

## **LA REFORMULACION DEL PROCESO DE AMPARO**

Por Jorge A. Rojas

### **1.- INTRODUCCION**

El proceso de amparo no puede ser abordado sin tener en cuenta su origen, por la impronta tan particular que lo caracterizó, pues en nuestro país, a partir de los leading cases Siri<sup>1</sup> y Kot<sup>2</sup>, es necesario advertir que nació sin forma procesal alguna, interpretándose primigeniamente como un recurso y desde entonces –como creación pretoriana- hasta el presente, como un proceso autónomo.

Pese a que ha sido legislado profusamente, lo único que se ha logrado fue desdibujarlo como sistema protectorio, precisamente por las formas a las que se lo quiso amoldar, contrarias a su esencia.

Por lo tanto, para la reformulación de esto que aparece poco operativo, luego de su jerarquización constitucional, la profusa legislación que pretendió regularlo, la interpretación que han hecho los tribunales, las dudas que plantea aún en la doctrina su ensamble, resulta importante tener como premisa fundamental aquellas que fueron sus fuentes originarias, para que partiendo de ellas se pueda advertir el proceso de atomización al cual fue injustamente sometido, para concluir en la necesidad de su revalorización, adoptando una adecuada sistematización de todas las aristas que presenta este instituto, de modo de que sea factible su adecuada regulación.

### **2.- LA ATOMIZACION DEL AMPARO**

La atomización que viene sufriendo el amparo se puede apreciar en distintos niveles, por un lado, a nivel jurisprudencial, por otro a nivel legislativo, y finalmente también a nivel doctrinario.

Desde allí se han delineado diversas figuras de carácter amparista unas y con aspiraciones a serlo otras, pero lo cierto es que se apuntó a su regulación en muchos casos, dando origen así a diversas manifestaciones del amparo<sup>3</sup>.

Sirva como ejemplo de lo expuesto, la acción de daño temido, o las reparaciones urgentes, figuras ambas incorporadas a nuestro ordenamiento adjetivo a nivel nacional<sup>4</sup>, otro ejemplo es la generación de una acción declarativa de inconstitucionalidad también a nivel nacional, que nace como una creación pretoriana de nuestro más Alto Tribunal sustituyéndose al amparo a los fines de la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Fallos 239:459

<sup>2</sup> Fallos 241:291

<sup>3</sup> Sirva como ejemplo de ello, la medida que Peyrano denomina “autosatisfactiva”, que antes Morello había llamado cautela material, y que la consideramos como una típica figura amparística (ver Rojas, Jorge A. “Una cautela atípica”, Revista de Derecho Procesal nro. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 57 y ss. A ello corresponde agregar los trabajos que llevé a cabo el Ateneo de Estudios Procesales que dirige el mismo Peyrano en la Ciudad de Rosario, que llevó a la elaboración de la obra que aquel dirigió denominada precisamente “Medida Autosatisfactiva”.

<sup>4</sup> Ambas figuras fueron incorporadas por la reforma introducida por la ley 22.434 al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 623 bis y 623 ter).

<sup>5</sup> De algún modo esa brecha se gestó a partir del dictámen del Procurador General en el caso Hidronor S.A. c/ Pcia. del Neuquén (L.L. 154-515), que en definitiva no concluyó, pero tuvo carta de ciudadanía en el caso Santiago del Estero, Pcia. de c/Nación Argentina y Otros (Fallos 307:1804), donde la Corte sin perjuicio del nomen iuris otorgado por la accionante, transformó una acción de amparo en una acción declarativa de inconstitucionalidad, hasta que esta vía quedó definitivamente fijada no dentro del molde del amparo, sino en los pliegues de la acción prevista por el art. 322

Todo ello dejando de lado otras figuras amparistas ya concebidas por el legislador en forma específica, como el amparo por mora, el amparo aduanero, el amparo sindical, entre otras<sup>6</sup>.

Cuando el constituyente elevó la figura del amparo, consagrándola específicamente como una garantía concreta de nuestra Ley Fundamental, más allá de que se encontraba regulado el amparo contra actos de particulares en el art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es dable advertir, solo de la compulsa de las diversas figuras amparistas que contempla el art. 43 de la Constitución Nacional, que allí encontramos una especie de confirmación de esta atomización a que venimos aludiendo, toda vez que se prevén las siguientes modalidades del amparo:

- a) El amparo contra actos u omisiones de la autoridad pública
- b) El amparo contra particulares
- c) El amparo como mecanismo para propender a la declaración de inconstitucionalidad de una norma.
- d) El amparo contra actos discriminatorios
- e) El amparo a favor del consumidor
- f) El amparo para la protección del medio ambiente
- g) El amparo para los derechos de incidencia colectiva

Pero es conveniente advertir que la atomización denunciada se extiende más allá aún, pues debido a la apertura que brindó el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, con relación al llamado bloque de constitucionalidad, y la recepción que han tenido los Tratados internacionales por el más Alto Tribunal del país, también encontramos regulado el amparo en los siguientes tratados:

- a) En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>7</sup>.
- b) En la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>8</sup>.
- c) En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José de Costa Rica<sup>9</sup>.
- d) En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>10</sup>.

