

## **PROCESO Y AMPARO**

por Jorge A. Rojas

"...los prejuicios oscurecen la verdad"  
Reginald Rose  
(XII Hombres en Pugna)

### **I.- INTRODUCCION: EL PROCESO Y SUS FORMAS**

La instrumentalidad del derecho procesal, hace que reposemos nuestra mirada en la importancia que tienen las formas para el proceso.

Desde la antigüedad, estas formas tienen que ver con la relación que existe entre verdad y justicia, de modo tal que la operatividad de esta última, se basó en mecanismos que prácticamente permiten develar el desarrollo de la humanidad.

Así la justicia apareció en un primer momento con un fuerte influjo divino, o como una lucha de fuerzas que estaba regulada de tal forma que hacía cotejar a los contendientes entre sí, o con su propio cuerpo, como en el caso de las ordalías, a fin de extraer como conclusión cual de las posturas era verdadera, y por ende la que triunfaba.

Si bien esto tiene que ver con el manejo del poder (1), y las pautas culturales o sociales de las distintas etapas que se fueron sucediendo, lo cierto es que no podemos dejar de observar la trascendencia de esos avances que se van produciendo en la humanidad, y su incidencia en el mundo del derecho.

Aquí es donde se aprecia la importancia que cobra nuestra materia, como herramienta instrumental al servicio del hombre, para resguardar sus derechos en aras a evitar la justicia por mano propia, propendiendo de este modo a la consecución de la paz social.

### **II.- AMPARO Y PROCESO**

Entendemos que el caso del amparo resulta paradigmático, dentro de nuestra materia para demostrar la importancia que asumen las formas en el proceso.

Es bien sabido que el amparo nació como creación pretoriana de la Corte Suprema en las postrimerías de la década de los cincuenta, a través de dos leading cases: Siri y Kot.

El primero de ellos dio nacimiento al amparo contra actos de autoridad pública, mientras que el segundo lo fue contra los de particulares, y desde entonces mucha agua ha corrido bajo el puente.

Lamentablemente, hoy una mirada retrospectiva, con la licencia que nos brinda el tiempo, nos permite sostener que no fue muy acertada la regulación dada a nuestro instituto,

toda vez que el amparo ha tenido una vida casi sin sentido, ya que la jurisprudencia atiborró sus anales con rechazos que obedecieron a distintas razones, pero que en definitiva demostraron que el amparo tal como había sido concebido no era eficaz.

### **III.- LA IMPORTANCIA DE LAS FORMAS**

Nunca más oportuno el recuerdo de Chiovenda (2), cuando enseñaba a comienzos de siglo, que la experiencia ha demostrado que las formas en el juicio son tan necesarias y aún mucho más que en cualquiera otra relación social, pues su falta nos lleva al desorden, a la confusión y a la incertidumbre.

Y agregaba a continuación con gran perspicacia el maestro italiano: "...muchas formas son consecuencia de las condiciones sociales y políticas del tiempo, pero otras son restos de antiguos sistemas, que se transmiten por un aferramiento a veces justo, otras irrazonable a la tradición, y por el espíritu conservador que domina en la clase forense, como en todas las clases que se educan con una larga preparación técnica".

A esto se añade -continuaba Chiovenda- el daño derivado de la aplicación que se hace de las formas, frecuentemente con espíritu litigioso y vejatorio, y más frecuentemente aún, con espíritu incierto y formalista derivado de la mediocre cultura y elevación de las personas llamadas a utilizarlas. Esto explica porqué la historia de las leyes y de los usos forenses nos presenta un eterno contraste entre el sentimiento de la necesidad de las formas, y la necesidad de que la justicia intrínseca, la verdad de los hechos en el proceso, no sea sacrificada a las formas".

La elocuencia de la postura de Chiovenda, nos releva de mayores comentarios respecto de la importancia que revisten las formas del proceso apreciadas desde una visión finalista.

Es por eso que debemos atribuirle a las formas procesales la trascendencia que deben tener a los fines de apreciar su verdadera utilidad, no quedándonos cerrados en esquemas preconcebidos, que no nos permiten elevarnos para distinguir la voracidad de los hechos que se nos abalanzan, sin poder encauzarlos adecuadamente por la carencia de mecanismos idóneos, sea por la demora de un proceso de conocimiento, sea por la inexistencia de regulaciones específicas para ello.

