

EL AMPARO EN LA ARGENTINA. EVOLUCIÓN, RASGOS Y CARACTERÍSTICAS ESPECIALES

Patricio Alejandro Maraniello¹

RESUMEN

El amparo en la Argentina, si bien tuvo su origen en la jurisprudencia y en la legislación, con la reforma constitucional de 1994 se ha incorporado a la Constitución Nacional en el artículo 43, desarrollando sus clases más típicas, es decir, la individual y la colectiva. Luego se fue expandiendo, y podemos observar que en nuestro país existe una proliferación de amparos, tales como el sindical, el impositivo, por mora, el aduanero y el previsional, haciendo de este modo una figura muy abarcadora y cuya efectividad hoy se pone en duda. Sin embargo, uno de los tabúes más importantes en la Argentina es el amparo sobre las decisiones judiciales, y el amparo contra el amparo, que siguen teniendo serias dificultades en su implementación, aunque el verdadero problema es la “ordinarización del amparo” por la gran cantidad que se tramitan en la justicia, situación que requiere una nueva revisión de esta figura.

PALABRAS CLAVES

Amparo. Regulación legislativa y jurisprudencial. Las clases o tipos de amparo. Amparo sindical, tributario, aduanero, por mora, electoral, contra toda discriminación y previsional. El amparo contra decisiones judiciales.

SUMARIO: I. Introducción. II. Génesis del amparo. 1. *Origen en el derecho argentino.* a) Regulación en el derecho público provincial. b) Regulación nacional. Etapas. III. Derechos tutelados. IV. Concepto y textos involucrados. V. Criterios metodológicos. VI. Diferencias entre los procesos individuales y los colectivos. VII. Competencia. VIII. Subtipos o clases de amparo. 1. *El amparo en los derechos de incidencia colectiva.* 2. *El amparo colectivo contra toda forma de discriminación.* 3. *El amparo ambiental.* 4. *El amparo del usuario y del consumidor.* 5. *El amparo electoral.* 6. *El amparo sindical.* 7. *El amparo impositivo, ley 11.683 (t. o. 1978, ley 21.858).* 8. *El amparo por mora de la administración.*

¹Profesor de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor Titular en la Universidad de Concepción del Uruguay. Profesor de la Escuela del Consejo de la Magistratura (pmaraniello@fibertel.com.ar).

Régimen Nacional de Procedimientos Administrativos, ley 19.549. 9. El amparo aduanero. Código aduanero, ley 22.415. 10. El amparo previsional. Ley de Solidaridad Previsional, 24.655. 11. El amparo a la salud. IX. El amparo como un procedimiento interdictal. X. Los plazos de caducidad del amparo. 1. Distintas posturas. a) Posición a favor del plazo de caducidad. b) Posición contraria. 2. Nuestra posición. XI. El amparo contra actos del Poder Judicial. XII. El defensor del pueblo y el amparo. XIII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la primera parte de la Constitución Nacional argentina tenemos las declaraciones, los derechos y las libertades, los principios y las garantías. Consideramos a estas últimas como la herramienta o el móvil para proteger todos los anteriores citados, si tenemos en cuenta que sin las garantías los derechos podrían no ser cumplidos porque no tendrían una herramienta para su protección ante los tribunales de justicia².

Entre las garantías, tenemos la garantía de las garantías, que es el amparo que protege un sinnúmero de derechos del individuo (excepto la libertad física, pues ella está protegida por el hábeas corpus).

Para Bidart Campos, el amparo es “la pretensión formal que se interpone contra el Estado (o cualquier particular) para que por sus órganos jurisdiccionales se depare tutela a una pretensión material, mediante vía sumaria y expeditiva”³.

Podemos considerar dicha acción un instrumento o medio en virtud del cual se pone en ejercicio la garantía de protección judicial de los derechos básicos previstos implícita o explícitamente en las constituciones liberales.

Pero si consideramos el amparo como un derecho constitucional en sí mismo, presenta entonces una doble característica, es un derecho fundamental constitucional y a su vez una acción al servicio de otros derechos y garantías fundamentales⁴.

Cuando se lo reconoce como un derecho constitucional, goza de las mismas garantías y calificaciones que los demás derechos. Y como tal, si es y se lo reconoce como un derecho en sí mismo, tiene autonomía sin necesidad de vincularlo a otros derechos y garantías. A la vez, goza como derecho de idénticas calidades y condiciones que el “acceso a la jurisdicción”.

Para conocerlo más profundamente será necesario indagar en sus orígenes, sus elementos característicos y su situación actual y futura en el mundo jurídico.

² CARNOTA-MARANIELLO, *Derecho constitucional*, La Ley, 2008, p. 239.

³ BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho de amparo*, Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 34.

⁴ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Manual de derecho constitucional*, 1991, p. 65.

II. GÉNESIS DEL AMPARO

El amparo tuvo su origen en México; si bien en la Constitución de 1824 de dicho país no lo menciona expresamente, en el art. 137 autoriza a reclamar directamente a la Corte Suprema de Justicia por las sanciones a la Ley Suprema.

