

## ¿UNA TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA O LA CONMEMORACION DEL DESAMPARO?

Por Jorge A. Rojas

### 1.- INTRODUCCION

Hace cincuenta años, en un mes de diciembre de 1957, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pronunciaba un fallo trascendente en el caso “Angel Siri”, caratulado entonces como habeas corpus, aunque en definitiva terminó siendo el origen de lo que se conoce en la actualidad con el nombre propio de “amparo”.

Las noticias periodísticas de la actualidad recogieron esta circunstancia, destacando los festejos que rememoraron aquél momento<sup>1</sup>, tan particular por cierto -desde el punto de vista político- para el país, y además por el rol que había asumido la Corte con su ejemplar sentencia.

Los recuerdos laudatorios mueven a una cuestión central, que posiblemente el joven abogado, o el joven estudiante de derecho, o eventualmente el público en general, por la difusión que han tenido algunos festejos en los medios masivos de comunicación, que sería la siguiente ¿qué se festeja?

---

<sup>1</sup> Ver Ventura, Adrián; “El amparo entre festejos y esperas”, diario La Nación del 12/12/07, sec. 1ra., pag. 13.

La respuesta puede tener una doble mirada, por un lado, se puede festejar la creación de un precioso instrumento procesal, que constituye una garantía liminar -sobre todo en la actualidad por la profusa protección que han recibido los derechos humanos- para brindar una protección efectiva contra los abusos del poder, o más aún contra las arbitrariedades en las que pueden llegar a incurrir los funcionarios de turno.

Esto es cierto. Esto no admite duda de ningún tipo. La interpretación que hizo la Corte de la Constitución Nacional en el caso Siri ha sido de excepción. Desde luego que debe congratular al espíritu más remiso y merecer el beneplácito de la sociedad toda.

Sin embargo, desde otra óptica, si lo que se festeja es ese hito, qué sucedió con su posterior desenvolvimiento. Acá la respuesta no puede ser otra más que una preocupación.

Hace cincuenta años se dio vida a un instituto y aún hoy no se conoce cabalmente cuando y cómo hacerlo operativo. Lejos de las interpretaciones doctrinarias y los pronunciamientos jurisdiccionales, lo cierto es que el amparo quedó envuelto en una telaraña interpretativa que no puede más que provocar su casi esterilidad.

Puede sentirse congraciada la doctrina cuando el amparo sale airoso, pero se lamenta mucho más cuando en forma recurrente se aprecia su desgaste no sólo por algún desatino legislativo, sino por su manejo

impropio, por la imposibilidad de su regulación adecuada, lo que ha provocado una especie de atomización y por cierto su desvirtuación.

## **2.- FUENTES**

Nada mejor para explicar lo sucedido con el amparo a lo largo de medio siglo de vida, aciaga por cierto, que remontarse a sus fuentes para que a partir de allí se concluya en lo que existe en la actualidad como resabio de aquella maravillosa herramienta que se había diseñado desde la Corte.

El proceso de amparo no puede ser abordado sin tener en cuenta su origen, por la impronta tan particular que lo caracterizó, a partir de los leading cases Siri<sup>2</sup> y Kot<sup>3</sup>, pues 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.

Por eso, conviene rememorar algunos aspectos centrales que hicieron a su concepción, de modo de advertir su carácter de tutela procesal diferenciada, en la que coadyuvaron no sólo la situación fáctica presentada, sino la operatividad de las cláusulas constitucionales y por supuesto, con un rol más que fundamental, la función que desempeñó la jurisdicción para lograr esa operatividad.

---

<sup>2</sup> Fallos 239:459

<sup>3</sup> Fallos 241:291

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, aún 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 transcripto, surgen con toda nitidez, derechos –expresa o implícitamente– consagrados en la Ley Fundamental, cuya violación impone su restauración inmediata, o su eventual resguardo.

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

Esto 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 debe recordarse que aquí se trató de discernir entre la libertad personal que resguarda el habeas corpus, con 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 comprobación de la vulneración de los derechos que merecen tutela, sino además una actuación efectiva de la ley (por su eficacia).

**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 los mismos derechos que ella consagra.

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 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) 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 en este proceso no importa 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.

Más elocuente aún fue la Corte, en el sentido expuesto, cuando señaló en este leading case:

*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 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.

Así interpretó originariamente la Corte Suprema al trámite del amparo, en el cual se destacó, desde sus propios orígenes, la idea de un proceso de carácter protectorio, alejado de toda idea de debate, o de una profusa 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>4</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 desdibujado el legitimado pasivo, lo cual torna mucho más evidente la certeza y la liquidez de los derechos vulnerados<sup>5</sup>.

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”,

---

<sup>4</sup> Fallos 250:143

<sup>5</sup> Rojas, Jorge A.; Una cautela atípica, Revista de Derecho Procesal nro. 1, cit., p. 67.



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>6</sup>, todo lo cual en modo alguno implica un menoscabo al legítimo derecho de defensa.