---

del Código Procesal en los autos "Gomer S.A. c/Córdoba, Pcia. de (Fallos 310:142).

<sup>6</sup> Art. 28 ley 19.549; art. 1160 del Código Aduanero; arts. 47 yss. de la ley 23.551, respectivamente.

<sup>7</sup> El art. XVIII de la Declaración dispone que "toda persona ... debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

<sup>8</sup> El art. 8 de dicha Declaración dispone que: "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

<sup>9</sup> Dicha Convención, aprobada por nuestro país por la ley 23.054 dispone en el 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, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales...

<sup>10</sup> El cual fue aprobado por nuestro país por ley 23.313 y allí se estableció Part. II, art. 2, ap. 3: cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales...

De todo lo expuesto se advierte con claridad que no existe un solo amparo sino que son múltiples las figuras amparistas, creadas no sólo por nuestra propia Constitución Nacional, los Tratados internacionales a ella asimilados, sino inclusive por el legislador y la propia jurisprudencia.

Toda esta dispersión lleva a una legislación, que demuestra en demasía el interés que despierta la figura del amparo, que no sería preocupante, si no advirtiéramos los efectos no deseados que provoca, pues pese a su profusa regulación, la finalidad protectora que se esboza aún no se puede concretar en la realidad, sino que todo el espacio ganado por el amparo desde la legislación parecería un exceso en desmedro de aquellos mismos derechos que se intentan proteger.

Esta dicotomía se presenta fundamentalmente por la imposibilidad de encontrar la formas adecuadas que hagan a su concreta regulación legal a través de un sistema que permita el encauzamiento adecuado de todas estas variantes, generando los instrumentos aptos para ello, que tal vez no provengan siempre de la figura del amparo.

Por eso es fundamental como punto de partida, determinar cómo se lo concibe al amparo para que la reformulación que pretende el tema central de esta comisión de estudio apunte a un fin potable, de modo de aventar los riesgos de reiterar la historia que ya lleva a cuestras esta figura.

### **3.- LA IMPORTANCIA DE LAS FUENTES**

Es ineludible tener en cuenta la interpretación que se hizo de este instituto por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tanto en el caso Siri, como en el caso Kot, y más allá de su posterior desvirtuación, aquellos casos insignes dan la pauta interpretativa adecuada para conocer su finalidad, además de los caracteres fundamentales que deben distinguirlo.

Sostuvo la Corte en el caso Siri que:

*a) Basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique la restricción, para que aquélla sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de ley que la reglamente. Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias.*

Como se advierte del párrafo transcrito, aparece con toda nitidez la existencia de derechos —expresa o implícitamente— consagrados en la Ley Fundamental, cuya violación impone de inmediato su restauración, o su mantenimiento, o su eventual resguardo.

Agrega la Corte, para evitar todo tipo de confusiones, que no se requieren formas solemnes para su resguardo, pues aún cuando la ley no las contemple los jueces están encargados de su protección. La pregunta que cabe aquí es ¿cómo?

Esto nos da la pauta de dos circunstancias fundamentales a tener en cuenta, por un lado, la operatividad de los derechos que consagra la Constitución Nacional, sean estos concebidos en forma expresa o aún implícitamente, pues no debemos olvidar que aquí se trató de discernir entre la libertad personal que resguarda el habeas corpus, con la manifestación de otro tipo de restricciones que afecten la libertad de una persona; y por otro, la comprobación inmediata, sin sujeción a formas procesales de ninguna índole, lo que implica no solo una restricción en el conocimiento de la jurisdicción circunscripta tan solo a la vulneración de los derechos que merecen tutela, sino además una actuación efectiva (por su eficacia) de la ley.

Es indudable que aquí no se puede pasar por alto la convulsionada situación política por la que atravesaba nuestro país en la década de los años 50, luego del derrocamiento del peronismo, y el eslabón que aquí se

consagraba como resguardo al avasallamiento del poder político de turno, lo que tiene una relevancia y una significación por demás elocuente, precisamente porque una de las razones fundamentales por las cuales fracasa todo intento de regulación del amparo se asienta precisamente en advertir que se trata de un fabuloso mecanismo de control, precisamente de aquellas exorbitancias en las que pudiera llegar a incurrir el poder de turno, y ello evidentemente tiene un peso específico propio como para provocar un llamado de atención que conlleva al retardo de su adecuada regulación, por nuestra propia idiosincrasia.

**b)** La Corte luego señaló en Kot, cuando extendió este mecanismo contra actos u omisiones de particulares:

*La Constitución Nacional tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales es la obra de los intérpretes, en especial de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución; entre ellos está, primero entre todos, el de asegurar los beneficios de la libertad.*

El rol que se le asigna a la jurisdicción es primordial para resguardar las libertades fundamentales de la persona, pues siguiendo el criterio sentado en Siri, la interpretación que se les debe dispensar debe apuntar a su protección.