Tuvo la influencia del constitucionalismo norteamericano, tanto de manera directa como indirecta a través de la obra de Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*⁵. A la vez, fue inspirador del jurista y político Mexicano Manuel Crescencio Rejón⁶ y en la Constitución para Yucatán de 1841, y como jalones posteriores, el Acta de reformas de 1847, inspirada por Manuel Otero, la Constitución del 5 de Febrero de 1857 y la ley sobre la materia del 30 de enero de 1869.

Posteriormente es recogido en los artículos 103 y 107 de la Constitución de 1917 de México, y luego pasó a diversas legislaciones del centro y sur de América, como por ejemplo, Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Venezuela. Del mismo modo en Brasil, pero con la denominación de “mandado de segurança”.

También tuvo su regulación en las constituciones españolas de 1931 y de 1978.

1. Origen en el derecho argentino

a) Regulación en el derecho público provincial

- *Santa Fe*

Esta provincia tiene el honor de haber sido la primera en incorporar el amparo en su Constitución de 1921. En ella y en la vigente de 1962, en el art. 17, estableció el que se denominó “un recurso jurisdiccional de amparo”.

Más tarde, este instituto fue ampliado por la ley 2494 de 1935, que abarcaba los derechos y garantías establecidos en la Constitución.

- *Entre Ríos*

La Constitución de Entre Ríos de 1933, todavía vigente, incorpora el mandamiento de ejecución y de prohibición en los arts. 26 y 27, que se detallan a continuación:

⁵ Los dos primeros volúmenes aparecieron en 1835.

⁶ Nacido novohispano, fue el creador del juicio de amparo, impulsado por él en las regiones de Yucatán, ahora Bolonchén de Rejón, Campeche. Hijo de Manuel García Rejón y doña Bernarda de Alcalá; el primero vallisoletano y la segunda, de ascendencia canaria

Art. 26: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político, por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución”.

Art. 27: “Si un funcionario o corporación pública de carácter administrativo, ejecutase actos que le fueran expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir de los tribunales, por procedimiento sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o corporación”.

- *Santiago del Estero*

Por extensión del hábeas corpus, el art. 22 de la Constitución de 1939 aludía a la protección de algunos derechos individuales establecidos en la Constitución Nacional o provincial.

- *Mendoza*

La Constitución de Mendoza de 1949 reguló el recurso de amparo en el art. 33 para ciertos derechos, como por ejemplo, políticos, de prensa, de trabajar, de enseñar, de permanecer, de transitar o de salir del territorio provincial.

- *Chaco*

El amparo aparece en la Constitución de 1957 legislado juntamente con el hábeas corpus; el art. 19 dispuso un amparo especial para trabajadores, y el art. 22, los mandamientos de ejecución y prohibición.

- *Provincia de Buenos Aires*

El Poder Ejecutivo provincial realizó un proyecto de ley en 1964 con sus modificaciones en 1965, que se convirtió en la ley 7166, fuente de la ley nacional 16.986.

Actualmente el amparo se encuentra regulado en el inc. 2º del art. 20 de la Constitución Provincial:

“La garantía de amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión, proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con ar-

bitrariidad o ilegalidad manifiesta el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos.

El amparo procederá ante cualquier juez siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable y no procediese la garantía de hábeas corpus.

No procederá contra leyes o contra actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial.

La ley regulará el amparo estableciendo un procedimiento breve y de pronta resolución para el ejercicio de esta garantía, sin perjuicio de la facultad del juez para acelerar su trámite mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada.

En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos”.

- *Ciudad de Buenos Aires*

Con una regulación muy de avanzada, se encuentra regulada en su Constitución en el art. 14.

“Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.

Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia del usuario o del consumidor.

El agotamiento de la vía administrativa no es requisito para su procedencia.

El procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad. Todos los plazos son breves y perentorios. Salvo temeridad o malicia, el accionante está exento de costas.

Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva”.

b) Regulación nacional. Etapas

A nivel nacional, la regulación del amparo se dividen en tres claras etapas: 1) *etapa pretoriana*, desde 1957-1958 hasta 1966, 2) *etapa del amparo, reglamentado legislativamente*, desde 1966 hasta 1994, y 3) *etapa del amparo constitucionalizado*, desde 1994 hasta la actualidad⁷.

b. 1) Etapa pretoriana (1957-1958 hasta 1966)

Como es sabido, la acción de amparo surge entre nosotros como “creación pretoriana” o de derecho judicial, primero con el caso “Ángel Siri”⁸ de 1957, donde se ha establecido que “basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida para que surja la necesidad de que aquélla sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de una ley que la reglamente”.

Luego, con el precedente “Samuel Kot”⁹ de 1958, ambos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “...donde sienta un principio en virtud del cual no es relevante distinguir si la restricción ilegítima proviene de una autoridad pública o de actos de particulares para la procedencia de la acción de amparo...”. A dichos casos los sucedieron otros tantos, de manera que surgió entre los doctrinarios el debate por la necesidad de su reglamentación.

b. 2) Etapa del amparo reglamentado legislativamente (1966 hasta 1994)

La ley 16.986 consagró en 1966 la acción de amparo contra actos de autoridad pública; dos años más tarde, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454) incluyó al amparo contra otros particulares.

- Art. 1º de la ley 16.986

“La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por

⁷ CARNOTA-MARANIELLO, ob.cit., p. 415.

