

**PONENCIA XIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO
PROCESAL**

DE LA ATOMIZACION A LA SISTEMATIZACION DEL AMPARO

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

Si bien en nuestro país el amparo vio la luz a través de los leading cases Siri y Kot¹, recién encontró una regulación específica, casi una década después².

Estas demoras en su regulación, nos marcaron con carácter premonitorio, una impronta que podríamos reputar como “aciaga” para la vida del amparo, toda vez que aquella importó una especie de encorsetamiento de nuestro instituto, que lo tornó prácticamente inoperante.

Esto hizo que se iniciara un proceso que llamaremos de “atomización”, apreciable desde un doble punto de vista. Por un lado, desde su interpretación jurisprudencial, y por el otro, desde su regulación; aunque por supuesto, ambas íntimamente relacionadas, de ahí que las identifiquemos con el mismo rótulo.

Entendemos que desde las diversas formas jurisprudenciales, se fueron delineando distintas figuras de carácter esencialmente amparista, las cuales en algunos casos obtuvieron una regulación específica.

Podemos dar ejemplo de ello a través de la acción de daño temido, o bien las reparaciones urgentes³, o inclusive la utilización de la acción meramente declarativa como mecanismo sustitutivo del amparo contra actos de la autoridad pública, a fin de lograr la declaración de inconstitucionalidad de una norma⁴, toda vez que a nivel nacional no contamos con una acción específicamente en tal sentido.

Todo ello dejando de lado otras figuras amparistas, como los amparos por mora en sede administrativa⁵.

II.- LA SITUACION ACTUAL

Hoy en día, parece que la historia se repite, pese a que el constituyente del 94, consideró necesaria una revitalización del amparo, plasmándolo como expresa garantía constitucional, pues aún subsiste la vigencia –a nivel nacional– de la ley 16.986, como

¹ Fallos 239:450 y 241:291.

² A través de la ley 16.986, el amparo contra actos de la autoridad pública, por medio del art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454) de 1968, en el caso del amparo contra particulares.

³ Ambas incorporadas por la ley 22.432 al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 623 bis y 623 ter.).

⁴ Véase “Santiago del Estero, Provincia de c/Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos fiscales”. (E.D. 115- 361).

⁵ Ver art. 28 de la ley 19.549, art. 1160 del Código Aduanero, o bien art. 164 de la ley 11.683.

del art. 321 del Código Procesal, aunque con los recortes impuestos por la nueva letra de la Constitución Nacional.

Esto ha hecho que el proceso de atomización al que veníamos aludiendo, se profundizará aún más, pues resultan sobreabundantes las normas que tratan de concebir al amparo, aunque paradójicamente se mantiene la inviabilidad de su carácter rápido, sencillo o expeditivo, tal como lo estableció el constituyente. Si analizamos la letra del art. 43 de la Constitución Nacional, podemos apreciar que existen diversas figuras de que devienen como una necesidad de “aggiornamiento” de nuestro instituto, sirva por caso señalar siguiendo a Falcón⁶ que el amparo actual prevé las siguientes modalidades:

- a) Amparo por actos del poder público
- b) Amparo por actos de particulares
- c) Amparo en acción de inconstitucionalidad
- d) Amparo por discriminación
- e) Amparo para el consumidor
- f) Amparo por cuestiones del medio ambiente
- g) Amparo en los derechos de incidencia colectiva

Sin embargo, a nuestro entender la atomización se extiende aún más, ya que además de estar consagrado específicamente por el art. 43 de la Constitución Nacional, el amparo está previsto en los siguientes cuerpos legales:

- a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana, en la Ciudad de Bogotá, Colombia, 1948).

Art. XVIII: Toda persona ... debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

- b) Declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada por Res. 218 A de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10.12.48).

Art. 8: 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.

- c) Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por nuestro país por ley 23.054.

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...

⁶ Falcón, Enrique M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado, Concordado y Comentado, Ed. Abeledo-Perrot. T. V, p. 164.

d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por nuestro país por ley 23.313).

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...

Como podemos apreciar, no existiría solo un amparo sino varios, lo que denota su atomización, ya que a la luz de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, estas normas ahora también son ley suprema de la Nación.

Pero no sería preocupante esta dispersión normativa, sino pudieramos señalar algunos efectos no deseados, o al menos perjudiciales en desmedro de aquellos a quienes se pretende proteger, pues en definitiva el fin último de estos mecanismos amparistas radica en ello.

Y esta desventaja, la advertimos en la imposibilidad de encontrar formas adecuadas en su regulación legal, que generen instrumentos aptos a los fines amparistas.

