.

1.2. Los informes técnico y legal deberán ser elevados al Ministro del Sector correspondiente para su evaluación.

1.3. El Ministro del Sector, previa evaluación de los informes y si considera viable la interposición del proceso constitucional, deberá sustentarlo ante el Consejo de Ministros y proponer se interponga la demanda correspondiente. Concedida la aprobación mediante voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el Presidente de la República designa a uno de sus Ministros o al Ministro del Sector afectado por la norma o acto, para que presente la demanda y lo represente en el proceso.

1.4. El Ministro designado, mediante Resolución Ministerial, puede delegar su representación en el Procurador Público de su Sector o en un Procurador Público *ad hoc*, para que ejerza la defensa de los intereses del Poder Ejecutivo en el proceso competencial [...]

307.4. En México:

[...] la máxima autoridad para resolver conflictos políticos es la Cámara de Senadores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76, fracción VI, constitucional. La Suprema Corte lo es para controversias jurídicas. Sin embargo, la distinción de estos conflictos es sumamente complicada, ya que ni la discusión del texto de los artículos 76 y 105 constitucionales en el recinto parlamentario, proporcionan argumentos que permitan identificar y diferenciar claramente un problema político de uno jurídico. Aunque en un primer momento el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que debía abstenerse de conocer conflictos de índole político —pues únicamente le correspondía conocer de aquellos que fueran constitucionales— las reformas hechas al artículo 105 de la Constitución federal han reducido aún más los límites que separan lo político de lo jurídico.

La distinción es indispensable ya que este medio de control constitucional únicamente resuelve los conflictos jurídicos que se susciten entre los entes establecidos en el artículo 105 constitucional.[531]

A continuación se tratará de establecer una distinción objetiva de lo que debe considerarse como un conflicto político y uno jurídico, para efectos de las controversias constitucionales. Así, se debe aclarar que "conflicto político" es un género que involucra conflictos en materia electoral, políticos y jurídicos. En un primer momento, los conflictos se distinguían entre los políticos (competencia del Senado) y los que tenían que ver con la Constitución (competencia de la Suprema Corte). Posteriormente, con la transición a la juridificación de la política, el Poder Judicial no sólo conoció de conflictos de aplicación de la ley, sino que también abordó conflictos electorales. Actualmente, al Senado sólo le quedan los conflictos que por exclusión no le corresponderían o no podrían ser resueltos por el Poder Judicial, como cuando el conflicto está desprovisto de todo carácter legal; es decir, supera al derecho o los medios legales son insuficientes. Para arribar a la conclusión anterior, es necesario retomar algunos antecedentes históricos de las controversias constitucionales y conocer cuál ha sido la concepción de éstas a través del tiempo. El

---

[531] SUÁREZ CAMACHO, Humberto, MORTERA DÍAZ, Antonio Rodrigo, "Reflexiones en torno a la controversia constitucional", *Revista Cuestiones Constitucionales*, nº 17, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, p. 178.

> Constituyente de 1917 distinguió los problemas que se pudieran suscitar entre los poderes de un estado en los de naturaleza política que fueron confinados al Senado, y los problemas de índole constitucional confinados al Pleno de la Corte. Las controversias políticas fueron excluidas del conocimiento del Poder Judicial bajo el argumento de que la Corte podía politizarse [...]. De estos antecedentes, se consideró que existe un conflicto político cuando hay un conflicto armado. Pareciera que estas controversias políticas se encuentran en el contexto del principio de oportunidad política, en donde la actuación de los poderes no está regulada jurídicamente. Sin embargo, en la actualidad difícilmente se podría estar en presencia de un conflicto político por ausencia de norma expresa o análoga que se refiera a la materia motivo del conflicto; pues, por la tendencia a consolidar el Estado de derecho, ha sido constante la emisión de normas especiales. Además, la jurisprudencia del Poder Judicial federal ha determinado que ante la falta de normas aplicables exactamente al caso concreto, se debe actuar con total apego a los principios, exigencias y límites mínimos contenidos en la Constitución, para interpretar la realidad y actuar en ella.[532]

308. Conflictos típicos y atípicos

308.1. La Constitución Política del Perú ha establecido que le corresponde al Tribunal Constitucional, conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley (artículo 202). Y, el Código Procesal Constitucional ha reconocido en el Título Preliminar, numeral III, como fines de los procesos constitucionales, que se garantice la primacía de la Constitución.

El marco del proceso competencial se origina cuando aparece un conflicto entre alguno de los poderes o entidades estatales que adopta decisiones afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro (artículo 110º).

De allí que los casos competenciales *típicos* o *atípicos*. En el primero, dos órganos se disputan la competencia; ambos se consideran competentes y por eso el conflicto tiene naturaleza *positiva*, desde que la controversia afirma la jurisdicción real que se invoca. En cambio, el mismo conflicto puede tener naturaleza *negativa* cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional

En tal sentido, el Tribunal Constitucional del Perú afirma que:

> [...] el conflicto se identifica como un contraste entre dos o más órganos surgido al afirmar (o negar) éstos recíprocamente su competencia para actuar sobre una determinada materia y cuya resolución corresponde a un ente superior. [...], el conflicto se define como un tipo de controversia jurídica que se distingue de las demás, tanto por sujetos (*son autoridades dotadas de poderes públicos*) como por el objeto (*que es la competencia para realizar un acto determinado*).[533]

---

[532] SUÁREZ CAMACHO, Humberto, MORTERA DÍAZ, Antonio Rodrigo, "Reflexiones en torno a la controversia constitucional", cit., pp. 179/180.

[533] Sentencia del Tribunal Constitucional nº 0003-2007-CC/TC, fundamento 13.

308.2. Los llamados conflictos *atípicos* suceden cuando ocurren cuestiones de desconocimiento, omisión o menoscabo de atribuciones constitucionales. Ellas se clasifican en: *a)* conflicto constitucional por menoscabo en *sentido estricto*; *b)* conflicto constitucional por menoscabo de *interferencia*; y, *c)* conflicto constitucional por menoscabo de *omisión*. En el conflicto constitucional por menoscabo en *sentido estricto*, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia. Sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.

Los *conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio* se dan cuando el artículo 110 del Código Procesal Constitucional establece que en éste pueden ventilarse los conflictos que se suscitan cuando un órgano rehúye deliberadamente actuaciones "afectando" las competencias o atribuciones de otros órganos constitucionales, incorpora también en su supuesto normativo a los *conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*, pues no cabe duda de que cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional, las "afecta". No se trata, pues, de la disputa por titularizar o no una misma competencia, sino de aquella que se suscita cuando, sin reclamarla para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias constitucionales de otro.[534]

La polémica se define como un tipo de controversia jurídica que se distingue de las demás, tanto por sujetos (*son autoridades dotadas de poderes públicos*) como por el objeto (*que es la competencia para realizar un acto determinado*). Aparece así el término "conflicto" unido al concepto de "competencia". El conflicto se presenta en la medida en que uno de los órganos considera el comportamiento del otro ilegítimo, al violar las reglas competenciales, y lesivo, al invadir la propia esfera de atribuciones.

308.3. La clasificación de procesos competenciales no se realiza en México donde solamente se admite la causa cuando surge una controversia por actuación positiva de órganos en disputa. Además, el resultado que se alcanza tiene efectos para el caso, a diferencia del modelo peruano que se extiende hacia todos (*erga omnes*).

309. Elementos a considerar

309.1. Para admitir que se afronta un conflicto entre competencias que se invocan o niegan, se debe realizar el siguiente test. Primero advertir quienes son los sujetos enfrentados: *a)* dos poderes del Estado; *b)* poderes del Estado y otros órganos constitucionales*; c)* poderes del Estado y los gobiernos regionales o municipalidades; *d)* conflicto entre gobiernos regionales; o entre gobiernos regionales y municipales, o entre gobiernos municipales (*elemento subjetivo*).

---

[534] Sentencia del Tribunal Constitucional nº 0003-2007-CC/TC, fundamento 12.