⁸ Revista La Ley, 89-531, fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 239, p. 459.

⁹ Revista La Ley, 92-632, fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 241 p. 291.

la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus”.

- El art. 321 del CPCCN regula el amparo contra particulares o proceso sumarísimo:

“Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498:

1) A los procesos de conocimiento en los que el valor cuestionado no exceda de la suma de pesos cinco mil (\$5000).

2) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección...”.

- Art. 498, trámite

“En los casos en que se promoviese juicio sumarísimo, presentada la demanda, el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si correspondiese que la controversia se sustancie por esta clase de proceso. Si así lo decidiese, el trámite se ajustará a lo establecido por el procedimiento ordinario, con estas requisitorias:

1) Con la demanda y la contestación se ofrecerá la prueba y se agregará la documental.

2) No serán admisibles excepciones de previo y especial pronunciamiento, ni reconvencción.

3) Todos los plazos serán de tres días, con excepción del de contestación de demanda, y el otorgado para fundar la apelación y contestar el traslado del memorial, que será de cinco días.

4) Contestada la demanda se procederá conforme al artículo 359. La audiencia prevista en el artículo 360 deberá ser señalada dentro de los diez días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo.

5) No procederá la presentación de alegatos.

6) Sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias. La apelación se concederá en relación, en efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable en cuyo caso se otorgará en efecto suspensivo”.

A pesar de existir posiciones encontradas respecto de la ley 16.986 que reglamenta la acción; ésta sigue vigente, aunque fue altamente cuestionada, tanto desde el punto de vista procesal como por sus contenidos de fondo. En lo que respecta al primer aspecto, la crítica se basó en el polémico origen de la ley, ya que surgió de un Gobierno *de facto*. De todas maneras —como ya se dijo— dicha ley rige en la actualidad, con algunas modificaciones, siempre y cuando no colisione con lo establecido en la Constitución Nacional. En referencia a las críticas presentadas respecto de su articulado, podemos mencionar la obligación del agotamiento de la vía administrativa, el plazo de interposición, el informe circunstanciado y el análisis de constitucionalidad de las normas.

Cabe aclarar la existencia de un sector doctrinario que considera innecesario reglamentar la acción, especialmente a partir de su incorporación a nuestra Constitución¹⁰.

b. 3) Etapa del amparo constitucionalizado

Los constituyentes de 1994 consagraron de modo expreso en el artículo 43 del nuevo texto constitucional lo que hasta entonces era la garantía implícita del amparo, es decir, viene a cubrir un vacío legal en nuestro ordenamiento jurídico, que había nacido por vía jurisprudencial en 1957, con el caso “Sirí”¹¹, y en 1958, con el caso “Kot”¹², y posteriormente fue legislado por una ley *de facto*.

Artículo 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podría interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afecta-

¹⁰ VALLEFIN, Carlos, nota sobre el amparo en la revista *Jurisprudencia Argentina*, t. 1997-II, p. 1063.

¹¹ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 239, p. 459.

¹² Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 241 p. 291.

do, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”.

Análisis del artículo 43

a) *Expedita y rápida*: la característica fundamental del amparo es su rapidez. Se trata de un proceso comprimido, destinado a brindar una respuesta judicial inmediata ante la infracción de un derecho constitucional, legal o emergente de un tratado.

Cuando la norma dice que es “expedita y rápida” se abre una duda ¿qué ocurre si estas palabras no son sinónimos? La respuesta afirmativa surge a primera vista, pero en el análisis ontológico se llegan a descubrir diferencias. La distinción se basa en que en una acción expedita se está afirmando que ésta se encuentra abierta, sin obstáculos procesales. En cuanto se habla de acción rápida, se determina que debe ser un trámite útil, sin dilataciones temporales.

b) *Rol supletorio del amparo*: según el art. 2º, inc. a) de la ley 16.986, éste no es admisible cuando “...existen recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate...”.

La reforma constitucional modificó sustancialmente esta normativa al determinar que el amparo sólo procederá cuando “...no exista otro medio judicial más idóneo...”; este precepto es de gran importancia porque se diferencia de la ley 16.986, que permite iniciar la acción sin antes haber agotado los recursos administrativos. Los jueces en tales hipótesis deben extremar ponderación y prudencia, a fin de no decidir, por sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios.

Dicho de otro modo, el promotor del amparo debe cubrir, cuando lo interpone, un presupuesto de admisibilidad: demostrar, siquiera *prima facie*, que no tiene otros procedimientos útiles para proteger su derecho constitucional. El amparo cumple entonces un papel supletorio, subsidiario o residual, no opera si hay otras rutas procesales idóneas para atacar la lesión o amenaza.

c) *Procedencia del acto lesivo*: puede provenir de actos u omisiones de los particulares o de las autoridades públicas.

Para algunos autores, como H. Quiroga Lavié¹³ y Bidart Campos¹⁴, el problema que se plantea ante la interpretación de este fragmento es establecer hasta dónde alcanza la expresión de autoridades públicas.