Por eso, el temor a que la historia se repita, y que entremos en un nuevo período de búsqueda de aquello que no se tiene bien claro en qué consiste, amerita un análisis global para que podamos desgajar algunos aspectos comunes y esenciales, para que a partir de allí podamos encontrar los objetivos que nos marquen el rumbo.

III.- DE LA ATOMIZACION A LA SISTEMATIZACION

Bunge⁷ enseña que los sistemas poseen características de las que adolecen sus partes, y existe un principio fundamental a tener en cuenta en este sentido, y es que los problemas sociales no se dan de uno sino combinados, por lo cual solo pueden entenderse y resolverse como sistemas; sugiriendo como receta para abordarlos con éxito, el hacerlo paso a paso pero todos juntos.

Por eso quizá podamos discrepar sobre aspectos que hacen a la forma en que el amparo quedó plasmado en la Constitución Nacional, sin embargo debemos atenernos a una pauta esencial para su análisis, que sería la concepción que le ha dado el constituyente, pues esta es la realidad a la que tenemos que ajustarnos.

Y de ella extraemos un aspecto fundamental con la que coinciden los Tratados Internacionales que citamos, que es que en todos los casos se alude a la sustanciación del amparo a través de un procedimiento sencillo, ágil, rápido, eficaz, y esto tiene que ver con su naturaleza, pues se persigue la obtención de una tutela o una protección.

⁷ Bunge, Mario; Sistemas Sociales y Filosofía, Ed. Sudamericana, p. 7 y ss.

De ahí que esa especie de diáspora que se ha producido con el amparo, requiera de una tarea contraria de fortalecimiento, para lo cual consideramos necesaria su sistematización, y aquí es donde cobra importancia la instrumentalización del Derecho Procesal.

Si partimos de la premisa, siguiendo a Falcón, de que “el Derecho Procesal es un conjunto de sistemas interrelacionados destinados a la solución de conflictos en un ámbito determinado”, podremos advertir sin mayor esfuerzo, que la acción de amparo se convierte en un subsistema de aquél, que a su vez opera dentro de este sistema mayor –el Derecho Procesal–, el que a su vez enlaza con otros superiores, como el de administración de justicia, para llegar finalmente a la Constitución Nacional⁸.

Cabe entonces precisar el concepto de sistema, como punto de partida; y si bien tiene numerosas y vagas acepciones, aquí queremos significar “al conjunto de actos y elementos interrelacionados, destinados al cumplimiento de un objetivo”⁹.

¿Cómo compaginar estas nociones sistémicas con el andamiaje que pretendemos darle al amparo?

Podemos sostener que a través del amparo se persigue la supremacía de la Constitución Nacional, aunque sostener ello sea caer en un “lugar común”, pero no olvidemos que ese objetivo se puede perseguir en distintos sentidos.

Por ejemplo, cuando pretendemos la declaración de inconstitucionalidad de una norma, pero también hacemos lo propio cuando interponemos un habeas corpus a favor de una persona detenida ilegítimamente, o cuando perseguimos por la vía ejecutiva el cobro de un cheque.

Por lo tanto, si advertimos estas diferencias, creemos que también es factible darse cuenta, que con el mecanismo del amparo, no solamente perseguimos el mantenimiento de la supremacía constitucional, sino además la protección efectiva de los derechos conculcados a través de una tutela específica y urgente, en virtud de la perentoriedad de la situación.

Ello quiero decir, que en el amparo podemos encontrarnos con un proceso que no reúne las características esenciales de un proceso típico en el que existe, por ejemplo, una etapa postulatoria, una probatoria, una conclusional, sino por el contrario, con un proceso en donde lo esencial es brindar una tutela efectiva al agraviado.

Por eso, entendemos necesaria la sistematización de esa atomización que venimos denunciando, de modo tal que el justiciable pueda encontrar la respuesta adecuada a sus necesidades.

Quizás a modo de ejemplo podamos señalar, que no es coincidente ni la urgencia, ni el análisis, de un planteo que

⁸ Falcón, Enrique M., *Gráfica Procesal*, Ed. Abeledo-Perrot, T. I, p. 10 y ss.

⁹ Falcón, Enrique M., *Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación*, Anotado, Concordado y Comentado, Ed. Abeledo-Perrot, T. V, p. 141.

persigue la declaración de inconstitucionalidad de una norma, con otro que requiere de una autorización judicial para operar a una persona cuya vida corre riesgo.