En las controversias constitucionales de México han sido clasificadas por Ovalle Favela en dos grandes grupos: las internas y las externas, y éstas últimas a la vez en horizontales y verticales.[535]

Controversias constitucionales internas: son aquellas donde plantean el debate entidades de igual poder en la estructura estadual o federal. Conforme el art. 105 fracción I de la Constitución hay tres situaciones posibles: *a) Conflictos dentro de la Federación*: 1) poder ejecutivo contra congreso nacional; 2) poder ejecutivo contra cámara de diputados; 3) poder ejecutivo contra senadores y, 4) poder ejecutivo contra la comisión permanente (art. 105-I, inciso *c*); *b) Conflictos dentro del Estado:* 1) poder ejecutivo contra cámara de diputados local; 2) poder ejecutivo contra la diputación o contra la comisión permanente del congreso del Estado; 3) poder ejecutivo contra Superior Tribunal de justicia local; 4) cámara de diputados contra supremo tribunal local y 5) diputación o comisión permanente contra el tribunal supremo de justicia del Estado; *c) Conflictos dentro del Distrito Federal:* con cinco hipótesis: 1) jefe de gobierno contra asamblea legislativa; 2) jefe de gobierno contra la diputación permanente de la asamblea legislativa; 3) jefe de gobierno contra el superior tribunal de justicia local; 4) asamblea legislativa contra el superior tribunal de justicia del Distrito Federal, y 5) diputación permanente de la asamblea legislativa contra el superior tribunal de justicia local.

Controversias constitucionales externas: son las controversias suscitadas entre entidades federadas, incluyendo los municipios. Se clasifican en horizontales y verticales: 1) *Conflictos horizontales:* son los que se plantean entre organismos de igual nivel de descentralización política: *i)* Estado contra Estado; *ii)* Estado contra el Distrito Federal; *iii)* Municipio contra Municipio de Estados distintos. 2) *Conflictos verticales:* se enfrentan entidades de nivel desigual, por ejemplo: *i)* Federación contra Estado; *ii)* Federación contra Distrito Federal; *iii)* Federación contra Municipio*; iv)* Distrito Federal contra Municipio; *v)* Estado contra un Municipio de otro Estado; y *vi)* Estado contra un municipio propio ([536]).

309.2. Luego encontrar la materia en controversia (*elemento objetivo*) e identificar el tipo de contraste que tienen: *a)* conflicto de atribuciones legislativas; *b)* conflicto entre normas reglamentarias; *c)* conflicto jurisdiccional, etc.

En este sentido, —afirma el Tribunal Constitucional del Perú— el proceso competencial debe versar sobre los temas expresamente previstos en el Código Procesal Constitucional, así como ser iniciado por los sujetos legitimados por dicha norma. En el primer caso —la materia—, el conflicto debe estar directamente vinculado con la Constitución o las leyes orgánicas; mientras que en el segundo —los sujetos—, la

---

[535] OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso,* Oxford University Press, México, 2003 (5ª ed.), pp. 79-81.

[536] HERRERA GARCÍA, Alfonso, "La controversia constitucional mexicana y el proceso competencial peruano (Breves notas comparativas sobre sus reglas generales)", en *El derecho procesal constitucional peruano (Estudios en homenaje a Domingo García Belaúnde)*, Grijley, Lima, 2005, pp. 1064/6 (tomo II).

parte demandante debe ser un poder del Estado, un órgano constitucional o un gobierno regional o local.[537] La ausencia de uno solo de tales requisitos acarrea la desestimación del proceso competencial.

309.3. En tercer lugar, deducir si tiene jurisdicción el órgano ante quien se plantea la cuestión, y recién allí resolver la admisibilidad.

> ART. 110.—*Pretensión.* El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el artículo anterior adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro. Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad (Código Procesal Constitucional del Perú).

Comienza así, propiamente, el proceso constitucional que tendrá que dilucidar los conflictos que se produzcan entre poderes del estado, organismos constitucionales, gobiernos regionales o municipales, por intromisión a la competencia o atribuciones de cualquiera de ellos sobre otro; atribuciones que, como se dijo, se encuentran delimitadas por la constitución y las leyes orgánicas para cada ente (art. 109 del Código Procesal Constitucional).

Corresponde aclarar que, la expresión *competencial* o *conflictos de competencia* se utiliza cuando se trata de gobiernos locales y regionales, en cambio el término *atribución o conflicto de atribuciones* se aplica cuando se refiere a los poderes y órganos constitucionales del Estado. Esta atribución del Tribunal Constitucional permite garantizar la división de funciones, y tiene un importante desarrollo en los Estados Unidos, donde se distinguen los conflictos jurisdiccionales y territoriales. Conocidos en la doctrina procesal cuando se presenta el caso de dos o más autoridades judiciales que se consideran competentes o incompetentes para conocer un asunto determinado generando una contienda o conflicto. Lo que se busca evitar son los vicios de competencia o atribuciones que se pueden producir entre poderes con órganos constitucionales del Estado, lo que pondría en cuestión, el sistema organizativo de la Constitución.

> En Europa, es interesante el caso alemán, en el que conforme al artículo 93.I.1 de la ley fundamental de Bonn: "El Tribunal Constitucional federal conoce: de la interpretación de la presente ley fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otros interesados dotados de derechos propios por la presente ley fundamental o por el reglamento interno de un órgano supremo de la Federación".
>
> La Constitución italiana de 1947 concede a la Corte Constitucional en su artículo 134 la facultad de resolver las controversias entre los poderes del Estado. El artículo 134 de la Constitución italiana dice: "El Tribunal Constitucional juzga: las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de la ley del Estado y de las Regiones; los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y los conflictos

[537] *Cfr.* Sentencia Tribunal Constitucional. Expediente nº 00132003 CC/TC.

entre el Estado y las Regiones y entre las Regiones; las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República, con arreglo a las normas de la Constitución".

310. Legitimación procesal

310.1. Un lúcido estudio de Cossío Díaz explica que

> [...] a diferencia de lo que acontece con las acciones de inconstitucionalidad, donde la identificación de las partes legitimadas activa y pasivamente se encuentra precisada de forma expresa, en las controversias surgen problemas particulares en tanto se lleva a cabo a partir de la mención genérica de órganos u órdenes normativos. De lo anterior resulta una amplitud de posibilidades en, al menos, cuatro sentidos: *primero*, en cuanto a la identificación de esas partes; *segundo*, en lo que hace a las posibles relaciones como actores o demandados entre los sujetos previamente identificados; *tercero*, en lo concerniente a la modalidad de control que va a ejercerse y, *cuarto*, por las peculiaridades que el "interés jurídico" (*lato sensu*) podría llegar a tener, en su caso, respecto de cada una de las partes. Esta variedad de combinaciones hace recomendable proceder en dos planos: mediante la identificación inicial y por separado de los órganos legitimados activa y pasivamente, y mediante el establecimiento de las posibles combinaciones entre ambos.
>
> Sin embargo, esa forma tradicional de analizar las cosas tiene el inconveniente de suponer que las categorías procesales pueden verse en una dimensión por completo estática, es decir, a partir de consideraciones autónomas, cuando en realidad deben entenderse en un sentido dinámico, por ejemplo, formando parte de unidades más complejas e interrelacionadas. Esta forma de proceder desde la perspectiva dinámica resulta, adicionalmente, de gran utilidad dadas las dos características propias de nuestras controversias en lo que hace a las partes legitimadas: *primera*, el que las mismas se encuentren identificadas *numerus clausus*, lo que significa que sólo las mencionadas expresamente tienen cabida; *segunda*, que las posibilidades de relación entre ellas en un determinado litigio, se encuentren expresamente bloqueadas, de manera tal que sólo pueden darse en las modalidades que específicamente se encuentren recogidas en alguno de los incisos de la fracción. Esta forma de atender al problema planteado requiere introducir, simultáneamente, el tema del interés jurídico (*lato sensu*) y la representación, pues sólo así puede entenderse unitariamente lo que de suyo suele tener una expresión procesal también unitaria, y dejar para después el problema relativo a cómo pueden actuar quienes tengan a su cargo la correspondiente representación (delegación).[538]

La atinada observación del jurista mexicano, tiene como finalidad eludir los inconvenientes de la teoría clásica de la legitimación que supone concebir a todo proceso como una lucha entre dos partes (donde, obviamente, el tercero adhiere a una u otra posición sin poder incluir en la contienda una posición distinta).

En suma, lo que tiene interés fundamental en las cuestiones de legitimación que presenta el proceso competencial, es que en él no se discuten las pretensiones subjetivas de las partes sino el interés objetivo de resolver las competencias o atribucio-

---

[538] Cossío Díaz, José Ramón, "Las partes en las controversias constitucionales", *Revista Cuestiones Constitucionales*, nº 16, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAMN, México, 2007, pp. 67 y ss.

nes asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado y de cuantos más corresponda.