Hay un antiguo axioma que puede aplicarse a la interpretación del derecho, según el cual “cuando la ley no distingue el intérprete no debe hacerlo”. De ser aplicable este criterio de interpretación a la norma que acabamos de transcribir, resulta que todas las autoridades públicas y cualquier particular son los destinatarios del apercibimiento constitucional. De tal modo, el Poder Ejecutivo y todo el despliegue organizacional de la Administración del Estado, el Congreso y las dependencias administrativas que están a su cargo, y el Poder Judicial en sus diversos niveles, deben ser entendidos como “autoridades públicas”, frente a cuyas determinaciones lesivas de derechos cabe la tutela del amparo. Lo expuesto alcanza a los tres niveles de la descentralización territorial del poder público: el nacional, el provincial y el municipal; el amparo como garantía constitucional, al igual que los derechos consagrados en la Constitución, vale a favor de todos los habitantes del país sin importar la jurisdicción territorial en la cual se encuentra.

En cambio, para otros autores, como N. P. Sagüés, el amparo puede proceder ante actos provenientes de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, salvo que se trate de “cuestiones políticas no justiciables”.

En el análisis de estas cuestiones políticas hay que diferenciar los aspectos de derecho que serían justiciables (competencia, trámite, razonabilidad), de los actos propiamente políticos (por ejemplo, examen de la oportunidad y conveniencia del acto adoptado), que no son justiciables.

En rigor de verdad, cualquier cuestión política tiene una dirección normativo-constitucional, de tal modo que es constitucional o inconstitucional, según se respete o no dicho orden. Ello es, por cierto, justiciable. También lo es si lo decidido respeta el mínimo de justicia y razonabilidad que la Constitución exige para que sea constitucional.

Planteado un conflicto judicial concreto, en el cual (ante un derecho constitucional violado) sea necesario evaluar la dimensión jurídica de una cuestión política, dicho examen, practicado por la judicatura, resulta una tarea obligada, en la que se “debe extremar la ponderación y la prudencia” del caso, partiendo de la pre-

sunción jurídica de legitimidad del comportamiento estatal. Cabe aclarar que ni la ley 16.986, art. 2º, inc. b) ni el poder judicial admiten el amparo ante las sentencias.

d) *El amparo por omisiones*: otra importante incorporación en el art. 43 de la Constitución Nacional, es la introducción del amparo ante las “omisiones de autoridad pública”; continúa la norma con este fragmento: “En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma que se funde un el acto u omisión lesiva”.

De la interpretación resulta evidente que las omisiones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo pueden ser declaradas constitucionales por los tribunales de nuestro país, y sustituidas por algún acto que remedie la lesión actual o futura. Pero quedando claro que tan sólo es para el caso en concreto, debido a nuestro sistema de control descentralizado o difuso.

En nuestro derecho no implica una innovación, el sistema judicial lo viene realizando con anterioridad. Un claro ejemplo lo encontramos en el caso *Ekmekdjian vs. Sofovich*, en el que la CSJN le otorga el derecho a réplica que no se encontraba legislado, basándose en un tratado internacional: el Pacto de San José de Costa Rica, en el cual se encontraba consagrado.

De esta forma el tribunal de justicia interviniente sustituyó la omisión legislativa, para dar una solución justa al caso concreto.

Este nuevo derecho viene siendo reclamado hace tiempo por la doctrina nacional y, en especial, por Bidart Campos, (también por otros, como Sagüés, Quiroga Lavié, etcétera)¹³.

e) *Lesión actual o futura. Derechos tutelados*: el art. 43 reza así: “...que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta...”.

Los constituyentes no han hecho otra cosa que dar rango constitucional a la tradición del amparo argentino.

Para el análisis del fragmento del artículo vamos a desglosarlo para comprender el alcance de los diferentes tipos de lesiones:

¹³ SAGÜÉS, Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, p. 97.

- Lesión: todo daño o perjuicio del derecho que se tutela; se encuentra lesionado un derecho cuando no se puede ejercer, cuando el acto de su titular fuera positivo u omisivo, cuando no se puede cumplir con severa limitación a la libertad del hombre.
- Restricción: es una reducción, disminución o limitación de la posibilidad de ejercicio de la acción material del respectivo derecho.
- Alteración: de un derecho, implica cambio o modificación de la propia materia.
- Amenaza: en este concepto se amplía la acción de amparo a los fines de la operabilidad de la tutela. La amenaza tiene que ser contra actos en un futuro próximo y no en un futuro remoto.

En todos estos conceptos debe tratarse de un acto, omisión o amenaza con arbitrariedad o legalidad “manifiesta”, es decir, tiene que resultar evidentemente “material o groseramente inconstitucional o ilegal”.

III. DERECHOS TUTELADOS

La enumeración de los derechos protegidos por el amparo se ven desplazados a lo largo de toda la primera parte de la Constitución (arts.14, 14 bis, 16, 17, 18, etc.), mientras que los implícitos se deducen del artículo 33 de que dice: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”¹⁴.

En virtud de dichas disposiciones surgen varias posturas doctrinarias respecto a la delimitación del área de derechos protegidos.

La tesis restrictiva¹⁵ exceptúa del amparo a los derechos patrimoniales, a los que ve suficientemente protegidos por la legislación ordinaria. Considera entonces que el proceso de amparo procedería únicamente respecto de *derechos constitucionales relativos a la libertad*.

Posteriormente, se constató una apertura con relación a la tesis restrictiva que constituye una postura intermedia, que permite el amparo para proteger todos los dere-

¹⁴ CARNOTA-MARANIELLO, ob.cit., p. 418.