*La declaración de que no existe protección constitucional de los derechos humanos frente a organizaciones colectivas, que acumulan casi siempre enorme poderío material o económico (consorcios, sindicatos, asociaciones profesionales, grandes empresas), comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución, cuyo espíritu liberal es inequívoco y vehemente, y con ella, la del orden jurídico fundamental del país.*

Este aspecto destacado por la mayoría en el caso Kot, prácticamente resulta paradigmático en la actualidad, precisamente porque la vastedad de los intereses multinacionales, sobre todo por el poderío que acumulan las corporaciones, o empresas que llevan adelante negocios de toda laya, hacen que se deba imponer un límite que no es otro que el que tiene que surgir de la interpretación que debe hacer la jurisdicción sobre la inteligencia de nuestra Ley Fundamental, en aras al resguardo de esos derechos.

Obsérvese que en la doctrina sentada por la Corte Suprema en Kot, se profundiza aquello que había esbozado en Siri, que no es otra cosa que el rol tutelador de la jurisdicción cuando aparezcan comprometidas las libertades fundamentales de la persona, sin distinguir el origen del avasallamiento, es decir si proviene de una autoridad pública o de un particular, lo cierto y lo concreto es que la Corte propendía en todos los casos en sus fundamentos a un mecanismo protectorio, no un mecanismo que sirviera para dirimir los derechos en disputa, no solo porque por cierto ello ya existía, sino porque la índole de los derechos en juego, y la de la propia actuación u omisión, justifican –cuando resulta manifiesta la arbitrariedad o la ilegalidad que se invoca– la intervención de la jurisdicción con un sentido protectorio.

**c)** La Corte distinguió puntualmente en el caso Kot, que los derechos que consagra la Constitución Nacional, constituyen una garantía inexpugnable para el justiciable, debajo de la cual es inconcebible cualquier actuación. De ahí que haya interpretado que

*El recurso de amparo deducido con invocación de los derechos constitucionales de la libertad de trabajo, de la propiedad y de la libre actividad, es una garantía distinta a la que protege la libertad corporal y que, a semejanza del hábeas corpus, procura una protección expeditiva y rápida, que emana directamente de la constitución.*

Como se advierte de lo expuesto, la protección a la que propendió la creación pretoriana de la Corte que se dio en llamar amparo, no es otra más que una protección expeditiva y rápida, sinónimos que prácticamente apuntan exclusivamente a la protección inmediata a través de una actuación eficaz de la ley.

Agregó además la Corte que: *Sin una reserva que, expresa o implícitamente emane de los preceptos constitucionales, y que imponga una inteligencia restringida del recurso de amparo, la interpretación amplia es la que mejor consulta los grandes objetivos de la ley suprema y las genuinas finalidades de aquella garantía. Lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados.*

Este es el sentido final que tiene el amparo, proteger con la amplitud de criterio que los derechos en juego impongan, cualquier tipo de restricción que los conculque, pues como se señalara, no importa en este proceso dirimir a quien le asiste el derecho, es decir, cual de las dos posiciones en el pleito es la correcta o la verdadera, sino por el contrario, comprobada la vulneración, por resultar manifiesta, es el derecho en sí mismo el que debe ser salvaguardado, con lo cual la suerte del proceso debe restringirse únicamente a este aspecto central.

**d)** Mucho más elocuente es la Corte, en el sentido expuesto, en este leading case, cuando señaló:

*Siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces reestablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. En tales hipótesis, los jueces deberán extremar la ponderación y la prudencia, a fin de no decidir por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios.*

Por entonces, se concebía al amparo como un recurso, precisamente porque de algún modo por esa vía llegó tanto el caso Siri como el caso Kot al conocimiento de la Corte Suprema. Sin embargo, ella misma advierte que lo que persigue el amparo, no es dirimir derechos que aparezcan en pugna, sino alejándose de toda idea de bilateralidad, restringir el proceso al restablecimiento de los derechos que resultaron conculcados, por la razón que fuera, siempre que haya aparecido en forma clara y manifiesta la arbitrariedad o ilegalidad de la acción u omisión en que se hubiere incurrido, por un particular, o por una autoridad pública.

Este es el sentido que le dio la Corte Suprema al trámite del amparo, en el cual se destacó, como lo señalamos, desde sus propios orígenes, la idea de un proceso de carácter protectorio, alejado de toda idea de debate, o de una actividad probatoria que pudiera desnaturalizarlo. Así lo señaló Aberastury en uno de sus votos en una acción de amparo, señalando que: *“Toda idea de bilateralidad es extraña a la demanda de amparo, sin que se afecte por ello, en tales casos, la defensa en juicio”*<sup>11</sup>.