Esta legitimación por concepto, no obstante tiene en México sujetos claramente identificados por la Constitución para promover la controversia constitucional.

310.2. El interés que representa cada uno en los conflictos de competencia, permite visualizar tres formas de intervención: *a)* aquella que se suscita cuando la controversia se suscita entre órganos; *b)* la que corresponde al conflicto propio de tomar decisiones sin jurisdicción o rehusar aplicarlo por negar la competencia que le es propia, y *c)* la que se produce cuando tiene que interpretarse la atribución competencial.

Para Ortecho Villena "[…] los conflictos o enfrentamientos pueden ocasionarse al interior de un órgano de poder, órgano descentralizado o constitucional, o fuera de él con respecto a otros órganos con los cuales se colisiona. Según estas posibilidades, podemos tener dos clases de conflictos: intraorgánicos y extraorgánicos".[539]

Agrega el maestro peruano:

> […] *Conflictos intraorgánicos*: Si bien es cierto no serán frecuentes los enfrentamientos alegando o negando competencias entre dependencias pertenecientes a un mismo organismo, se pueden presentar conflictos entre entidades superiores e inferiores, por ejemplo entre un Ministerio y una Dirección que es su subordinada (conflicto vertical) o cuando dos órganos de la misma altura y que pertenecen al mismo órgano invaden entre sí sus competencias (conflicto horizontal). Estos enfrentamientos naturalmente no son materia de jurisdicción constitucional, pero al fin y al cabo son conflictos y requieren solución. Esto se llevará a cabo dentro de los cauces legales y reglamentarios, pero vía administrativa dentro del mismo órgano en que se produce. Quizá eventualmente cuando afecte a personas individuales o a personas jurídicas privadas, podría recurrirse a la vía judicial, impugnándose las resoluciones o los actos administrativos que de ellos se deriven.
>
> *Conflictos extraorgánicos:* Éstos son los enfrentamientos, entre los poderes del Estado, entre cualquiera de éstos y los órganos descentralizados o de éstos entre sí, y entre cualquiera de los anteriores y los órganos constitucionales, o de éstos entre sí.[540]

El artículo 10 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional de México, dispone que en las controversias tendrán el carácter de partes el actor ("*la entidad, poder u órgano*" que la promueva), el demandado ("*la entidad, poder u órgano que hubiere emitido y promulgado la norma general o pronunciado el acto que sea objeto*" de ella), el tercero o terceros interesados (*las entidades, poderes u órganos que mencionados en las fracción I del artículo 105 constitucional, y sin tener el carácter de actores o demandados, pudieran resultar afectados por la sentencia*), y el Procurador General de la República.

Este listado legal —dice Cossío Díaz— tiene la ventaja de identificar las posiciones procesales propias de los litigios constitucionales en cuestión, sin embargo, carece de

---

[539] ORTECHO VILLENA, Víctor J., *Procesos constitucionales y su jurisdicción,* Rhodas, Lima, 2004 (9ª ed.), p. 191.

[540] ORTECHO VILLENA, *Procesos constitucionales y su jurisdicción,* cit., pp. 191 y 192.

precisión en cuanto a la identificación más concreta de quiénes pueden intervenir en ellos, especialmente en lo que concierne a las dos primeras modalidades.[541]

El modelo se toma de la forma como en Europa, particularmente en España, se resuelve la legitimación en los conflictos de competencia, según sean controversias positivas o negativas. El art. 162 de la Constitución española, acuerda en el primer supuesto, legitimación al Gobierno y los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas. Por Gobierno ha de entenderse en al Consejo de Ministros. Mientras que el Gobierno puede defender el orden constitucional de competencias en general (art. 62, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas lo hacen con su ámbito de competencias propio (art. 63 igual ordenamiento anterior). En los segundos los legitimados pueden ser las personas que tengan la condición de interesado, y que hubiesen obtenido la declinación de competencia de la Administración del Estado y de la Administración de la Comunidad Autónoma (art 68 LOTC) o el Gobierno de la Nación (art 71 LOTC).

En los conflictos entre órganos constitucionales del Estado los legitimados son el Gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial (arts 59.3 y 73 LOTC). El acuerdo deberán tomarlo sus Plenos respectivos. En la dudosa legitimación del Tribunal de Cuentas sucede lo mismo.

Ningún problema plantea la legitimación en cuanto a la impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas (art. 161. 2 CE) que aparece claramente reservada al Gobierno de la Nación, que se expresará mediante acuerdo del Consejo de Ministros.

310.3. Las partes en los conflictos positivos o negativos de competencia son aquellas que se arrogan la potestad legislativa o reglamentaria; o quienes rehúyen la facultad, respectivamente.

Cuando se adoptan decisiones se puede invadir la competencia o atribución que la Constitución o la ley a otro le asignan. Se produce así el conflicto positivo de competencia que debe ser resuelto entre quienes controvierten la potestad.

Dice Ortecho Villena que:

> [...] generalmente la invasión de competencias está revestida de intereses particulares o de grupo, de querer hacer las cosas a la conveniencia de los confrontantes. Lo normal y lo correcto es que cada organismo que integra la estructura del Estado haga uso de sus competencias en forma oportuna y adecuada.[542]

En cambio, cuando en lugar de aplicar la norma ella se omite porque nadie invoque competencia para la ejecución, el problema plantea derivaciones.

En efecto, lo particular del caso es que el organismo que rehúye hacer uso de la competencia o atribución que le corresponde, no obstante que otro organismo del Estado se lo reclama, deja de hacerlo por expresa o tácita decisión. De allí que se

---

[541] Cossío Díaz, "Las partes en las controversias constitucionales", *Revista Cuestiones Constitucionales*, nº 16, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAMN, México, 2007, p. 67.

[542] Ortecho Villena, *Procesos constitucionales y su jurisdicción,* cit., p. 192.

dan tres situaciones: *a)* hay *inconstitucionalidad por omisión*, que se puede demandar por la acción de inconstitucionalidad, o por otros procesos constitucionales como el amparo cuando corresponda; *b)* hay *incumplimiento de la voluntad legal* que se puede reclamar mediante el proceso de cumplimiento o el mandato respectivo y, *c)* hay *renuencia* o *expresión clara de repeler una competencia asignada,* en cuyo caso corresponde deducir la respectiva acción de competencia.

310.4. El último problema es la disputa sobre la naturaleza del poder (atribución legal o constitucional) de legislación sustancial o reglamentaria.

Aquí los conflictos se multiplican y en Argentina hay casos paradigmáticos en materia de poderes tributarios locales y federales. Lo mismo sucede en varias latitudes, y replica en cuestiones transversales, como ocurre cuando se dictan leyes que interfieren la labor jurisdiccional del Poder Judicial (*v. gr.:* régimen de ejecución de sentencias contra el Estado; leyes de amnistía que suspende enjuiciamientos; etc.[543]

Ortecho Villena muestra tres clases de conflictos: *a) los que versan sobre atribuciones señaladas por la Constitución,* como sucede cuando se dictan leyes orgánicas de tipo jurisdiccional que afectan la competencia de los magistrados, como jueces naturales de la causa; *b) aquellas donde el conflicto versa sobre atribuciones señaladas por la ley,* con dos situaciones a considerar. Si se trata de competencias señaladas en leyes orgánicas, o si se trata se atribuciones especiales que pudieren señalar una ley ordinaria a un órgano del Estado (cfr. art. 48, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional peruano); y *c) las cuestiones que se suscitan con motivo de una disposición impugnada pendiente de resolución judicial.* Sería el caso, por ejemplo, de un municipio que invadiera una atribución del gobierno regional y la persona particular afectada demandara civilmente la impugnación de esa disposición.[544]

310.5. Las cuestiones de legitimación pueden quedar desplazadas por el "interés jurídico relevante" o "institucional" que plantee el conflicto de competencia.