¹⁵ SANCHEZ VIAMONTE, *Manual de derecho constitucional*. Kapeluz, 4ªed., 1959, p. 93.

chos constitucionales, pero lo inhabilita para la protección de los derechos mediata o indirectamente constitucionales.

Finalmente, los autores extienden la protección a otros derechos además de los específicamente constitucionales. Se entiende que no hay derecho que no tenga su fundamento mediato en la Constitución, a pesar de encontrarse directamente regido por el derecho común. De esta manera surge la tesis amplia, ya que cualquier transgresión a una ley es reprobable en algún punto por la Constitución¹⁶. En concordancia con esta línea de pensamiento, Bidart Campos sostiene la aplicación de la acción, incluso para aquellos casos en los cuales el derecho invocado no derive directamente de la Constitución Nacional, aun en aquellas circunstancias en que la lentitud pueda frustrar la idoneidad de la sentencia. Este criterio haría del amparo una suerte de medio de defensa de la legalidad en un sentido general¹⁷.

Por lo tanto, la acción de amparo tiene por fin proteger todos los derechos constitucionales implícitos o explícitos (entre estos últimos, por ejemplo, honor, salud, vida), salvo el de libertad corporal, protegido por el hábeas corpus, como así también los derechos patrimoniales.

El art. 43 ha ampliado el alcance del amparo al cubrir los derechos y garantías emergentes de la Constitución, de un tratado o de una ley. Esto significa seguir el concepto clásico de Hauriou: los derechos de la Constitución son principios enunciados en conceptos mínimos de contenido indeterminado, por lo que es el legislador quien los integra y desenvuelve. Toda fuente de derechos humanos o constitucionales merece la protección de la acción de amparo. Es la tesis de la doctrina generalizada¹⁸.

La duda se presenta con los derechos que nacen específicamente de un decreto, resolución ministerial, ordenanza municipal, etc. En tren de resolverla, podría sostenerse que si hay un derecho proveniente de un decreto, resolución u ordenanza que pueda guardar una vinculación razonable con un derecho insertado en la Constitución, en una ley o en un tratado, entonces sí se encuentra bajo el radio de acción de amparo.

IV. CONCEPTO Y TEXTOS INVOLUCRADOS

El amparo ha sido definido como “la pretensión formal que se interpone contra el Estado (o cualquier particular) para que por sus órganos jurisdiccionales se depare tutela a

¹⁶ GENARO CARRIÓ, *Algunos aspectos del recurso de amparo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 231.

¹⁷ BIDART CAMPOS, *Derecho de amparo*, Ediar, 1961, p. 132.

¹⁸ CARNOTA-MARANIELLO, ob.cit., p. 419.

una pretensión material mediante vía sumaria y expeditiva”¹⁹, y como “un instrumento o medio en virtud del cual se pone en ejercicio la garantía de protección judicial de los derechos básicos previstos implícita o explícitamente en las constituciones liberales”. El amparo, además de una garantía, puede ser considerado como “un derecho constitucional en sí mismo”, presentando entonces una doble caracterización: como “derecho fundamental constitucional” y como “una acción al servicio de otros derechos y garantías fundamentales”²⁰.

A su vez, el amparo colectivo, que como vimos es “aquella vertiente del amparo que tutela los derechos de incidencia colectiva”, constituye “una ampliación del amparo individual o clásico” que “involucra tres elementos de la relación jurídica procesal y sustantiva: los derechos, los bienes jurídicos u objetos protegidos, los sujetos legitimados para su interposición y los efectos de sus sentencias”²¹.

El art. 43 de la Constitución Nacional dispone:

“Podrán Interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

El art. 56 de la Constitución Provincial establece:

“Todo habitante de la Provincia, las personas jurídicas reconocidas en la defensa de derechos o intereses de incidencia colectiva y el Defensor del Pueblo, podrán ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridad administrativa provincial o municipal, judicial o legislativa en ejercicio de funciones administrativas, o de particulares, que en forma actual o inminente amenace, restrinja, altere, impida o lesione de manera manifiestamente ilegítima, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los instrumentos

¹⁹ BIDART CAMPOS, *Derecho de amparo*, Bs. As., 1961.

²⁰ CARNOTA-MARANIELLO, 2008:412.

²¹ CARNOTA-MARANIELLO, 2008:450, quienes en materia de antecedentes, informan que si bien se cree que los derechos de incidencia colectiva y su garantía respectiva (amparo colectivo) nacen de la reforma de 1994, al incorporar los arts. 41, 42 y 43 de la CN, una correcta interpretación histórica nos indica que éste tuvo nacimiento incipiente en la Constitución de 1853-60, con cita debate de la Convención revisora de la Prov. de Bs. As. al texto de 1853 respecto a la incorporación de los denominados derechos implícitos (art. 33, CN), en particular la exposición de Bartolomé Mitre (451). Posteriormente, en la década del ochenta, se sitúan precedentes como el recaído in re “Kattan, Alberto E. y otro vs. Poder Ejecutivo Nacional”, del Juzg. 1ª Inst. en lo Cont. Adm. Fed. nro. 2 (ED 105-245) y en, “Ekmekdjian vs. Sofovich, de la CSJN (Fallos 315:1492).

internacionales de protección de los derechos humanos, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados en que la Provincia sea parte.