Esto debe correlacionarse con un activismo jurisdiccional más tutelador que decisor, que averse los riesgos o penurias de trámites engorrosos incompatibles para estos tiempos, como bien enseña Morello (3).

Y justamente en relación a nuestro tema, dada la íntima relación entre jurisdicción y formas del proceso señala a continuación el maestro platense: "si el procedimiento, las reglas y formas

procesales, constituyen la última frontera de contención de la arbitrariedad deben, sin embargo, compatibilizarse con los valores superiores que anidan en cualquier conflicto o controversia. Y es deber del juez, sin ataduras o pices ritualistas, oxigenar con flexibilidad el derecho procesal, siempre instrumental, fiel y funcional acompañante del derecho material".

#### **IV.- PASADO Y PRESENTE**

Entendemos conveniente, a la luz de lo expuesto que recordar el origen del amparo en nuestro país, es importante a fin de apreciar las dificultades que viene presentando su regulación.

Obsérvese que cuando se plantea el caso Siri, este ciudadano, propietario y director de un periódico en la Ciudad de Mercedes, ve cercenado no sólo su derecho de propiedad, sino además su derecho a trabajar, además de la restricción que se producía en la libertad de prensa.

Sin embargo, no existiendo acción de amparo, su reclamación se dirigió por la vía penal, motivo por el cual el juez interviniente dispuso su rechazo en razón de no tratarse en el caso "de un recurso de habeas corpus".

Apelada la decisión, la Cámara Penal de Mercedes la confirmó por las mismas razones, lo cual dio pie a que el recurrente accediera a la Corte Suprema por vía de recurso extraordinario.

Al resolver la Corte la cuestión, la mayoría sostuvo que: la falta de reglamentación legal del amparo no constituía obstáculo para disponer la remoción, por vía sumaria, de las trabas creadas ilegítimamente por la autoridad al ejercicio de las libertades constitucionales invocadas.

Agregando a ello nuestro más Alto Tribunal que:

"basta la comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente; las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales son requeridas para establecer en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación, como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas".

A posteriori en el caso Kot, ocupada una fábrica por su personal, habiéndose declarado ilegal la huelga por la Delegación San Martín del Departamento Provincial del Trabajo, también el reclamo de la desocupación de la planta se realiza en sede penal, sosteniendo la accionante la existencia del delito de usurpación.

Sin embargo en primera instancia el juez rechazó el planteo sosteniendo que no existían los elementos que pudieran configurar el delito invocado.

Elevada la cuestión a la Cámara de Apelaciones en lo Penal de La Plata, la accionante interpuso recurso de amparo ante la misma, fundándose en la violación de las garantías de propiedad, de trabajo y de libre actividad para pedir la desocupación de la fábrica, invocando la doctrina de la Corte sentada recientemente en el leading case Siri.

Pese a ello la Cámara confirmó el sobreseimiento en la causa de la primera instancia, y por otro lado desechó el amparo.

Llegada la causa a estudio de la Corte, por vía recursiva, la misma admitió la acción de amparo, señalando entre otras cosas, que hoy conviene refrescar que: la accionante no dedujo un recurso de habeas corpus, sino una acción de amparo, invocando los derechos constitucionales de libertad de trabajo, de propiedad y de libre actividad, o sea dedujo una garantía distinta a la que protege la libertad corporal y que, a semejanza del habeas corpus, procura asimismo una protección expeditiva y rápida que emana directamente de la Constitución (el resaltado es nuestro).

Recordando estos aspectos liminares de los leading cases Siri y Kot, nos surgen algunas conclusiones que consideramos importante precisar.

Obsérvese que tanto en uno como en otro caso, no existió un proceso judicial típico, toda vez que el principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia no aparece, ya que aparecía desdibujado el legitimado pasivo, sea porque no se conoció de quien emanó la orden en Siri, o bien porque se trata de un conjunto de obreros que actuaron solidariamente en Kot.

Por lo tanto la inobservancia del contradictorio carece de relevancia a raíz de la importancia que cobra la intervención del órgano jurisdiccional, que resulta fundamentalmente tuteladora de garantías que son equiparadas en su importancia, a otras como la libertad personal que resguarda el habeas corpus.

Como vemos estamos frente a una situación atípica, toda vez que se trata del resguardo de garantías constitucionales, que la Corte llega a sostener que aunque no tengan una ley que reglamente su ejercicio, las mismas merecen protección por el sólo hecho de estar consagradas en nuestra Ley Fundamental.