En México, cuidadoso del orden federal, la Suprema Corte toma esta idea en la controversia 11/95, donde el Pleno sostuvo que el estado de Tabasco, representado en el caso por su Congreso, contaba con ese tipo de interés debido a que estaba tratando de preservar diversas "instituciones políticas", primordialmente las que corresponden al sistema federal. Al año siguiente —informa Cossío Díaz-, el Pleno volvió a sostener la existencia del interés jurídico, esta vez al resolver la controversia 2/95, al considerar que el municipio de Monterrey podía ser afectado en sus atribuciones con motivo de la Ley que crea las Juntas de Mejoramiento Moral, Cívico y Material del Estado de Nuevo León.[545]

En la controversia 32/97, el Pleno distinguió entre dos tipos de intereses en razón del sujeto que los hacía valer: el "colectivo" que correspondía al municipio de Valle

---

543 Ortecho Villena, *Procesos constitucionales y su jurisdicción,* cit., p. 193.

544 Ortecho Villena, *Procesos constitucionales y su jurisdicción,* cit., pp. 195/196.

545 Cossío Díaz, *Las partes en las controversias constitucionales,* cit., p. 69.

de Bravo y el "individual" que correspondía a los miembros de su ayuntamiento en lo particular, aun cuando la exigencia por el interés "jurídico" se mantuvo.

Agrega el actual ministro del superior tribunal de justicia de México que:

> [...] En una segunda etapa, que podemos llamar "del interés legítimo" la Corte ha venido sosteniendo de un modo consistente este criterio como *standing* de las controversias. Al resolver el 18 de junio de 2001 la controversia 9/2000, promovida por el municipio de Nativitas, Tlaxcala, se señalaba, frente al criterio sostenido en la controversia 15/98, que si bien era necesaria la existencia de un agravio en perjuicio del promovente, dicho agravio debería entenderse como un *interés legítimo* para acudir a esta vía, el cual, a su vez, se traducía en la afectación que resentían en su esfera de atribuciones las entidades, poderes u órganos a que se refiere la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en razón de su especial situación frente al acto que consideraban lesivo; dicho interés se actualiza cuando la conducta de la autoridad demandada sea susceptible de causar perjuicio o privar de un beneficio a la parte que promueve en razón de la situación de hecho en la que ésta se encuentre, la cual necesariamente deberá estar legalmente tutelada para que se pueda exigir su observancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Este criterio no fue incorporado de inmediato en la totalidad de las resoluciones de la Suprema Corte; sin embargo, progresivamente lo ha sido, hasta llegar a generalizarse con diversos matices. Así por ejemplo, al resolverse la controversia 10/2003, el Pleno sostuvo que la función general de las controversias versaba sobre "la invasión a la esfera de competencias o atribuciones que uno de ellos considera afectada por la norma general o acto impugnado, (y ello) implica la existencia de un interés legítimo del promovente". Posteriormente, al resolverse la controversia 22/2002, el Pleno sostuvo que para la procedencia de la acción se requiere que por lo menos exista un principio de agravio, "que se traduce en el interés legítimo de las entidades, poderes u órganos a que se refiere el artículo 105, fracción I, para demandar la invalidez de la disposición general o acto de autoridad demandada que vulnere su esfera de atribuciones". En noviembre de 2003, el Pleno determinó al resolver la controversia 328/2001 promovida por el Poder Judicial del Estado de Guerrero, que: [...] si por mandato constitucional la independencia en la función jurisdiccional de los poderes judiciales locales constituye una prerrogativa para su buen funcionamiento, es claro que el procedimiento y la resolución de un juicio político seguido a alguno o algunos de sus integrantes, con base en el análisis de una resolución emitida en el ejercicio de su facultad jurisdiccional, afectan a la esfera jurídica del citado poder, con lo que se acredita plenamente que éste cuenta con interés legítimo para acudir a la controversia constitucional.

311. El procedimiento

311.1. El art. 112 del Código Procesal Constitucional del Perú establece que: "Si el Tribunal Constitucional estima que existe materia de conflicto cuya resolución sea de su competencia, declara admisible la demanda y dispone los emplazamientos correspondientes.

"El procedimiento se sujeta, en cuanto sea aplicable, a las disposiciones que regulan el proceso de inconstitucionalidad".

"El Tribunal puede solicitar a las partes las informaciones, aclaraciones o precisiones que juzgue necesarias para su decisión. En todo caso, debe resolver dentro de los sesenta días hábiles desde que se interpuso la demanda".

En consecuencia, una vez que se admite la demanda, el juez requerirá al órgano o autoridad denunciada que informe en el plazo de cinco (5) días, siguiendo el procedimiento descrito en el art. 53 del código citado conforme reformas introducidas por la ley 28.946.

> En la resolución que admite la demanda, el juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días; con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, dictará un auto de saneamiento procesal en el que se anule lo actuado y se de por concluido el proceso, en el caso de que se amparen las excepciones de incompetencia, litispendencia, cosa juzgada y caducidad. La apelación de la resolución que ampare una o más de las excepciones propuestas es concedida con efecto suspensivo. La apelación de la resolución que desestima la excepción propuesta es concedida sin efecto suspensivo.
>
> Si el juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios. El juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá los cinco días de concluida ésta.
>
> El juez en el auto de saneamiento si considera que la relación procesal tiene un defecto subsanable, concederá un plazo de tres días al demandante para que lo remedie, vencido el cual expedirá sentencia. En los demás casos, expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito.
>
> Los actos efectuados con manifiesto propósito dilatorio, o que se asimilen a cualquiera de los casos previstos en el artículo 112 del Código Procesal Civil, serán sancionados con una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal. Dicha sanción no excluye la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera derivarse del mismo acto.

311.2. La demanda debe identificar con sus datos completos al órgano o persona interesada. Ha de constituir domicilio procesal, y demostrar (no interpretar) que las disposiciones o actos que denuncia infringe el orden de competencias constitucionalmente dispuesto.

> En México, el artículo 22 reglamentario dice. El escrito de demanda deberá señalar: I. La entidad, poder u órgano actor, su domicilio y el nombre y cargo del funcionario que los represente; II. La entidad, poder u órgano demandado y su domicilio; III. Las entidades, poderes u órganos terceros interesados, si los hubiere, y sus domicilios; IV. La norma general o acto cuya invalidez se demande, así como, en su caso, el medio oficial en que se hubieran publicado; V. Los preceptos constitucionales que, en su caso, se estimen violados; VI. La manifestación de los hechos o abstenciones que le consten al actor y que

constituyan los antecedentes de la norma general o acto cuya invalidez se demande, y VII. Los conceptos de invalidez.

Recuérdese que el conflicto puede ser por "acción" o por "omisión", de manera que la descripción de los hechos debe versar sobre el origen competencial que se atribuye, la forma como impacta en el derecho del demandante, y la ordenación precisa y completa de los documentos y normas que fundamentan la pretensión.

Cuando la acción se entabla por organismos colegiados se cebe acreditar la uniformidad del pleno.

No hay un plazo expreso de caducidad desde que el motivo ocurre cuando se presenta el conflicto. De todos modos, la causa tiene que ser resuelta dentro de los sesenta (60) días hábiles desde que se interpuso la demanda (art. 112 del Código Procesal constitucional).

311.3. Las tres etapas clásicas del procedimiento (proposición, deliberación y resolución) están presentes en este proceso constitucional, con las urgencias y abreviaciones propias del sistema. No hay etapa probatoria, propiamente dicha, aunque se confronta la documentación y se producen alegatos procesales.

> Teniendo el consideración que el Código Procesal Constitucional del Perú indica que el procedimiento se sujeta en cuanto sea aplicable, a las disposiciones que regulan el proceso de inconstitucionalidad, se mantienen las mismas etapas que han venido funcionando dentro del marco de la ley orgánica del tribunal constitucional (ley 24.635) que se deroga en parte; ellas son las siguientes: Demanda. Auto admisorio. Contestación de la demanda (en realidad alegato). Vista de la Causa y sentencia, reduciéndose un tanto los términos, ya que el procedimiento no debe durar más de sesenta (60) días hábiles desde que se interpuso la demanda.[546]

311.4. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación interviene en instancia única y exclusiva para resolver las controversias constitucionales.

Herrera García realiza una crítica precisa a esta denominación. Dice el maestro mexicano que:

> [...] En rigor de términos, todos los procesos constitucionales constituyen "controversias constitucionales", en su acepción de litigios de naturaleza constitucional llevadas al ámbito de lo procesal para su resolución. Sin embargo, en el contexto del ordenamiento mexicano se alude a controversias constitucionales cuando se hace referencia a los procesos en virtud de los cuales se realiza la defensa jurisdiccional de la estructura, organización y competencias que la Constitución define e impone a determinados poderes y órganos constituidos del Estado mexicano.[547]

Son improcedentes las cuestiones que: *a)* conflictúen el poder de decisión jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la nación; *b)* impugnen normas o actos

---

[546] ORTECHO VILLENA, *Procesos constitucionales y su jurisdicción,* cit., p. 198.