La acción también procederá cuando exista una afectación o el riesgo de una lesión a derechos difusos o de titularidad colectiva, para la protección ambiental o a derechos del usuario y el consumidor, o en caso de discriminación, así como cuando se desconociera o violara el derecho de libre acceso a la información pública²².

V. CRITERIOS METODOLÓGICOS

Según enseña Platón, para alcanzar el saber es necesario recurrir al camino más adecuado para ello²³. Hay que tener un *methodus* —método—, término traducido normalmen-

²² Además de estos textos, por su relevancia especial en la materia, debe tenerse presente el amparo interamericano regulado en el art. 25, inc. 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos —que goza de jerarquía constitucional, art. 75, inc. 22) CN—, el que establece que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales correspondientes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (Sagüés, 2007, 50). Desde la fuente internacional, también tienen fuerza normativa —Bidart Campos, 2006:384— el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 2º, ap. 3º, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, todos con jerarquía constitucional. Sobre estas normas que “constituyen el basamento supralegal de la acción de amparo, denotan la necesidad de adecuada defensa, por ello se habla de recurso efectivo, rápido y sencillo”, señala Lorenzetti que “llegó la hora de distinguir lo que es breve y sencillo para casos individuales de lo que será breve y sencillo para los conflictos colectivos o supraindividuales” (2010:81).

En el ámbito subconstitucional nacional, diversas normas aportan desde sus respectivos ámbitos de aplicación soluciones sobre la materia, ya sea en la órbita del proceso de amparo o de los procesos colectivos. La ley 16.986, reglamentaria del amparo en el ámbito nacional, debe considerarse vigente en lo que no resulte incompatible con la CN (CARNOTA-MARANIELLO, 2008:417); con relación a ella, debe destacarse que los precedentes judiciales forjados en la provincia de Entre Ríos, con posterioridad a la consagración del amparo en su Constitución de 1933, fueron tomados como base para la redacción de la Ley de Amparo 7166 de la Prov. de Bs. As.; ésta, a su vez, es fuente directa de la ley reglamentaria de la garantía en el orden nacional (conf. BEHERÁN, 1995:14/15) la ley 25.675, que en su art. 30 regula en el ámbito federal el subtipo de amparo denominado “ambiental”, estableciendo y reglamentando de modo mínimo una acción de clase, en tanto que, deducida por alguno de los legitimados para ello, no puede ser interpuesta por los demás, que sólo podrán intervenir en calidad de terceros interesados (conf. GELLI, 2007, t. I, p. 623). La ley 24.240, reglamentaria del art. 42 de la CN, en materia de derechos de usuarios y consumidores (CARNOTA-MARANIELLO, 2008, p. 457). regula las acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales en las relaciones de consumo (LORENZETTI, 2010:23). La ley 8369, reglamentaria del amparo en la Prov. de Entre Ríos contempla, además del amparo individual, los mandamientos de ejecución y prohibición, y el amparo ambiental

²³ Platón, 1982:218d: “Por eso, Tetero, te propongo ahora lo siguiente: como ambos pensamos que la especie del sofista es difícil y dura de capturar [aprehender], practiquemos en un objeto más fácil el *camino* que nos llevará a ella”. El mismo sentido en Fedón, 66b: “Puede ser que alguna senda nos conduzca hasta el fin, junto con el razonamiento, en nuestra investigación”. Se tiene un método cuando se dispone de, o se sigue, cierto ‘camino’ para alcanzar un determinado fin, propuesto de antemano. El método se contrapone al azar, pues es ante todo un orden manifestado en un conjunto de reglas (conf. FERRATER MORA, 1994, voz “método”).

te como “camino”, como forma de ilustrar los itinerarios —y los atajos— que deben transitar por aquel que busca obtener conocimiento.

En esa línea, nos proponemos, a grandes rasgos, respetar tres criterios metodológicos básicos:

1. En lo que hace a la interpretación de los textos constitucionales, seguiremos la tesis propuesta por Goldschmidt, quien divide el proceso interpretativo en cuatro etapas: a) la primera, en la que se averigua el sentido que la colectividad lingüística en la cual se formula la norma, le atribuye; b) la segunda, en la que la búsqueda se dirige a precisar la auténtica voluntad del autor de la norma; c) la tercera, en la que se compara el sentido atribuido a la norma por la colectividad lingüística con la auténtica voluntad del legislador; d) la cuarta, en la que en caso de existir discrepancia entre la norma y la voluntad auténtica de su autor, se adapta la norma, ya sea extendiéndola, restringiéndola o sustituyéndola²⁴. Consecuentemente, consideramos que “las deliberaciones (en el seno de la Convención Constituyente) son vitales para la exégesis y la aplicación del nuevo art. 43²⁵ de la Constitución Nacional”, y su similar provincial²⁶.
2. Tendremos presente que el nombrado art. 43 es una norma *federal* que, como tal, obliga a las provincias. Ello significa que ni las constituciones ni las leyes provinciales pueden disminuir o negar el contenido de la garantía tal como surge de la constitución federal. Este es el piso mínimo que las regulaciones provinciales pueden ampliar o mejorar, pero nunca disminuir²⁷.