Es oportuno tener en cuenta en este aspecto, aquello que denominamos difuminación de la legitimación pasiva, toda vez que tanto en Siri como en Kot, ni se obtuvo ningún informe de la autoridad pública, pues nunca se supo de donde emanó el acto que provocó el amparo, ni tampoco en Kot se corrió traslado de la demanda a ningún demandado, de ahí que aparezca desdibujada el legitimado pasivo, lo cual torna mucho más evidente la certeza y la liquidez de los derechos vulnerados<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Fallos 250:143

<sup>12</sup> Rojas, Jorge A.; Una cautela ... cit., p. 67.

Esta línea de razonamiento no sólo fue receptada por la Corte, sino inclusive por la doctrina, pues Palacio, remitiéndose al mandato de seguridad brasileño, recordando a Buzaid, señalaba que aquél instituto, en Brasil, tiene como nota fundamental “la inexistencia de discusión”, en torno al derecho invocado por el impetrante por la indiscutibilidad de la pretensión enjuiciada, agregando a continuación que la otra nota esencial que debe caracterizar al amparo radica en la necesidad de que aquélla tramite con la mayor celeridad y urgencia, a través de procedimientos dotados de la máxima simplicidad en sus dimensiones temporales y formales<sup>13</sup>, todo lo cual en modo alguno implica un menoscabo al legítimo derecho de defensa.

#### **4.- LA REITERACION DE CAMINOS ERRONEOS**

Como se puede advertir de lo expuesto hasta aquí, parecería que si hay algo que actualmente sobra –por su abundancia- es la regulación del amparo, pues contrariamente a lo que venía sucediendo hasta su constitucionalización, ahora su regulación aparece en demasía en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, si la regulación legal es la que se indica, la pregunta que cabe formular refiere a su efectividad, pues aquí se trastocan los términos entre las previsiones legales y su concreta operatividad, ya que lamentablemente se produce una relación inversamente proporcional, que no es la deseable de esperar.

Muestra elocuente de lo que llevamos dicho surge precisamente del caso Bustos<sup>14</sup>, el cual paradójicamente podría ser útil desde el doble punto de vista que nos ocupa. Es decir, el de las acciones que la Constitución Nacional identifica como expedita y rápida (que en verdad consideramos debe ser el proceso y por ende sus procedimientos, o el sistema como preferimos identificarlo) y su eficacia a la luz –en este caso- de derechos de incidencia colectiva.

Este supuesto, podría permitirnos advertir a un conjunto indeterminado de personas, que en defensa de derechos colectivos homogéneos e individuales, se ven precisados a promover un amparo (en forma individual), que los resguarde contra un acto de la autoridad pública, que provocó un cercenamiento en su derecho de propiedad violando así la letra de la Constitución Nacional.

En ese caso, de honda proyección social, la Corte estableció como pauta interpretativa, que el amparo no resultaba la vía idónea para ejercer reclamaciones como la que se había intentado, con lo cual nos encontramos frente a la siguiente situación. Por un lado, el amparo no es la vía idónea para ese tipo de reclamos, pero por otro, tampoco se pueden ejercer por medio de una acción colectiva, que huelga señalar, no está regulada como tal.

¿Qué sucede entonces dentro de este campo? ¿Porqué existen otros derechos de incidencia colectiva que pueden ser objeto de reclamación por vía de amparo y estos no? ¿Cuáles son las diferencias? Y en su caso ¿cuáles serían las vías idóneas a transitar para lograr el objetivo que podríamos corporizar en una tutela judicial efectiva e inmediata?

Esto demuestra cómo desde el punto de vista jurisprudencial aparece un horizonte sumamente borroso como para delinear la figura que nos ocupa.

Pero otro tanto ocurre desde el punto de vista legislativo, pues obsérvese que en el proyecto de ley que en el transcurso del pasado año de 2006 llegó a tener media sanción de la Cámara de Diputados<sup>15</sup>, se estructuró al amparo como un proceso de conocimiento más, con una etapa introductoria, con juicio de admisibilidad

---

<sup>13</sup> Palacio, Lino E.; La Pretensión de Amparo en la Reforma Constitucional de 1994, L.L. 1995-D-1237.

<sup>14</sup> Fallos 327:4495

<sup>15</sup> El referido proyecto fue publicado en J.A. 2006-II, número especial sobre acciones colectivas, fascículo 12 del 21/6/06, p. 92 y ss.

previo, una etapa probatoria y una conclusional, con la posibilidad de que intervengan terceros, con un régimen diferenciado para las apelaciones según provengan de particulares o de la autoridad pública y todo ello concentrado en un cuerpo legal que contenía tres variantes de amparo: contra actos de autoridades públicas, contra particulares, y el llamado amparo colectivo.

Parecía que el amparo volvía a constituirse en una panacea, a tal punto que Sagües caracterizó a esta ley, como una invitación a la “amparomanía”, porque todo podía pensarse que sería resuelto por vía de amparo, ya que su contenido, no era otro que el molde de un típico proceso de conocimiento, que por lo visto el legislador entendía que podía ser útil para todo tipo de conflictos<sup>16</sup>.