Recuerda además Carrió (4), que del voto de la mayoría se desprende la importancia de una cita de Joaquín V. Gonzalez, a través de la cual se expresa que: "no son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas

interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina".

Desde entonces el devenir del amparo ha sido aciago. Creemos que ello se debe a dos ordenes de razones que son concurrentes. Por un lado la inobservancia de la doctrina de la Corte al reglamentarse el amparo; y por otro el uso indiscriminado que se le pretendió otorgar al amparo desde el propio legislador, al desvirtuar su origen, sumergiendolo en un molde procesal inadecuado, circunstancia que no hizo más que sembrar confusión en el justiciable al torcer el sentido protectorio que debe tener este instituto.

En esas condiciones llegamos a la Constitución de 1994 en la cual el constituyente retomando los orígenes de nuestro instituto, señala expresamente en el art. 43 que: "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo", (el resaltado nos pertenece).

De tal modo el constituyente, además de tener en cuenta la doctrina de la Corte sentada en *Siri y Kot*, se hace eco de los tratados internacionales que ahora adquieren rango suprallegal (art. 75 inc. 22), y que consagran mecanismos que se destacan en todos los casos por requerir formas sencillas y expeditivas para tutelar situaciones que impliquen violaciones a garantías constitucionales.

Más claro aún ha sido el constituyente de la Provincia de Buenos Aires, que al dictar su nueva constitución en el art. 20 señala en la parte final del cap. 3 que todas las garantías que menciona la norma (entre ellas el amparo) son operativas. Y agrega: "en ausencia de reglamentación, los jueces resolver n sobre la procedencia de las acciones que se promuevan, en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretende tutelar".

Aquí se destaca claramente la operatividad de la garantía, cuyo resguardo se pretende, y el rol tutelador que se le asigna a la jurisdicción al efecto.

Más recientemente aún en la Constitución de 1996 de la Ciudad de Buenos Aires, el constituyentes señaló en el art. 15 siguiendo la misma línea que venimos enunciando, que la acción de amparo debe ser expedita y rápida, y que no debe existir otra vía judicial m s idónea por recorrer, y agrega sobre el final del artículo que "el procedimiento est desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad" (el resaltado nos pertenece).

## **V.- CUESTIONES QUE PLANTEA LA REGLAMENTACION**

Es sabido que existe en la actualidad un proyecto en avanzado estado legislativo en el Congreso de la Nación, que sumerge al amparo dentro del molde del proceso sumarísimo,

repitiéndonos una vez más en conductas conocidas y en errores que van a provocar la desarticulación de un proceso que no merece ese tratamiento, como ya lo venimos anticipando desde el trabajo que publicamos en la revista Plenario de la Asociación de Abogados (5).

Por lo tanto considero que es necesario rescatar como aspecto fundamental, la importancia que tienen las formas en el resguardo de los derechos, no sólo desde el punto de vista de la garantía que ofrecen a los justiciables, sino además como se desprende en este caso del amparo, de la protección que deben importar también para los justiciables.

Señalada esta premisa básica, consideramos que la otra que debemos tener en cuenta - como bien lo reflejan los antecedentes de nuestro instituto- es que el amparo surge como mecanismo protectorio (6) de las garantías constitucionales que fueron vulneradas, con excepción de la libertad personal que ya está tutelada por el hábeas corpus.

La importancia de esta otra premisa, radica en que el proceso de amparo, no puede ser concebido como un proceso judicial más, de aquellos que regula nuestro ordenamiento adjetivo, ya que los mismos están sistematizados de modo tal de permitir dirimir derechos controvertidos entre los litigantes.

Al amparo debemos concebirlo como un mecanismo protectorio de los derechos y garantías constitucionales que hayan sido vulnerados, que no tengan otro procedimiento con formas sencillas y expeditivas que permitan su protección (7).

## **VI.- LA ESTRUCTURA MONITORIA**

En las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, desarrolladas en Junín, durante el pasado mes de septiembre de 1996, hemos propuesto en la comisión presidida por el Dr. Morello, en cuyo homenaje dichas Jornadas fueron realizadas, a través de una ponencia denominada "Formas Procesales y tutela efectiva" la estructura monitoria como mecanismo, expeditivo y sencillo, a fin de resguardar situaciones que no encontraban dentro del plexo jurídico procesal su adecuado andamiaje.