¿Qué se hizo desde entonces con aquél remedio heroico? Primero se lo desnaturalizó encorsetándolo en la ley 16.986, restringiendo su operatividad, siendo muestra más que elocuente el art. 2 esa la ley y luego se terminó de desvirtuar al incorporarlo al art. 321 del Código Procesal (ley 17.454), dentro del molde de un proceso sumarísimo, quizás en la inteligencia de que la sumariedad del conocimiento del juez podía exonerar la existencia de un proceso de conocimiento, restringido, pero de conocimiento al fin, a tal punto que en la actualidad ese mismo proceso, no sólo habilita la recepción a prueba de la causa, sino que requiere de una audiencia preliminar, sin eludir los mecanismos recursivos que tienen una impronta muy particular (art. 498).

Desde entonces, se instaló un intenso debate doctrinario sobre su regulación, su operatividad, su carácter excepcional (o no), el alcance de su sentencia, entre algunos de los aspectos más destacados, sin incurrir

---

<sup>6</sup> Palacio, Lino E.; La Pretensión de Amparo en la Reforma Constitucional de 1994, L.L. 1995-D-1237.

en algunas cuestiones más espinosas, aún sin resolver, como la cuestión atinente a la legitimación.

Esto dio origen a una especie de atomización en el amparo, ya que comenzaron a aparecer figuras de neto corte amparista que tenían una regulación específica, como el amparo por mora que consagra el art. 28 de la ley 19.549, el amparo sindical que contempla la ley 23.551, el amparo en sede aduanera (art. 1160 del Cód. Aduanero), o bien figuras como las reparaciones urgentes que contempla el art. 623 ter del Código Procesal, o la denuncia de daño temido que consagra el art. 623 bis de ese mismo cuerpo legal.

Ese proceso de atomización al que fue sometido el amparo, es por demás particular y conviene no perderlo de vista, y 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>7</sup>.

---

<sup>7</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 llevó 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”.

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 que contempla el art. 43 de la Constitución Nacional, que allí se encuentra una especie de confirmación de esta atomización, 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 se encuentra regulado el amparo en los siguientes tratados:

- a) En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>8</sup>.
- b) En la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>9</sup>.
- c) En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José de Costa Rica<sup>10</sup>.
- d) En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>11</sup>.

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

---

<sup>8</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>9</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>10</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>11</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...

a ella asimilados, sino inclusive por el legislador y la propia jurisprudencia.

### **3.- TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA**

Ninguna duda puede haber a la luz de la creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el amparo constituye la tutela procesal diferenciada por antonomasia, para lo cual cabe destacar como ahora lo hace Alexy, que no sólo los derechos fundamentales de las personas consagrados en la Ley Fundamental merecen un status relevante que merezca su protección, sino además que corresponde elevar al mismo rango a lo que aquél autor denomina derechos procedimentales.

Señala Alexy, distinguiendo las incumbencias del Estado, frente a esta realidad que apunta a la importancia que revisten las formas para la operatividad de los derechos fundamentales, es decir, como lo había señalado la Corte en Siri y en Kot, aquellos que consagra la Ley Fundamental, que “los derechos procedimentales pueden ser tanto derechos a que se establezcan determinadas normas procedimentales, como derechos a una determinada interpretación y aplicación concreta de normas procedimentales”.

“En estos casos, el derecho procedimental, bajo la forma del derecho a la tutela jurídica efectiva, está dirigido a los tribunales de justicia. En

cambio, los derechos procedimentales, que tienen como objeto la creación de normas procedimentales, están dirigidos al legislador”<sup>12</sup>.

Sin embargo, la tarea descrita se puede señalar que en el país no ha sido cabalmente cumplida, pues toda la dispersión apuntada sobre la legislación, demuestra en demasía el interés que despierta la figura del amparo, que no sería preocupante, si no se advirtieran los efectos no deseados que ello provoca, pues pese a su profusa regulación, la finalidad protectoria que se esboza en sus fuentes, aún no se puede concretar en la realidad, sino que todo el espacio ganado por el amparo desde su recepción constitucional en 1994 parecería haber provocado 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 de todas estas variantes, generando los instrumentos aptos para ello, que tal vez no provengan siempre de la figura del amparo, tal como originariamente fue concebido.

Por eso resulta un fundamental punto de partida, determinar cómo concebir y estructurar al amparo para que su reformulación apunte a un fin potable, de modo de aventar los riesgos de reiterar la historia que ya lleva a costas esta figura y que su conmemoración resulte más grata.

---

<sup>12</sup> Alexy, Robert; Teoría de los Derechos Fundamentales, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 420.