En esa línea, en la Ciudad de Buenos Aires, se sancionó una ley de amparo<sup>17</sup> que tiene características similares – en líneas generales- con el proyecto al que acabamos de hacer mención, es decir se trata de un típico proceso de conocimiento, que no debe confundirse por la presunta sumariedad del conocimiento del juez, sino que por las etapas que tiene previstas y su desarrollo, no permite lugar a duda alguna sobre el particular.

Dentro de esa ley, se incluyó también el llamado amparo colectivo, aunque ese aspecto de la normativa mencionada fue vetada por el Ejecutivo de la Ciudad<sup>18</sup>.

Para que se advierta cómo se vuelve a caer en el mismo camino, que indefectiblemente va a conducir al mismo resultado, por más que mágicamente se espere algo distinto, con la ley de protección del medio ambiente nro. 25.675, anterior a las que mencionamos, sucedió algo similar a lo que venimos exponiendo, pues el legislador dijo expresamente que sus normas son de orden público y operativas.

Todos sabemos que se persigue con esa declaración. Pero no podemos dejar de señalar que esta es una mera aspiración, ya que nos cuestionamos ¿cómo se interpreta que una norma es operativa si no es a través de su aplicación? Por lo tanto, la pregunta es ¿la ley contempla los sistemas adecuados para su operatividad? ¿cómo es una acción colectiva de protección al medio ambiente? ¿si la ley nada dice sobre el particular, cuál es su operatividad?

Aquí se advierte el desconcierto que se genera entre las estructuras y formas que se observan para regular el amparo, y su esencia como proceso protectorio.

Es evidente que el legislador, o interpreta erróneamente el mandato del constituyente, o es renuente a su cumplimiento, toda vez que el art. 43 de la Constitución Nacional señala expresamente que el amparo será procedente siempre que **no exista otro medio judicial más idóneo**, con lo cual uno de los aspectos principales a tener en cuenta, es en primer lugar la excepcionalidad que importa transitar la vía del amparo, y además de ello, la necesidad de estructurarlo de modo tal que constituya un sistema que cumpla con esa manda constitucional que señala que se debe interpretar no como una acción expedita y rápida sino como un proceso expedito y rápido.

No podemos caer en la confusión en que se incurrió en la redacción de la norma constitucional al superponer el concepto acción con el concepto proceso. Una acción debe ser interpretada -en un sentido abstracto- como el poder jurídico que le asiste a quien se encuentra en condiciones de requerir la intervención de una autoridad pública en un determinado asunto.

---

<sup>16</sup> Sagües, Néstor P.; El perfil del amparo en el proyecto legislativo en trámite, J.A. 2006-III-fasc. 3 del 19/7/06, p. 3 y ss.

<sup>17</sup> La ley es la nro. 2145, B.O. 12/12/06 y entró en vigencia a los treinta días corridos de su publicación.

<sup>18</sup> La norma ha sido vetada parcialmente por el decreto 2108/06, el cual fue aceptado por la Legislatura de la Ciudad (conf. art. 88 de la Constitución de la Ciudad) por resolución 818/06.

Pero en un sentido concreto, consiste en la posibilidad de hacer valer una pretensión ante la jurisdicción, poniendo en marcha la maquinaria judicial, promoviendo un proceso al efecto. Como se puede apreciar esta es la consecuencia, o el efecto que provoca aquella.

Como señalamos no es lo mismo acción y proceso. Si el proceso es expedito y rápido, la acción promovida va a obtener de la jurisdicción la tutela pretendida, de lo contrario, caeremos en situaciones como las que se describen en el proyecto de ley al que aludimos, o en las leyes que se sancionaron, sin reparar en su inadecuada operatividad.

De tal modo es como comienza la desvirtuación del amparo, que consiste en un típico proceso de carácter protectorio, el cual –conforme las fuentes antes citadas de nuestro más Alto Tribunal- es ajeno a toda idea de bilateralidad, entendida en el sentido tradicional como el que se desarrolla en un proceso de conocimiento, precisamente porque se la restringe al mínimo indispensable para dejar a resguardo el derecho de defensa en juicio.

## **5.- OMISION, DESVIRTUACION Y ASISTEMATICIDAD**

Esas desvirtuaciones nacen de la inobservancia de la letra de nuestra Constitución Nacional, toda vez que el legislador ha pasado por alto, no solo la esencia del amparo sino el propio mandato del constituyente, que fue muy preciso al respecto, amén de la doctrina sentada por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando dio vida pretoriana al instituto.

Para demostrar ello, tomemos el ejemplo tan en boga en estos tiempos de las acciones colectivas, las cuales se propende a estructurarlas dentro del amparo, sin advertir la necesidad de la sistematización de todas esas variantes.

Es muy sencillo advertir de la simple letra de la Ley Fundamental, que el art. 41 dispone al contemplar la protección del medio ambiente que “las autoridades proveerán a la protección de este derecho...” y agrega más adelante “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

Como es claro, la labor no se circunscribe únicamente al dictado de una ley general del medio ambiente, sino que los presupuestos mínimos de protección deben emerger de la legislación adecuada, que no es otra más que una competencia concurrente entre el Gobierno Central y los provinciales, toda vez que cada Provincia reserva para sí su propio régimen de administración de justicia, con lo cual los sistemas que se deben crear se previeron incorporar tanto por la legislación nacional como por la provincial.