Por ese motivo es que habíamos propuesto en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, llevadas a cabo en la Ciudad de Junín, Pcia. de Buenos Aires, en homenaje al Dr. Augusto Mario Morello, la figura del proceso monitorio, como un mecanismo apropiado para superar los inconvenientes que planteaban las llamadas medidas autosatisfactivas, también denominada cautela material, en donde se superponen la pretensión de fondo, con la perseguida a través de una medida cautelar, para resguardar un determinado derecho.

Señalábamos entonces, que a nuestro entender se daban allí formas amparistas que no hacían más que develar la necesidad de flexibilizar al amparo para brindar una protección útil y adecuada al justiciable.

Y estas formas que tiene el proceso monitorio, que no son tradicionales en nuestra legislación¹⁰, aunque no por ello menos efectivas, las cuales han sido recomendadas especialmente por el XVIII Congreso de Derecho Procesal (E.D. 163-847), llevado a cabo en la Ciudad de Santa Fe, permitirían una adecuada instrumentación del instituto.

Además, de su propia concepción, surge la limitación a su viabilidad, toda vez que se requeriría la liquidez y certeza del derecho invocado, de modo tal de contrarrestar el accionar de aquél que haya provocado la violación por acción u omisión, en forma actual o bien inminente, en desmedro del justiciable.

La importancia de ello, radica en que la jurisdicción cumple un rol esencialmente tutelador del derecho que se pretende proteger, de modo tal de obtener de ella inmediatamente el dictado de una sentencia monitoria que resguarda el derecho violado, trasladando la iniciación del contradictorio hacia aquél que pretende la modificación de la situación existente, de modo tal de demostrar en caso de entenderlo necesario el mejor derecho que le asiste para ello.

De no hacerlo, la operatividad del principio de preclusión transformaría, esa resolución protectoria o monitoria, en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. En caso contrario, de manifestar su oposición aquél contra quien se dirigió la acción, proponemos que esa sentencia se convierta en cautelar y por ende provisional, quedando habilitada una etapa de contradicción, con la eventual posibilidad de producción de pruebas.

Sustanciada esa oposición el juez interviniente, puede confirmar la sentencia dictada, o bien revocarla dejándola sin efecto.

¹⁰ Véase Carlo Carli, *La Demanda Civil*, 1era. Ed., Edit. Lex, quien sostiene idéntico parecer frente a otros mecanismos similares que provienen del Derecho anglo-americano, como la injuction y el mandamus.

Esta propuesta, únicamente apunta al que hemos denominado amparo propiamente dicho, y no resulta descabellada si tenemos en cuenta los orígenes del amparo.

Señala Juventino V. Castro, al referirse a este aspecto ¹¹, luego de hacer una disquisición sobre la *intercessio romana*, que en la Nueva España existió una institución protectora de las personas que ha sido denominada “amparo colonial”.

Explica que se trata de una institución procesal, a través de la cual el virrey conociendo directamente o indirectamente como presidente de la Real Audiencia de México, decepcionaba 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 protege a través de un “mandamiento de amparo”, sin determinar éste la titularidad de los derechos violados, y sólo con el fin de protegerlos de la violación.

Aclara a continuación este autor, que el mandamiento de amparo se otorgaba –cuando la acción resultaba fundada- para proteger derechos de una persona ya sea por actos de autoridades políticas, o de particulares.

Y destaca especialmente, que 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 o las modalidades correspondientes.

Por ese motivo, la estructura monitoria que proponemos, lejos de dejar de lado principios esenciales como el de bilateralidad de la audiencia, no solo lo respeta y preserva, sino que además requiere como para su viabilidad, la existencia de un derecho cierto y perceptible por parte del juez, para que pueda emitir una sentencia protectoria del mismo.

IV.- SISTEMA Y REALIDAD

Como lo señalamos anteriormente. No podemos dejar de tener en cuenta nuestra realidad, y por ello es que consideramos que el presunto aluvión de amparos que algunas veces se vislumbra a través de estas formas protectorias, debe quedar aventado pues son las propias formas que exponemos las que van a dejar a resguardo a la acción de amparo.

Aunque con ello solo no se va a construir el sistema al que venimos haciendo mención, para adentrarnos en él no podemos pasar por alto nuestra realidad. Así resultaría impensable que a través de un procedimiento protectorio como el mencionado, se desvirtúe el amparo pretendiendo por ejemplo dejar sin efecto

¹¹ Juventino V. Castro, *Garantías y Amparo*, Ed. Porrúa, México. 9na. Edición, p. 292.

un llamado a licitación internacional, como el que recientemente ha hecho el Poder Ejecutivo, en el caso de los aeropuertos.

Sin embargo, no es menos cierto tampoco, que la subversión del amparo, no proviene únicamente de su utilización como herramienta política, sino tal vez de la ímproba tarea que se debe realizar en otros ámbitos a los fines de poder frenar una marcha política atiborrada de decretos que convierten en figura decorativa muchas veces al Poder Legislativo.