#### **4.- LA IMPORTANCIA DE LAS FORMAS BASE DEL SISTEMA**

Resulta un punto de partida imprescindible a los fines de delimitar la figura del amparo, identificar que se trata de una tutela procesal distinta, es decir que no cae en los cánones tradicionales de un proceso de conocimiento, que por su propio peso específico se constituye en la tutela diferenciada por antomasia dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Por lo tanto, a fin de sistematizarla adecuadamente, es importante registrar en qué consistió el mandato del constituyente del 94 y la omisión en la que incurrió el legislador, que aún hoy no sólo no la ha regulado, sino además la confusión que provoca ello en sede judicial, por las divergencias a las que se presenta su aplicación concreta.

Nada mejor que recurrir a las fuentes que señalan claramente el carácter excepcional del amparo, y además su operatividad sencilla, sin sujeción –como señala Morello- a un pretendido vasallaje procesal, que implique su sometimiento a estructuras tradicionales, que por conocidas omiten tener en cuenta su carácter especial por excepcional, de ahí su diferenciación.

Por ello es importante tener en cuenta para su andamiaje y consagración legislativa, la necesidad de desarrollar un proceso de carácter esencialmente protectorio, en el cual la idea de la bilateralidad se restrinja, de modo de permitir la inmediata protección de aquél derecho que hubiera resultado vulnerado, generándose para ello las

formas y estructuras que resulten apropiadas pero que se aparten del proceso de conocimiento tradicional, precisamente para marcar la diferencia de la tutela, tal como se desprende de las fuentes gestadas por el más Alto Tribunal.

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 como una acción expedita y rápida (rectius: un proceso expedito y rápido).

Los principios que marca el constituyente del 94 en la Ley Fundamental, deben interpretarse como los presupuestos políticos del contenido jurídico, que dan sustento o un ordenamiento procesal.

Esos principios, cobran vida en la realidad a través de los sistemas que diseña el legislador, que son las formas metódicas a través de las cuales cobran vida en la realidad esos principios concebidos por el constituyente.

Esta conceptualización coincide precisamente con el criterio esbozado por Alexy cuando alude a la efectividad de la tutela judicial, al señalar



que los procedimientos son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado, por lo cual concluye que las normas de procedimiento y de organización deben crearse de tal manera que, con suficiente probabilidad y en suficiente medida, el resultado sea acorde con los derechos fundamentales<sup>13</sup>.

En el sentido expuesto, 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.

Del mismo modo se puede advertir, que se contemplan otros derechos de neta incidencia colectiva, como los de los usuarios, consumidores,

---

<sup>13</sup> Alexy, Robert, Ob. cit., p. 419.

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”.

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 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*”.

Como puede advertirse no todo debe ser resuelto por vía de amparo, sino la “amparitis”, como señala Sagües<sup>14</sup>, como toda demasía, 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 se lograría sería reiterar la historia que ha transformado en aciaga la vida del amparo.

## **5.- LA GENERACION DE UN SISTEMA APROPIADO**

No resulta que el camino adecuado englobar todo dentro del amparo, pues no es lo mismo, 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 encauzarla mejor.

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.

---

<sup>14</sup> Sagües, Néstor P.; El perfil del amparo en el proyecto legislativo en trámite, J.A. 2006-III-fasc. 3 del 19/07/06, p.3 y ss.

Esas formas, estructuradas de un modo metódico, son las que permitirán que los principios trazados por el constituyente, cuando constitucionalizó esta nueva gama de derechos, cobren vida dentro de un determinado ordenamiento, y esto no es otra cosa que cumplir con la manda constitucional que refleja el art. 75 inc. 23 al disponer que el Congreso Nacional debe legislar y promover acciones positivas que garanticen... **“el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”**.

Recordando a las fuentes del amparo, siguiendo a un autor mexicano, Juventino V. Castro, enseña que en el Virreinato de Nueva España, es decir, lo que hoy sería México, existió una institución protectora que se la conoció como “amparo colonial”<sup>15</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 la 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.

---

<sup>15</sup> Castro, Juventino V.; Garantías y Amparo, Ed. Porrúa, México, 9na. Ed., p. 292.

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, es destacable.

Ello da pie a sostener la necesidad de diseñar una estructura similar a una de tipo monitoria, en donde el juez proteja de inmediato, cuando la vulneración de un derecho 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 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 ya la ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y pese a que resultó inadvertido 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>16</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>17</sup>.

Como se advierte, en los hechos de la realidad esta propuesta 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.

## **6.- CONCLUSIONES**

---

<sup>16</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.

<sup>17</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.

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 esta disciplina.

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.

Aquí, la impronta de la tutela procesal diferenciada, para que resulte efectiva, se debe buscar teniendo en cuenta diversas notas distintivas que permitan identificarlo como tal, como 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.

Pero además se deberá tener en cuenta el rol que desempeñará la jurisdicción, más comprometido con esa realidad, y fundamentalmente se deberán diseñar nuevas formas que intenten perseguir una jurisdicción protectoria, tal como pretorianamente ha avanzado la Corte, y quizás el más osado de los avances, sea la conformación de un proceso, que sin dejar de lado los principios liminares que surgen de la 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, que tutele en forma eficaz los derechos fundamentales que consagran la Ley Fundamental y los Tratados internacionales.