Si avanzamos, podemos advertir que se contemplan otros derechos de neta incidencia colectiva, como los de los usuarios, consumidores, defensa de la competencia, entre otros, pues se previó específicamente en el art. 42 de la Ley Fundamental, que “la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”.

¿A qué conflictos se alude? Es evidente que no pueden ser otros más que aquellos que se les planteen a los consumidores de bienes, o a los usuarios de los servicios públicos, por señalar algunos ejemplos, para lo cual no se necesita mayor esfuerzo pues ello se desprende de la misma norma analizada.

Por lo tanto, no puede aparecer como única interpretación válida que todos los derechos que se tratan de contemplar dentro de los arts. 41 y 42, deban ser resguardados por vía de amparo.

Contrariamente a ello, el art. 41 alude a una competencia concurrente, pero con una finalidad cierta y concreta que apunta a la protección del medio ambiente. Ahora tenemos una ley especial, por lo tanto la pregunta es si alcanza con señalar que es de orden público para su adecuado resguardo.

Evidentemente sin un sistema operativo, que no es tal solo por el hecho que lo diga el texto de la ley, vacío de contenido en definitiva en ese sentido, el derecho sustancial puede quedar allí inerte, sin vida, porque procesalmente no esté dada la condición necesaria para su funcionalidad, por la sencilla razón que sus operadores, caigan en moldes o estructuras tradicionales como la del proceso de conocimiento.

Lo mismo sucede con el art. 42 en donde la situación se hace mucho más clara y transparente al señalar que la legislación establecerá **“los procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”**.

Entonces nos preguntamos si alcanza con la ley de defensa del consumidor. Por cierto que es un avance importantísimo, pero necesitamos su perfeccionamiento para su adecuada operatividad. Si se pretende que los conflictos sean resueltos por vía arbitral, para lo cual se crearon algunos tribunales, habrá que analizar si el operador jurídico y el público en general está en condiciones de utilizar ese sistema pues de ello va a depender sin dudas su éxito, que no es otro que ver coronado el objetivo fijado por el constituyente.

Como puede advertirse no todo debe ser resuelto por vía de amparo, sino la “amparitis”, como señala Sagües, como toda demasia, resultará dañosa, y obsérvese que en este punto se puede repetir una situación que históricamente ya se había dado, esto es, la posibilidad de enfrentar la jurisdicción una avalancha de amparos, con lo cual lo único que haríamos sería reiterar la historia que ya conocemos, que ha transformado en aciaga la vida del amparo.

Tal vez la interpretación hecha provenga de la letra del art. 43, como habíamos señalado al comienzo, que alude a la posibilidad de entablar “esta acción... en protección al ambiente, al usuario, al consumidor”. Sin embargo, la letra de los arts. 41 y 42, dan la pauta de una imperiosa sistematización pues es sencillo advertir que la esencia de los derechos en juego es diversa, y desde luego los carriles por los cuales se la debe encauzar también deben serlo.

## **6.- LA GENERACION DE SISTEMAS ADECUADOS**

Por lo tanto, teniendo en cuenta la impronta que marca la historia del amparo en nuestro país, no podemos sustraernos a la mirada que sociológicamente se impone para tener presente el perfil de nuestra sociedad, tan particular por cierto, y además la importancia que revestiría brindar al justiciable las formas que resulten adecuadas para la solución de los conflictos que pueden plantearse.

No consideramos que el camino adecuado sea englobar todo dentro del amparo, pues no es lo mismo, insistimos, un amparo tradicional, por ejemplo derivado de una omisión de un prestador médico, como aquellas situaciones derivadas de la compra de un simple electrodoméstico, o las que provienen de la normativa que protege el medio ambiente.

En este sentido, es poco probable que el molde del amparo, como proceso de carácter protectorio, resulte adecuado para encauzar una reclamación originada en un daño ambiental, pues los pliegues del proceso de conocimiento clásico, tal vez puedan contemplar y encauzarla mejor.

Sirva como ejemplo, la intervención que le cabe a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los reclamos efectuados por vecinos del Riachuelo. Allí no solo la vía es la de un proceso de conocimiento, sino que además el

amparo hubiera resultado estéril como mecanismo adecuado para la protección de los derechos que fueron vulnerados<sup>19</sup>.

Con lo cual, en lugar de propender a la sistematización de las acciones colectivas, con la vía que se ha escogido, lo único que se puede lograr es el desbaratamiento del amparo, pues no pueden perderse de vista además de estos aspectos, aquellos de honda raigambre sociológica que definen no solo el perfil del justiciable en nuestro país, sino además del abogado y del juez.