Esta estructura monitoria que proponemos (8), como aporte a un tema que invita a la reflexión, y ofrece tantas aristas complicadas, requiere la observancia de los siguientes aspectos:

a) concebir al amparo como un proceso protectorio, y no un ámbito clásico para dirimir los derechos en disputa.

b) así concebido el amparo, la pretensión del perjudicado implicaría, por un lado la demostración ante el juez de la causa del derecho invocado, y acogida favorablemente su petición, una inmediata resolución de la cuestión a través de una sentencia monitoria.

c) dicha sentencia monitoria, importar automáticamente la transferencia de la iniciativa del contradictorio hacia quien resulte eventualmente el legitimado pasivo una vez que el juez brinde la tutela requerida por esa garantía conculcada.

d) la resolución del juez de la causa, al trasladar la iniciativa del contradictorio hacia la eventual contraparte, con la notificación de esa sentencia monitoria, puede transformar en definitivo ese pronunciamiento por la operatividad del principio de preclusión, para el supuesto que no se formule ninguna oposición -dentro del plazo que el juez fije- por quien resulte pasivamente legitimado, con lo cual quedar automáticamente concluída la causa.

e) En caso de oposición, la sentencia monitoria constituir una decisión cautelar o provisional, confirmándola definitivamente éste, en el supuesto que el demandado no demuestre la existencia de un derecho mejor que el invocado por el accionante.

El papel que le cabe aquí a la jurisdicción excede al tradicional, pues la inmediación y concentración que deber imprimirle a su tarea la llevar n por sí solas a asumir el carácter protectorio que antes señalamos.

Estas formas que proponemos desde luego que no son nuevas, ya las ha propuesto la doctrina, destacandose entre ella a Martínez quien señala que la sumariedad del proceso monitorio se justifica entre otras cosas por la alta credibilidad que surge de la naturaleza de la pretensión y la forma en que se plantea por la prueba que se acompaña (9).

De no conclúise en un esquema sencillo y simple como el que nos invita a proponer un tema tan apasionante como éste, podemos seguir por otros treinta años más discutiendo sobre la reglamentación adecuada que requiere el amparo, olvidándonos de la necesidad del justiciable, y no haremos m s que volver a correr de un lugar a otro el problema que nos aqueja.

Entendemos que no es tiempo de caer en otro retroceso histórico que nos descoloque volviendo a ,pocas como las que antes tratamos de reflejar, obviando la clara voluntad política del constituyente, como fiel interprete de la voluntad soberana, en aras a una regulación con formas simples y sencillas para el amparo.

Por eso la impronta creativa que nos brinda la instrumentalidad y autonomía del Derecho Procesal, tal como la señalamos en nuestra ponencia antes citada, no podemos desperdiciarla en nombre de ese espítitu conservador que desde comienzos de este siglo criticaba Chiovenda.

NOTAS

(1) Como magistralmente lo describe Foucault en su obra "La verdad y las formas jurídicas", Ed. Gedisa, en especial p. 63 y sgtes.

(2) Chiovenda, José, Principios de Derecho Procesal Civil, Ed. Reus, T. II, p. 114.

(3) Morello, Augusto M.; La Corte Suprema en Acción, Ed. Librería Editorial Platense, p. 36.

(4) Carrió, Genaro R.; Recurso de Amparo y Técnica Judicial; Ed. 1959, Abeledo - Perrot, p. 45.

(5) "La desarticulación del amparo", revista Plenario de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, año 2, nº 19, de mayo de 1996.

(6) Como bien enseña Rivas, Adolfo A., en "Pautas para el nuevo amparo constitucional" E.D. 163-702, en especial par. III y IV.

(7) Siguiendo no sólo la cita de Rivas, precedentemente indicada, sino que a través de este mecanismo es como se recoge fielmente el sentido y finalidad que persigue esta garantía procesal, ahora con rango constitucional, siendo a su vez la forma de evitar un alud de reclamaciones que indiscriminadamente pretenden adoptar el ropaje del amparo.

(8) Siguiendo a Calamandrei (El Procedimiento Monitorio), traduc. de Santiago Sentis Melendo, Ed. Bibliográfica Argentina.

(9) Martínez, Oscar J. "Procesos de estructura monitoria", XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, U.N.L.P. p. 239 y ss. - Aunque conviene señalar que no fueron sugeridas estas formas para darle marco al amparo, sino a otro tipo de procesos simples, como el ejecutivo, o el desalojo por falta de pago, entre otros.