²⁴ GOLDSCHMIDT, 1983:255, quien nos advierte que “lógicamente, la interpretación es independiente de la aplicación. Al revés, la aplicación supone lógicamente siempre la interpretación de la norma, ya que la primera supone que la clase a la cual pertenece el caso dado, debe encuadrarse en la norma rectamente interpretada”.

²⁵ SAGÜÉS, 2007:45.

²⁶ Sobre el método de interpretación en materia de amparo, ver SAGÜÉS, 2007, 35. Sobre la relación entre interpretación literal e histórica en materia constitucional, BIDART CAMPOS, 2006, capítulo III, *passim*.

²⁷ BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional*, Volumen II, 2006, p. 385. LORENZETTI, 2010:93. Según Rivas (2003:220), “la impronta constitucional que adquirió el amparo implica que tenemos en ese supuesto un sistema sustancial uniforme en todo el país que tiene prelación directriz sobre las normas y leyes provinciales aun en el ámbito procesal”, en virtud de que “las garantías individuales son las otorgadas por la Constitución Nacional para todos los habitantes del país sin distinción basada en su asentamiento geográfico, calidad personal o autoridad frente a las que se conjuguen, son garantías absolutas [...] el amparo es garantía federal aplicable a todos los habitantes del país [...] cuando los Estados locales se enfrentan con las garantías federales reflejas no pueden pervertirlas, retacearlas o limitarlas; podrían mejorar el sistema protector nacional salvo que con ello pudieran afectar el sistema constitucional, pero nunca hacerlo menos efectivo ni en lo sustancial ni en lo instrumental de modo de generar espacios territoriales en los cuales un derecho o libertad no pueda ser ejercitado con la misma amplitud que en otros” (RIVAS, 1998).

3. Así como vimos que el amparo colectivo es una modalidad del amparo a la que se aplican las reglas y principios que regulan la tutela en general, desde otro punto de vista, constituye una especie de los denominados “procesos colectivos”²⁸.

VI. DIFERENCIAS ENTRE LOS PROCESOS INDIVIDUALES Y LOS COLECTIVOS²⁹

De los criterios metodológicos enunciados en el apartado anterior, creemos conveniente detenernos brevemente en el tercero. La sociedad actual ha pasado de la época de la ilegalidad individual a la era de la ilegalidad masiva, producto de la actividad industrial y posindustrial, de la economía en escala, de la contratación de masas y de la globalización³⁰. Ello determina que desde el derecho —sustantivo y procesal— se dé una respuesta acorde, a fin de que el acceso a la justicia de una mayor cantidad de personas no redunde en una disminución de la calidad. Desde el punto de vista específicamente procesal, se impone la recepción de reglas procesales eficientes para dar respuesta a la litigación en forma colectiva. El derecho procesal debe dejar de operar tan sólo en términos de necesidades e intereses individuales.

En la actualidad, asistimos al auge del litigio colectivo, como respuesta al problema del acceso a la justicia³¹. Es que como ya lo señaló el juez Petracchi, refiriéndose a los derechos de los consumidores y usuarios, existen derechos cuya vulneración es imposible de reparar en un proceso individual. Razones de orden práctico determinan la conveniencia de examinar conjuntamente si el derecho de una persona en particular y de un grupo de ellas ha sido lesionado, resultando un sinsentido exigir tantos procesos individuales como violaciones existieran o afectados existan, ya que en ciertos casos resultaría letra muerta la tutela expedita de los derechos de los usuarios de los servicios públicos consagrada por la Constitución Nacional, si ella se redujera a garantizar a cada usuario el derecho a demandar individualmente el cobro de unos pocos centavos, pese a tener idénticos intereses y una misma causa de accionar que los demás, toda vez que el costo que signi-

²⁸ “El amparo colectivo... no es ni más ni menos que una especie dentro del género de los procesos colectivos” (GIANNINI, 2006:198).

²⁹ Sobre las razones para el empleo de la alocución, ver LORENZETTI, 2010:12. Explica que “la acción es un aspecto especial de una noción más amplia que es el proceso, por lo que corresponde utilizar esta última porque permite comprender tanto la acción como la excepción, la defensa y todas las etapas procesales” y que “para una adecuada caracterización del fenómeno hay que atender al carácter colectivo en el sentido de opuesto a individual, es decir, casos en los que hay discusión sobre bienes transindividuales (colectivos) o grandes grupos de sujetos (intereses individuales homogéneos)”.

³⁰ LORENZETTI, 2010:13. Sobre los fenómenos que originan la existencia de “conflictos colectivos”.

³¹ Aunque no es la única finalidad del proceso colectivo. Al respecto, ver LORENZETTI, 2010, ps. 28 y ss. Particularmente interesante aparece la posibilidad del reparto equitativo de los fondos de reparación que permite la tramitación de un proceso colectivo, “con una lógica similar a la del concurso de acreedores”.

ficaría demandar individualmente a cada uno de ellos superaría claramente el beneficio que podrían obtener. Una interpretación tal equivaldría lisa y llanamente a negar la efectividad de la tutela constitucional³². Por ello, resulta indispensable estudiar mecanismos procesales aptos para permitir decisiones que resuelvan los conflictos colectivos, y encontrar un proceso judicial que se adecue al tratamiento de derechos que exceden el marco de un proceso pensado para resolver problemas individuales³³.