Esas formas que debe arbitrar el legislador, cumpliendo el mandato del constituyente constituyen “sistemas”, pues metódicamente deben propender a la consecución de un objetivo determinado, el que en cada caso corresponda. Y esos sistemas, por su interconexión, van a reportar a un sistema mayor que los contemple como subsistemas que lo integran.

En el Código Procesal vemos reflejado lo expuesto. Allí tenemos un sistema claro y concreto, y dentro de él diversos subsistemas, como por ejemplo, el proceso de conocimiento clásico, o el juicio ejecutivo, o los procesos arbitrales, sin abrir por cierto un juicio de valor sobre su actual utilidad, o su necesidad de actualización. A su vez, dentro de ellos, tenemos un sistema probatorio, que no es el mismo dentro del ejecutivo que en el juicio ordinario; o un sistema impugnativo, que tampoco es idéntico en el proceso ordinario, en el arbitral o en el mismo ejecutivo.

Esas formas que pretendemos, estructuradas e implementadas de un modo metódico, son las que permitirán que los principios trazados por el constituyente, cuando constitucionalizó esta nueva gama de derechos, como por ejemplo, los que están tan en boga en la actualidad denominados de incidencia colectiva –entre otros- cobren vida dentro de un determinado ordenamiento.

## **7.- NECESIDAD DE SU SISTEMATIZACION**

Hay dos aspectos que conviene tener en cuenta para la sistematización del amparo. Por un lado, el proceso de amparo originario, que denominamos genérico para involucrar dentro suyo aquellas situaciones que ameritan amparo por la jurisdicción.

A su vez por otro lado, distinguir todas las otras variantes que puede tener el amparo, y que es evidente que resultan diversas del primigenio. Por citar algunos ejemplos, no es lo mismo un habeas corpus, que un habeas data, por denominar dos amparos que la doctrina ha denominado específicos.

Tampoco es lo mismo pensar en una acción de amparo para la protección de derechos de incidencia colectiva, que tal vez tenga que estructurarse como un proceso de conocimiento, que un amparo para propender a la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

Por lo tanto, el amparo originario y todas las figuras derivadas que hemos identificado someramente, pues algunas ya están reguladas, como el amparo por mora de la administración, o el amparo sindical, entre otros, es evidente que no pueden recibir idéntico tratamiento, pues todas constituyen sistemas diversos.

En consecuencia, para atenernos al genérico como eslabón inicial para este desarrollo, recordaré que en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en la Ciudad de Corrientes, propuse en una ponencia

---

<sup>19</sup> La Corte en ese caso con invocación del art. 30 de la ley 25.675 de medio ambiente, admitió la intervención como terceros, de personas que se consideraban con derecho a intervenir en el proceso por los daños padecidos, todo lo cual evidentemente involucra dentro del proceso un espacio de conocimiento y debate ajeno al del amparo (C.S.J.N., 12/6/07, M.1569.XL. Originario, in re “Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c/Estado Nacional y Otros s/Daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo).

que llevaba por título (erróneamente transcrito en el libro respectivo) “De la atomización a la sistematización del amparo”, la necesidad –que hoy reitero- de regular el amparo propiamente dicho (o genérico) como eslabón principal para el desarrollo de los restantes.

Allí recordando a las fuentes del amparo, que como sostuve deben inspirar esta tarea, recordaba, señalando a un autor mexicano, Juventino V. Castro, que en el Virreinato de Nueva España, es decir, lo que hoy sería México, tierra desde donde se propagó el amparo, que existió una institución protectora que se la conoció como “amparo colonial”<sup>20</sup>.

Explicaba Castro, que se trataba de una institución procesal, a través de la cual el virrey, conociendo directa o indirectamente como presidente de la Real Audiencia de México, recepcionaba la queja de aquella persona que había sido agraviada por alteración o violación de sus derechos, y sabiendo de la responsabilidad del agraviante y los daños actuales y/o futuros que se seguían para el agraviado, lo protegía a través de un mandamiento de amparo, sin determinar éste la titularidad de los derechos violados, y solo con el fin de protegerlos de la violación.

El amparo colonial no examina la titularidad de derechos –lo cual corresponde establecer a las autoridades judiciales ordinarias- sino únicamente al abstracto derecho de que las personas sean respetadas en sus posesiones o derechos de los cuales no se haya decretado judicialmente su desconocimiento.

Como se advierte, la similitud con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los leading cases *Siri* y *Kot*, prácticamente es total.

Ello dio pie a que sostuviera la necesidad de diseñar una estructura similar a una de tipo monitoria, en donde el juez proteja de inmediato, cuando la vulneración resulte manifiesta, y eventualmente, dejando librado a criterio del demandado el impulso del contradictorio, conozca de la existencia de un derecho mejor o más extenso que el protegido por el que llamé mandato de protección.

Ese mandato de protección más allá que se superponga en los hechos con la pretensión sustancial del amparo, igualmente tendría carácter provisional, y nos enfrentaría a un sistema de tutela anticipada, que resguardaría los peligros de una acción u omisión lesiva de derechos que merecen de la tutela jurisdiccional, para que por su propia índole, luego de dejar a resguardo el derecho del demandado de ser oído, requiriéndosele la información necesaria, el juez pueda resolver con carácter definitivo, para evitar la confusión así entre la cautela inmediata y la condena posterior.