[547] HERRERA GARCÍA, *La controversia constitucional mexicana y el proceso competencial peruano (Breves notas comparativas sobre sus reglas generales),* cit., p. 1059 (tomo II).

de carácter electoral; *c)* se deduzca la acción contra normas generales o actos que sean materia de una controversia pendiente; *d)* cuando se hubiera ejeutoriado la decisión cuestionada; *e)* cuando hubieran cesado los efectos y, en consecuencia, el interés jurídico hubiera devenido abstracto; *f)* cuando no estuviera agotada la solución del conflicto por las vías administrativas previstas legalmente; *g)* cuando la demanda se presenta fuera de los plazos legales y *h)* cuando la acción estuviera expresamente declarada improcedente.

311.5. A diferencia del modelo peruano, la controversia constitucional mexicana tiene plazos de caducidad para presentar la demanda, que es de treinta (30) días, cuando se impugnan actos generales, y sesenta (60) días cuando son conflictos limítrofes.

El artículo 21 de la ley reglamentaria del art. 105 constitucional dice:

> El plazo para la interposición de la demanda será: I. Tratándose de actos, de treinta días contados a partir del día siguiente al en que conforme a la ley del propio acto surta efectos la notificación de la resolución o acuerdo que se reclame; al en que se haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución; o al en que el actor se ostente sabedor de los mismos; II. Tratándose de normas generales, de treinta días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación, o del día siguiente al en que se produzca el primer acto de aplicación de la norma que dé lugar a la controversia, y III. Tratándose de los conflictos de límites distintos de los previstos en el artículo 73, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de sesenta días contados a partir de la entrada en vigor de la norma general o de la realización del acto que los origine.
>
> En el supuesto de los actos, el cómputo del plazo corre a partir del día siguiente de la notificación del mismo. Si se trata de normas, inicia al día siguiente de su publicación, o bien, desde el día siguiente cuando se produzca el primer acto de aplicación. En los casos de conflictos entre límites, el plazo se computa a partir de la entrada en vigencia de la norma general o de la realización del acto que crea el conflicto.[548]

La contestación sigue las reglas comunes de la confirmación o negativa, pero debe agregar quien responde, las razones o motivos que llevaron a la situación que se afronta (El artículo 23 reglamentario dice:

> El escrito de contestación de demanda deberá contener, cuando menos: I. La relación precisa de cada uno de los hechos narrados por la parte actora, afirmándolos, negándolos, expresando que los ignora por no ser propios o exponiendo cómo ocurrieron, y II. Las razones o fundamentos jurídicos que se estimen pertinentes para sostener la validez de la norma general o acto de que se trate).

311.6. Recibida la demanda por el presidente de la Suprema Corte mexicana, se designa a un ministro instructor (por orden de turno), quien puede disponer de oficio la suspensión del acto que motiva la controversia. Analizado el expediente tiene dos caminos posibles: *a)* rechazar *in limine* la demanda por ser manifiestamen-

---

[548] HERRERA GARCÍA, *La controversia constitucional mexicana y el proceso competencial peruano (Breves notas comparativas sobre sus reglas generales),* cit., p. 1068 (tomo II).

te improcedente; o *b)* iniciar el trámite y sustanciar la causa. En este caso, emplazará a la demandada por el plazo de treinta (30) días para que conteste y ofrezca lo que a derecho convenga.

Como es un supuesto de competencias en conflicto, en lugar de resistir puede hacerlo y reconvenir debiendo en el caso tener que cumplir los mismos recaudos que el demandante originario.

El actor podrá ampliar su demanda dentro de los quince días siguientes al de la contestación si en esta última apareciere un hecho nuevo, o hasta antes de la fecha de cierre de la instrucción si apareciere un hecho superveniente. La ampliación de la demanda y su contestación se tramitarán conforme a lo previsto para la demanda y contestación originales.

311.7. El instructor tiene facultades saneatorias y ordenatorias en el proceso. En el primer supuesto, cuando encuentre en los escritos de demanda, contestación, reconvención o ampliación, conceptos obscuros o irregulares, impondrá a los responsables respectivos para que subsanen las irregularidades dentro del plazo de cinco (5) días. De no subsanarse lo requerido, y a juicio del ministro instructor la importancia y trascendencia del asunto lo amerita, correrá traslado al Procurador General de la República por cinco (5) días, y con vista en su pedimento si lo hiciere, admitirá o desechará la demanda dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes.

Sustanciada la causa, se deberá señalar audiencia para la producción de pruebas, la que no podrá exceder de treinta (30) días contados desde la contestación o del último acto de la etapa de postulación.

La falta de contestación de la demanda o, en su caso, de la reconvención dentro del plazo respectivo, hará presumir como ciertos los hechos que se hubieren señalado en ellas, salvo prueba en contrario, siempre que se trate de hechos directamente imputados a la parte actora o demandada, según corresponda.

311.8. La etapa probatoria, a diferencia del caso peruano, se realiza con todos los medios ofrecidos salvo la absolución de posiciones y aquellas que sean contrarias a derecho.

En cualquier caso, corresponderá al ministro instructor desechar de plano aquellas pruebas que no guarden relación con la controversia o no influyan en la sentencia definitiva.

Las pruebas deberán ofrecerse y rendirse en la audiencia, excepto la documental que podrá presentarse con anterioridad, sin perjuicio de que se haga relación de ella. Las pruebas testimonial, pericial y de inspección ocular deberán anunciarse diez (10) días antes de la fecha de la audiencia, sin contar esta última ni la de ofrecimiento, exhibiendo copia de los interrogatorios para los testigos y el cuestionario para los peritos, a fin de que las partes puedan repreguntar en la audiencia. En ningún caso se admitirán más de tres testigos por cada hecho.

Al promoverse la prueba pericial, el ministro instructor designará al perito o peritos que estime convenientes para la práctica de la diligencia. Cada una de las

partes podrá designar también un perito para que se asocie al nombrado por el ministro instructor o rinda su dictamen por separado. Los peritos no son recusables, pero el nombrado por el ministro instructor deberá excusarse de conocer cuando en él ocurra alguno de los impedimentos a que se refiere la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

A fin de que las partes puedan rendir sus pruebas, todas las autoridades tienen obligación de expedirles oportunamente las copias o documentos que soliciten y, en caso contrario, pedirán al ministro instructor que requiera a los omisos. Si a pesar del requerimiento no se expidieren las copias o documentos, el ministro instructor, a petición de parte, hará uso de los medios de apremio y denunciará a la autoridad omisa por desobediencia a su mandato.

Las audiencias se celebrarán con o sin la asistencia de las partes o de sus representantes legales. Abierta la audiencia se procederá a recibir, por su orden, las pruebas y los alegatos por escrito de las partes.

En todo tiempo, el ministro instructor podrá decretar pruebas para mejor proveer, fijando al efecto fecha para su desahogo. Asimismo, el propio ministro podrá requerir a las partes para que proporcionen los informes o aclaraciones que estime necesarios para la mejor resolución del asunto.

311.9. Una vez concluida la audiencia, el ministro instructor someterá a la consideración del Tribunal Pleno el proyecto de resolución respectivo en los términos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a solicitud de alguno de sus integrantes podrá, mediante acuerdos generales, acordar el aplazamiento de la resolución de los juicios de amparo radicados en ella, hasta en tanto se resuelva una controversia constitucional siempre que las normas impugnadas en unos y otra fueren las mismas. En este supuesto, no correrá el término de caducidad previsto en el artículo 74, fracción V de la Ley de Amparo.

No procederá la acumulación de controversias, pero cuando exista conexidad entre dos o más de ellas y su estado procesal lo permita, podrá acordarse que se resuelvan en la misma sesión.[549]

312. La suspensión cautelar

312.1. En Argentina, cuando existe un conflicto entre competencias jurisdiccionales, lo resuelve el órgano judicial común jerárquicamente superior a los que tienen el conflicto. En cambio, cuando la controversia se suscita por cuestiones normativas, la suspensión del acto administrativo es la primera medida de carácter urgente y preferencial que se cuenta para realizar el control sobre la legalidad del acto y de las conductas. Algunos lo consideran una medida cautelar, del tipo de las prohibiciones de hacer o del mandato de ejecución.