No podemos concluir con ello que la responsabilidad debemos atribuírsela al amparo, pero sí que se lo aproveche y desvirtúe, utilizando a veces las medidas cautelares que habilita su trámite, tal como hoy está concebido, de modo de frenar con ello una decisión que no sabemos si resulta justiciable.

Esto nos lleva a la necesidad de que el sistema propuesto no abarque sólo al ámbito judicial, y con una sola variante como señalamos en el caso de la estructura monitoria, sino además con otros mecanismos que resulten útiles y apropiados, extendiéndose los mismos tanto en el ámbito legislativo, como el ámbito administrativo, de ser conveniente de modo de conformar un verdadero sistema protectorio.

Castro, el autor mexicano que antes citamos, señala tres formas principales para defender la Constitución¹²: mediante factores sociales o culturales, que se traducen en un respeto voluntario del orden que se ha establecido; por factores políticos, creados en las propias constituciones, que nos proporcionan la estructura o principios funcionales del Estado, y que arrancan principalmente del sistema de división de poderes que aparece en las constituciones modernas; y finalmente, mediante sistemas jurídicos, que crean instrumentos (agregamos: no uno solo) para restaurar el orden constitucional violado.

No nos puede pasar por alto, recordando los leading cases Siri y Kot, que no es más importante resguardar a un alimentado a través de un procedimiento que no tiene contestación de demanda, o bien a un comerciante que sufre el rechazo de un cheque en donde tampoco existe propiedad entendido en sentido lato, cuando sufren una conculcación grave que por su carácter manifiesto requieren una pronta y efectiva reparación.

V.- CONCLUSIONES

La atomización nos da una idea de debilitamiento. Si pretendemos evitarla, para no volver a caer en un camino ya conocido, lo más oportuno para lograr el fortalecimiento del amparo es provocar una sistematización que permita uno o varios mecanismos definidos de resguardo según el caso.

Para señalar esto, partimos de la base de que no nos encontramos frente a un conflicto clásico, que pueda estar inmerso dentro de un proceso tradicional que sirva para dirimirlo, como puede ser el juicio sumarísimo en donde se lo

¹² Castro, Ob. Cit., p. 277 y ss.

trata de involucrar, como el proyecto con media sanción en el Congreso de la Nación, que nos merece este reproche conceptual.

Por el contrario, consideramos que debe estar habilitado un sistema protectorio buscando su adhesión a nivel nacional, para evitar así un avasallamiento a las autonomías provinciales, que nos permita diferenciar situaciones, de tal modo que ello nos lleve a brindar mecanismos instrumentales apropiados para resguardar derechos y garantías vulnerados.

Quizás el proceso monitorio sea un fiel exponente de estas soluciones urgentes, por no decir rápidas, o efectivas y expeditas como lo señala la normativa de rango constitucional que antes mencionamos.

Por este mecanismo, no por extremo debe ser dejado de lado, sino por el contrario ser utilizado criteriosamente a fin de brindarle al justiciable una herramienta adecuada para obtener protección jurisdiccional, pero también a la judicatura para deslindar su aplicación a todo supuesto, limitándolo solamente a aquellos en que realmente resulte apropiado.

Aunque del mismo modo nos animamos a involucrar dentro de un proceso de conocimiento rápido, que se pueda ejercitar por vía de acción, que no está consagrada dentro del ámbito nacional, el planteo de inconstitucionalidad de una norma, al margen de que ello pueda ser declarado de oficio –al igual que lo preve la ley 23.098 de habeas corpus- en un proceso de amparo. Briceño Sierra¹³, señala en este sentido que el control de constitucionalidad que se ejerce en el amparo al impugnarse el acto, la actitud o la ley que perjudica el interés jurídico del agraviado, no puede constituir un proceso, ya que no se trata de dirimir un litigio, ni una controversia.

En idéntico sentido se expide entre nosotros Rivas, quien rescata el sentido protectorio que debe tener el amparo, no constituyéndose en un proceso para dirimir la aplicación de una norma a un caso determinado¹⁴.

Por ello entendemos que no podemos pasar por alto, para la generación del sistema protectorio al que aludimos, la importancia de la generación de formas sencillas y efectivas como las que propugnamos, y la trascendencia de nuestra materia para la consecución de estos objetivos.

¹³ Teoría y Técnica del Amparo, T. I. P. 81.

¹⁴ Rivas, Adolfo A., “Pautas para el nuevo amparo constitucional”, E.D. 163-702.