Aunque parezca premonitorio, esta actuación, de hecho la ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y pese a que resultó inadvertido para la doctrina ese avance pretoriano, es necesario destacarlo, pues se dio fundamentalmente en el ámbito del derecho de la salud, contemplado dentro del bloque de constitucionalidad que ha incorporado nuestra Ley Fundamental, sin que esa actuación del más Alto Tribunal deba interpretarse excluyente y restringida solo para ese ámbito.

En esa línea pretoriana, la Corte ha tutelado anticipadamente una situación afligente por su urgencia, que no configuraba más que una típica situación que merecía amparo<sup>21</sup>, y en forma concomitante, mandó a pedir el informe que establece el art. 8 de la ley 16.986, generalmente por provenir el acto o la omisión de una autoridad pública<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Castro, Juventino V.; *Garantías y Amparo*, Ed. Porrúa, México, 9na. Ed., p. 292.

<sup>21</sup> Rivas conceptualiza la “situación de amparo” como un conjunto o complejo de circunstancias que operan como presupuestos específicos justificativos de la actividad jurisdiccional protectora (Rivas, Adolfo A.; *El Amparo*, Ed. La Rocca, 2003, p. 84.

Como se advierte, en los hechos de la realidad lo que veníamos proponiendo ha tenido una concreta y efectiva vigencia, y demuestra la posibilidad de desarrollar un proceso urgente, de carácter esencialmente protectorio para el resguardo de derechos que aparecen manifiestamente vulnerados.

Este sistema protectorio básico u originario, a su vez puede ensamblarse del modo que lo hizo la Provincia de Tucumán, por ejemplo a través de un código procesal constitucional, que contemple –entre otras cosas- las diversas variantes que pueden presentarse del amparo. Es decir, no sólo el genérico, sino además el amparo colectivo, el sindical, el habeas data, y todas las demás variantes que se quieran implementar, para lo cual van a tener un hilo conductor común, que es la manda constitucional, pero sistemas diversos que permitan su adaptación según la índole de los derechos en disputa.

## **8.- CONCLUSIONES**

El derecho sustancial, que normalmente va a la zaga de la realidad, tratando de normarla, para contener de algún modo los desbordes que pueda presentar, no descansa en la incorporación de nuevas formas de contratación, nuevos institutos, o la actualización de algunos ya existentes.

El Derecho Procesal, no puede quedar relegado en el nuevo milenio. Debemos estar preparados para dar respuesta a esta nueva realidad que se caracteriza por necesidades que a veces se nos presentan de modo contundente e irreversible.

El mundo de hoy conjuga telemática con cibernética, sistemas globalizados, con estructuras de poder totalmente novedosas, y frente a ello contamos con sistemas sociales tradicionales, que requieren del *aggiornamento* de sus clases dirigentes para adecuarlos a la actualidad, siendo imprescindible para ello manejar adecuadamente la forma a través de la cual se van a incorporar las modificaciones del sistema, para propender así a su eficacia a través de la adecuada preparación de los operadores jurídicos.

La importancia que tiene el derecho adjetivo en este devenir, se refleja en su instrumentalidad, pues para que el derecho sustancial siga siendo útil y operativo, requiere inexorablemente del apoyo incondicional que viene de la mano de nuestra disciplina.

En este sentido pensamos que el gran desafío consiste en tratar de superar la estructura tradicional del proceso dirimente, para generar otro proceso, con una nueva estructura, que por su versatilidad pueda adaptarse para brindar respuestas más expeditas y eficaces, y desde el cual se puedan sistematizar las diversas variantes que presenta nuestro instituto.

Aquí, la impronta de la tutela jurisdiccional, para que resulte efectiva, debemos buscarla a partir de la forma, el modo, y la trascendencia en que se presenten los hechos ante la jurisdicción, para diseñar, basados en ello, un nuevo paradigma procesal, sobre el cual –solo a modo de ejercicio intelectual- nos aventuramos a señalar algunos aspectos, que hacen a su estructuración.

Por un lado, la forma en que se reflejen los hechos que deben encontrar cauce ante la jurisdicción. Por otra, el rol que desempeñará la jurisdicción, más comprometido con esa realidad. Además de ello, el diseño de nuevas formas que intenten perseguir una jurisdicción fundamentalmente protectoria, y quizás el más osado de los avances, en la conformación de un proceso, que sin dejar de lado los principios liminares que surgen de la

---

<sup>22</sup> A modo de ejemplo se pueden citar los siguientes precedentes de la Corte: Fallos 324:2042; 325:519; 325:2367; 326:970; 326:1400; 326:4981, entre otros.

Constitución Nacional, y los Tratados Internacionales, que ahora vienen a darle marco, innove en aras a un más humano y sensible rostro de la justicia.