---

[549] Se reproducen los arts. 24 a 38 de la ley reglamentaria del art. 105 constitucional.

No obstante, por vía de principio la prohibición de innovar no es remedio contra providencias jurisdiccionales en razón del conflicto de competencia que provoca; ni puede afectar actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostenta tal principio.

La primera conclusión no tiene más que resistencias aisladas, como aquella que formula de Lázzari para quien la medida puede extender el radio de acción hacia otros litigios iniciados o prontos a hacerlo, indicando que ello se apoya en el principio de igualdad constitucional que propone tratar a todos con la misma vara; en cambio, si mediara sentencia firme, ella no podría ser alterada por haber pasado en autoridad de cosa juzgada y haberse incorporado al patrimonio como derecho de propiedad.[550]

También puede ser excepción a la regla, la admisión de la medida que suspende la ejecución de una sentencia por causas totalmente justificadas; o aquellas que provocan un perjuicio irremediable como la venta de un inmueble, única vivienda, que se lleva a subasta judicial.[551]

La segunda proposición, en cambio, admite restricciones cuando el acto, administrativo o legislativo, se los impugna sobre bases "*prima facie*" verosímiles.[552]

Algunos ordenamientos procesales, como el *código contencioso administrativo y tributario de la ciudad autónoma de Buenos Aires*, ubica en el título de las medidas cautelares, a la suspensión del acto administrativo (art. 189), sujeto a los siguientes supuestos*:* 1) Si dicha ejecución o cumplimiento causare o pudiere causar graves daños al administrado, el tribunal, a pedido de aquél, puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente, la suspensión del cumplimiento del hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio para el interés público; 2) Si el hecho, acto o contrato, ostentare una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión.[553]

---

[550] DE LÁZZARI, Eduardo, *Medidas Cautelares,* Tomo I, editora Platense, La Plata, 1989, p. 558. *Cfr*. ENDERLE, Guillermo J., "Prohibición de innovar", en *Tratado de las medidas cautelares*, tomo 3, cit., p. 149.

[551] El lejano precedente de la Corte Suprema argentina: "*Burman, Leonardo c/ Alvarez, Joaquín s/ ejecución hipotecaria*", 1983/03/08 (La Ley, 1983-D, 287 y ss.) renovado para un cuadro de situación menos traumático que aquél (ocasionado por la imprevisión contractual y la excesiva onerosidad sobreviniente) cuando se expresa que la medida de no innovar es procedente cuando se debe ordenar la suspensión del trámite de ejecución hipotecaria requerida por quien no tuvo participación en el acto de constitución del título y porque, se continuarse el trámite, se afectarían sus derechos, llevando a resolver sus pretensiones de manera abstracta e inejecutable (CApel., Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 1997/03/20, *cfr.* FALCÓN, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., p. 391 nota 40).

[552] CS, 1994/06/09*, "Cadopi, Carlos H. c. Provincia de Buenos Aires*", ED, 161-183 - JA, 1995-IV-509.

[553] La autoridad administrativa correspondiente, puede solicitar el levantamiento de la suspensión, en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resuelve el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declara a cargo de la autoridad administrativa peticionante la responsabilidad por los perjuicios que irrogue la ejecución en el supuesto de que se hiciere lugar a la demanda o recurso. El pedido de suspensión del hecho, acto o contrato planteado como medida cautelar, es tramitado con carácter urgente, pero sin suspender el curso del proceso principal. En subsidio, se aplican las reglas establecidas para los incidentes en este Código.

Similar diagrama tienen las leyes de procedimiento administrativo que siempre quedan sujetas al principio de revisión judicial, por lo cual algunas legislaciones que pretenden entorpecer la máxima, son inconstitucionales. Por ejemplo, la exigencia prevista por el art. 25 inc. 2 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a la previa solicitud en sede administrativa de la suspensión de los efectos del acto, en el marco de un proceso sancionatorio, se encuentra reñida con la garantía de acceso a la justicia y el principio de tutela judicial continua y efectiva.

Con líneas comunes la legislación provincial exige iguales requisitos para otorgar la suspensión del acto impugnado: la irreparabilidad del perjuicio que ocasiona la ejecución, y/o la ilegalidad manifiesta; pero cuando ellas no se agregan a los recaudos generales de las medidas cautelares, aquella irreparabilidad del perjuicio es, ni más ni menos, que el peligro en la demora; y la ilegalidad manifiesta, supone *mutatis mutandi,* el *fumus bonis iuris.*

Por lo demás, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en establecer una fórmula compositiva, por la cual a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar.[554]

En la práctica la suspensión del acto administrativo reviste la calidad de medida cautelar autónoma que, siendo similar a la prohibición de innovar, es distinta por otras características.

Una de ellas proviene de la posibilidad de conseguir la suspensión en sede administrativa (*v. gr.:* art. 12, Ley 19.549, que dice, en su parte pertinente […] *la administración podrá, de oficio o a pedido de parte mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público o para evitar perjuicios graves al interesado*…); en otras, porque la suspensión viene dispuesta por leyes especiales que al permitir el recurso judicial contra la decisión administrativa, impide la ejecución;[555]

La norma que se invoca, dispone la suspensión de actos administrativos en base a dos presupuestos específicos: la existencia de perjuicios graves o irreparables y que la medida no afecte el interés público. La procedencia en consecuencia está supeditada a las exigencias genéricas de toda medida cautelar (verosimilitud del derecho y peligro en la demora). Asimismo, tiene que probarse al menos uno de los requisitos incluidos en los incisos 1º y 2º del artículo mencionado. A su vez, estrechamente vinculado a la verosimilitud del derecho invocado por la actora, se encuentra la exigencia de demostrar, al menos someramente, que la resolución administrativa que lo conculca ostenta una ilegalidad manifiesta (cf. art. 189 inc. 2º CCAyT). Ello es lógicamente necesario, puesto que será ilegítimo todo acto o hecho de la administración que importe la lesión de un derecho.

[554] *Cfr*. por todos: Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo 3, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999 (4ª ed.), p. V-71.

[555] A *contrario sensu*, cuando las leyes determinan la ejecución inmediata y sin efecto suspensivo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la inconstitucionalidad atendiendo a que la definitividad de las decisiones es solo jurisdiccional calidad que no tienen los actos administrativos que, solo pueden quedar firmes e irrevocables por efectos de la preclusión (*Cfr*. Fallos, 284:150).

asimismo, la suspensión se puede pedir sin juicio iniciado (duda que, pese a que no está presente en nosotros, planteó la doctrina con la vigencia de la ley 17.454).

312.2. En suma, la presunción de validez y ejecución plena de los actos administrativos no es una valla insuperable para conseguir la suspensión judicial, siempre y cuando, surja clara la arbitrariedad y/o ilegalidad manifiesta. Estos presupuestos son también la base para suspender la aplicación de una ley, decreto u ordenanza, y se razona la procedencia desde el artículo 43 de la Constitución Nacional que reitera 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, o de la tutela que prometen las medidas cautelares.

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 clara, 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*. Lo cierto es que la ilegalidad manifiesta, sea o no arbitraria, puede atacarse con el amparo o con la medida cautelar autónoma de cesación del acto administrativo.

Cabe agregar que la suspensión de actos legislativos (normas en general), es una facultad asignada al órgano jurisdiccional indicada precisamente en el mencionado art. 43 cuando expresa que *"podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva"*.

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 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).

También la suspensión procede por cuestiones de legitimidad, concepto que tiene una dimensión más amplia 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).

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.

Para el final resta considerar la exigencia de gravedad del caso para ordenar la suspensión, en la medida que la jurisprudencia ha sido oscilante en su aplicación. Se pensaba que no sólo el acto administrativo debía ser manifiestamente arbitrario o ilegal, sino también, revestir de una gravedad evidente, sin lo cual no era posible admitir la dilación de cumplimiento si para acreditar el perjuicio se necesitaba un ámbito mayor al de la simple apariencia del buen derecho. Pero después, se atendió el reporte del daño que con el acto se provoca. Es decir, hay que advertir lo "manifiesto", antes que la gravedad que el hecho importa.[556]

312.3. En México la suspensión no procede cuando se trata de controversias sobre normas generales, en función de lo que en Argentina se denomina "presunción de legalidad o de inmediata ejecutividad" que podríamos traducir aquí como "presunción de constitucionalidad".[557]

Tampoco se concede cuando se está frente a actos consumados o que hayan devenido abstractos. El artículo 15 reglamentario del art. 105 ya referido, sostiene que tampoco se concederá la suspensión en los casos en que se pongan en peligro la seguridad o economía nacionales, las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano o pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante.

El resto de los artículos referidos a esta cuestión dicen:

> ART. 16. La suspensión se tramitará por vía incidental y podrá ser solicitada por las partes en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva.
>
> ART. 17. Hasta en tanto no se dicte la sentencia definitiva, el ministro instructor podrá modificar o revocar el auto de suspensión por él mismo dictado, siempre que ocurra un

---

[556] Un ejemplo jurisprudencial sirve para demostrar como funcionaría este recaudo que permite suspender la ejecución de una decisión administrativa. 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, 1997/12/23, *Barrenechea c/ Telecom Argentina*).

[557] SOBERANES DIEZ, José María, "La suspensión en controversias constitucionales respecto de resoluciones no definitivas", *Revista Cuestiones Constitucionales*, nº 15, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, p. 333.

hecho superveniente que lo fundamente. Si la suspensión hubiere sido concedida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el recurso de reclamación previsto en el artículo 51, el ministro instructor someterá a la consideración del propio Pleno los hechos supervenientes que fundamenten la modificación o revocación de la misma, a efecto de que éste resuelva lo conducente.

ART. 18. Para el otorgamiento de la suspensión deberán tomarse en cuenta las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional. El auto o la interlocutoria mediante el cual se otorgue deberá señalar con precisión los alcances y efectos de la suspensión, los órganos obligados a cumplirla, los actos suspendidos, el territorio respecto del cual opere, el día en que deba surtir sus efectos y, en su caso, los requisitos para que sea efectiva.

312.4. En Perú, el artículo 111 del Código Procesal Constitucional establece que:

El demandante puede solicitar al Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto de conflicto. Cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste podrá suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional.

La suspensión actúa como medida cautelar y provisional que supone impedir que el uso y aplicación de la norma o acto cuestionado genere efectos irreversibles. Por eso son medidas de aseguramiento que persiguen conservar el *status quo* o innovar cuando claramente corresponde ordenar la acción.

Por otro lado, las medidas cautelares pueden tener también efectos anulatorios cuando el juez constitucional determina que deben anularse actos o resoluciones tomadas por un órgano mientras se resuelve el conflicto de competencia planteado. Este supuesto es propio de los conflictos positivos, en donde la pretensión (objeto del conflicto de competencia) es perseguida por varios órganos o entidades públicas y por ende, pueden haberse dictado actos o resoluciones específicos que deben ser remitas a la tutela cautelar por medio del accionar del juez constitucional. En cuanto a la determinación de la función del juez constitucional, es claro que el juez constitucional podría ordenarle a dicho órgano que se abstenga de continuar dictando actos y realizando conductas materiales en ejercicio de la competencia cuestionada, hasta que el conflicto se resuelva por el fondo.[558]

313. La sentencia y sus efectos

313.1. El artículo 72 del Código Procesal Constitucional (Perú) dice:

La sentencia que declara fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto a: 1) La determinación de la obligación incumplida; 2) la orden y la descripción precisa

[558] ARIAS GRILLO, Rodrigo, "La actividad cautelar en los procesos constitucionales de protección de derechos fundamentales, control de constitucionalidad y conflictos de competencia, con especial referencia al ordenamiento jurídico costarricense", en *Revista de Ciencias Jurídicas,* nº 116, mayo-agosto, 2008, p. 110.

de la conducta a cumplir; 3) el plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez (10) días; 4) la orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.

La primera cuestión que se debe precisar es el tipo de conflicto afrontado, de modo tal que se razone sobre la naturaleza del conflicto, ya sea por atribuciones constitucionales positivo, negativo o de omisión en cumplimiento de acto obligatorio.

Enseguida, se tiene que determinar y expresar quienes son los poderes públicos que quedan alcanzados por la sentencia; resolviendo sobre aquello que deban hacer en un plazo máximo de diez (10) días.

313.2. Para el supuesto de los conflictos de competencias o atribuciones negativas, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas. De lo cual se concluye que, normalmente, la sentencia sobre el fondo que pone fin al proceso competencial tiene como fin principal determinar la titularidad de las competencias o atribuciones que correspondan a un determinado poder del Estado u órgano constitucional, seguido, algunas veces, de la anulación de los actos viciados de incompetencia que se hayan dictado.[559]

Cuando se trata de procesos competenciales por menoscabo, es decir, por no cumplir adecuadamente con el acto o la norma, o por darle un sentido diferente, es necesario que el tribunal determine los efectos de éste conflicto. Esta decisión va, en principio, unida a la declaración sobre la competencia, de forma que si el órgano que emitió el acto o disposición impugnados carecía de competencia, o si aún teniéndola la ejerció de forma tal que lesionó la competencia de otro órgano, el Tribunal Constitucional debe necesariamente declarar su nulidad.

Es evidente, entonces, que la sentencia, en este caso, no tiene como contenido principal determinar la titularidad de las atribuciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, pues ambos entes han actuado en el marco de sus atribuciones constitucionales; antes bien, lo que hará será declarar la nulidad de aquellos actos -en este caso jurisdiccionales- viciados de ilegitimidad constitucional por haber sido dictados sin la guía del precedente vinculante.[560]

313.3. El artículo 113 del Código Procesal Constitucional establece que junto a la determinación de las competencias o atribuciones controvertidas, el Tribunal Constitucional tiene que anular las disposiciones o actos viciados de incompetencia, y declarar la nulidad de todas aquellas resoluciones judiciales que sean consecuencia.

---

[559] Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional de fecha 12 de febrero de 2007, en el expediente n° 00006/2006 CC/TC.

[560] El Tribunal Constitucional orienta desde las sentencias 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC.

Las sentencias del Tribunal Constitucional no son sólo resoluciones que ponen fin a una controversia constitucional, sino son también fuente de Derecho, tal como lo ha precisado dicho alto tribunal: (...) así como el Congreso de la República cuando ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204 de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional . Consecuentemente, en el sistema jurídico peruano la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente.

Las sentencias del Tribunal Constitucional, por tanto, dado que constituyen la interpretación de la Constitución de su supremo intérprete, se estatuyen como fuente de Derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Y ello es así porque la norma fundante básica (la Constitución) es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen.

Por ello, en la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, *prima facie*, su nulidad. Por ende, en aplicación del artículo 113 del Código Procesal Constitucional, el cual establece que junto a la determinación de las competencias o atribuciones controvertidas, el Tribunal Constitucional anula las disposiciones o actos viciados de incompetencia, debe declararse la nulidad de todas aquellas resoluciones judiciales que han estimado sendas demandas de amparo o de cumplimiento con desconocimiento de las sentencias 009-2001-AI/TC y 4227-2005-AA/TC y que el Poder Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 118, inciso 9, tenía la atribución constitucional de cumplir y hacerlas cumplir.[561]

---

[561] Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 12 de febrero de 2007, en el expediente 006/2006 PC/TC. Corresponde agregar que esta sentencia fue objeto de serias resistencias doctrinarias, no solo por los límites que se impuso el tribunal, sino, además, porque resolvió fijar criterios (precedente vinculante) sobre temas sensibles como el impedimento de considerar por esta vía la revisión de sentencias judiciales. El eximio jurista Juan Monroy Gálvez advirtió: "[…] Se dice en este considerando (40) que el carácter vinculante de las sentencias del TC genera consecuencias que van *'más allá de los efectos de la cosa juzgada'*. ¿Habrá querido decir el honorable TC que un precedente deja sin efecto la cosa juzgada? Sí, eso ha dicho. Mal expresado porque la frase 'efectos de la cosa juzgada' no es conceptualmente correcta. Se trata de una afirmación sin antecedentes en la doctrina y en el derecho comparado. Sin embargo, adelanto conclusiones de este comentario, diciendo que son argumentos como éste los que le permiten al TC desembarazarse, sin mucha angustia, de la autoridad de la cosa juzgada. Dice también el fundamento comentado que la prevalencia del carácter vinculante de sus sentencias, se debe a "que su observancia es no sólo para las partes del proceso" sino para los poderes y órganos constitucionales y para los casos futuros similares. Concediéndole, lleno de duda, el beneficio de la buena fe, estimo que esta afirmación del TC se debe a su desconocimiento de la doctrina sobre la cosa juzgada y sobre el precedente judicial. Me explico. La autoridad de la cosa juzgada es una institución de política judicial en

313.4. En México, las controversias constitucionales se resuelven por la invalidez o validez del acto o norma impugnada. En los primeros, generalmente, los efectos únicamente serán respecto de las partes en la controversia, y la disposición será anulatoria sin efectos generales, pese a ser declarada contraria a la Constitución.

Sin embargo, en ocasiones los efectos pueden ser generales, como en los casos de controversias a que se refieren los incisos c, h y k del artículo 105 constitucional. Es decir, cuando es el Poder Ejecutivo de la Unión contra el Congreso de la Unión, una de sus cámaras o contra la Comisión Permanente; cuando el conflicto es entre dos poderes de un estado, y cuando la controversia se suscita entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal. En este caso es necesario, para la anulación de la norma y el establecimiento de efectos generales, que la resolución se emita con el voto de ocho ministros, ya que sólo la votación calificada se exige respecto de normas generales impugnadas.[562]

313.5. En el caso de ser sentenciados conflictos sobre normas o actos de alcance general, se debe realizar una distinción. Tendrá efectos generales plenos la declaración de invalidez de disposiciones de los estados o de los municipios impugnadas por la Federación; de los municipios controvertidas por los estados; las emitidas por el Poder Ejecutivo Federal o el Poder Legislativo Federal, impugnadas por uno de éstos; las expedidas por el Poder de un estado controvertidas por un Poder diverso de la misma entidad; y, las aprobadas por un órgano de gobierno del Distrito Federal impugnadas por otro órgano de la propia entidad. Todas ellas, siempre y cuando la resolución sea aprobada por cuando menos ocho ministros.

---

tanto aquella decisión que la ostenta tiene un reconocimiento que alcanza a *todos*, es decir, debe ser respetada en todo el ámbito del ordenamiento jurídico en el cual ha sido dada. La inmutabilidad que la autoridad descrita produce, entonces, es importante precisamente porque escapa al ámbito procesal, a la sola relación entre las partes. Un ejemplo, la Corte Suprema en un proceso de reivindicación entre 'A' y 'B' declara que 'B' es el propietario. ¿Esa sentencia proyecta su autoridad de cosa juzgada sobre 'C', quien se considera propietario del bien que ha sido declarado de 'B'? Sí se proyecta porque la autoridad de la cosa juzgada es *erga omnes*. Sin embargo, como 'C' no ha participado del proceso, los *efectos* de la sentencia no le alcanzan, por eso sí podría demandar a 'B', quien al defenderse no podrá oponerle a 'C' los efectos del proceso anterior. Esta diferencia entre autoridad y eficacia es esencial para no derrapar en materia de cosa juzgada. Lo descrito nos permite comprender el gravísimo error dogmático que contiene el fundamento estudiado. El cotejo entre cosa juzgada y precedente tomando como criterio su alcance subjetivo, considerando que el primero sólo alcanza a las partes y el segundo abarca mucho más, es como comparar una rosa con una pelota a partir de sus funciones didácticas. Ni la cosa juzgada es inter partes como se afirma, ni el precedente tiene eficacia *erga omnes*, como también se dice con ligereza. El tema de a quién o a quiénes alcanza los efectos de una decisión judicial firme, corresponde ser analizado a partir de una institución que se conoce como "los límites subjetivos", tema que, a su vez, tiene que ver con la *eficacia de la sentencia*, en ningún caso con la cosa juzgada y mucho menos con el precedente judicial (MONROY GÁLVEZ, Juan, *Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional,* Revista Jurídica, Corte Superior (en honor al día del Juez), Lambayeque, 2010, *passim*; también en *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional,* n° 10, Porrúa, México, 2008, pp. 157 y ss.).

[562] SUÁREZ CAMACHO, CORDERA DÍAZ, *Reflexiones en torno a la controversia constitucional,* cit., p. 181.

En este punto, algunos consideran que no existe razón para quedar excluidos los órganos de autoridad del Distrito Federal, cuando sea la Federación quien demanda, ya que al final se tratan de autoridades netamente locales. Además, se debe aclarar que se desestima una demanda cuando un asunto resuelto no ha sido aprobado por cuando menos ocho de los ministros. En este caso, los criterios vertidos en la sentencia no serán obligatorios.[116] Esta desestimación se ha hecho así porque el legislador consideró que con menos de ocho votos es insuficiente el apoyo para declarar una norma como inválida; es decir, si los ocho votos constituyen un quórum necesario, la falta de éste impide que la Suprema Corte dicte resolución y, por tanto, se produce la desestimación de la acción intentada impidiéndose, por ende, cualquier efecto. Sin embargo, debiera ser analizada esta situación para determinar si con una mayoría simple se pudiera realizar la declaratoria de invalidez de una norma, ya que la situación actual provoca cierta incertidumbre cuando en una votación seis ministros se inclinan por declarar la invalidez de una norma y cinco no; es decir, como algunos autores señalan, el error del legislador es que la desestimación de la controversia no genera un criterio válido respecto de normas similares. Así, lejos de unificarse criterios, únicamente se están dividiendo.[563]

313.6. En los demás casos en que no es posible la declaratoria de invalidez de una norma con efectos generales, como sucedería cuando un estado, el Distrito Federal o un municipio controvirtieran una disposición de observancia general emitida por la Federación, o un estado impugnara una norma de un diverso estado; o un municipio controvirtiera una disposición estatal o la expedida por un diverso municipio, la respectiva declaración de invalidez únicamente tendrá efectos respecto de las partes de la controversia; es decir, en el ámbito espacial respecto del cual ejerce sus atribuciones la parte actora. Por ejemplo, en la controversia que promovió el jefe de Gobierno del Distrito Federal contra el decreto emitido por el presidente de la República respecto de los husos horarios, se consideró que la sentencia que declaró su invalidez sólo tendría efectos en esta entidad.[564]

313.7. Cuando la controversia radica entre poderes distintos y órganos de gobiernos locales o federados, se polemiza sobre el alcance de la sentencia, prevaleciendo el criterio que debe ser de efectos solo para las partes.

Así, se ha ejemplificado que si el presidente de la República formulara una controversia constitucional en contra de una disposición de observancia general emitida por el jefe de

---

[563] Algunos autores opinan que esto es una denegación de justicia en perjuicio de la autoridad que fungió como parte actora, además de que contraviene lo dispuesto por el penúltimo párrafo de la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, no todos están de acuerdo con lo anterior; por ejemplo, algunos autores sugieren que sería mejor si la sentencia fuera emitida necesariamente por unanimidad de votos, puesto que en una materia tan compleja como lo es una controversia sobre la constitucionalidad de una norma, si se exigiera una cantidad de votos menor, lo único que podría suceder es que se llegara a declarar la inconstitucionalidad de una norma general, creando incertidumbre y que sería peligroso políticamente que un margen reducido llegase a suscribir dicha declaración (SUÁREZ CAMACHO, CORDERA DÍAZ, *Reflexiones en torno a la controversia constitucional,* cit., pp. 182 y ss).

[564] SUÁREZ CAMACHO, CORDERA DÍAZ, *Reflexiones en torno a la controversia constitucional,* cit., p. 183.

> Gobierno del Distrito Federal, la declaración de invalidez que llegara a emitirse respecto de la norma impugnada no podría tener efectos generales, sino únicamente respecto de las partes, por lo que los efectos del fallo se limitarían a la esfera competencial del presidente de la República, sin que el acto respectivo pudiera dejar de surtir efectos respecto de los órganos restantes de la Federación. Esos efectos se consideran sumamente imprácticos y disfuncionales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en esos casos ha considerado que los efectos de la sentencia deben atender al orden jurídico parcial representado por el poder actor y al alcance de sus facultades en el territorio.[565]

También un acto puede tener efectos generales cuando la controversia se suscita entre dos Poderes de un mismo estado. Sin embargo, tratándose del Distrito Federal, la Corte ha sostenido que cuando la parte actora es una Delegación y la demandada alguna de los restantes órganos del gobierno del Distrito Federal, los efectos serán particulares porque las delegaciones constituyen un órgano de gobierno del Distrito Federal.[566]

---

[565] SUÁREZ CAMACHO, CORDERA DÍAZ, *Reflexiones en torno a la controversia constitucional,* cit., p. 184.

[566] SUÁREZ CAMACHO, CORDERA DÍAZ, *Reflexiones en torno a la controversia constitucional,* cit., p. 185.