Admitida la conveniencia —*rectius*: necesidad— del proceso colectivo, siguiendo a Antonio Gidi, podemos definirlo como aquel que es promovido por un representante (legitimación colectiva) para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)³⁴. En consecuencia, los elementos esenciales de una acción colectiva son: la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto —expansivo— de la cosa juzgada. Su objeto: proteger los intereses o derechos denominados grupales³⁵, los que siguiendo al autor de referencia, en glosa al art. 81 del Código del Consumidor de Brasil, comprenden los derechos transindividuales —difusos y colectivos— y los pluriindividuales —derechos individuales homogéneos—.

“El derecho difuso es un derecho transindividual e indivisible, que pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero que están vinculadas únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica. El derecho colectivo es también ‘transindividual’ e ‘indivisible’, pero pertenece a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte debido a una relación jurídica. Los derechos individuales homogéneos son derechos individuales divisibles, que tienen un origen común [...]. Como regla general, puede decirse que derechos ‘difusos’ y ‘colectivos’ son los que pertenecen al grupo como un todo, tales como aquellos protegidos por una orden de hacer y no hacer (*injunctio*) o por daños globales del grupo. En contraste, ‘derechos individuales homogéneos’ se conciben para la protección de derechos subjetivos individuales, tales como las acciones colectivas por daños individuales (*class actions for individual damages*)”.

³² Conf. su disidencia in re “Fernández”, CSJN, Fallos 322:3013.

³³ OTEIZA, 2006:25.

³⁴ Según Lorenzetti, “es aquel que tiene pluralidad de sujetos en el polo activo o pasivo, con una pretensión referida al aspecto común de intereses individuales homogéneos o bienes colectivos, y una sentencia que tiene efectos expansivos que exceden a las partes” (2010:75).

³⁵ Conviene resaltar que “uno de los mayores —y preliminares— problemas que enfrenta el tema de los intereses colectivos es el de la proliferación de expresiones que se utilizan para designarlos: supraindividuales, colectivos, difusos, sociales, plurisubjetivos, de grupo, de clase, etc., así como el de su diverso significado” (BUFFARINI, 2006:59).

“El concepto de un ‘derecho transindividual’ (o ‘supraindividual’) sólo significa que el derecho no es individual, sino que existe como una entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos. Trasciende al individuo y, sin embargo, no es una mera colección de derechos individuales [...]. Un derecho ‘transindividual’, tal como la pureza del aire, la limpieza de un río, la veracidad de un anuncio publicitario o la seguridad de los productos, pertenece a la comunidad como un todo, no a individuos específicos o asociaciones, ni al Gobierno. En términos económicos consiste en un ‘bien público’. En consecuencia, este derecho se encuentra situado en medio del derecho público y privado [...]. El derecho es indivisible puesto que no puede ser dividido en pretensiones individuales independientes. Esto significa que es imposible que el derecho se divida en partes atribuidas a cada uno de los miembros del grupo. Los intereses de los miembros están tan íntimamente relacionados que si se satisface a un miembro del grupo, ello implica la satisfacción de las pretensiones de todos ellos³⁶, y cuando los derechos de uno de los miembros son violados, ello implica la violación de los derechos de todo el grupo. Por lo tanto, cuando el derecho es indivisible no es posible limitar la protección legal a miembros específicos del grupo”³⁷.

De los tres tipos de derechos pasibles de litigación colectiva, la categoría formada por los derechos individuales homogéneos es la más discutida. Estos “son los mismos derechos individuales que tradicionalmente han sido conocidos en el sistema de derecho civil como ‘derechos subjetivos’. El nuevo concepto de derechos individuales homogéneos sólo refleja la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción”³⁸, éstos “son derechos de un origen común [...]. Es crucial a este concepto de ‘origen común’ que los derechos individuales tengan la misma o semejante causa de pedir. Esto es lo que define a los derechos individuales como ‘homogéneos’, y permite que se les dé un trato y una sentencia uniformes. Los derechos o pretensiones continúan —sin embargo— siendo solamente una colección de derechos individuales personales separados (derechos subjetivos) individualmente apropiados por cada miembro del grupo”³⁹.

³⁶ BUFFARINI, 2006:70, “La indivisibilidad marca la imposibilidad de que lo colectivo [...] sea tomado como sumatoria de intereses o derechos simplemente individuales: al lograrse la protección del derecho de uno de los miembros del grupo a su vez se satisface al resto”.

³⁷ GIDI, 2004:52 y ss.

³⁸ Conviene aclarar sobre estos derechos que, si bien son reconocidos como de incidencia colectiva, en tanto que su lesión puede afectar a todos los miembros que integran un determinado grupo (más o menos debilitado), nada obsta a que cada uno de sus titulares —individualmente considerados— deduzca su propia y personal pretensión resarcitoria, ello en función de su carácter divisible (BUFFARINI, 2006:71).

³⁹ GIDI, 2004:62. Pérez Ragone, siguiendo también la clasificación que recepta el Código de Defensa del Consumidor brasileño en su artículo 81, señala que los intereses multisubjetivos comprenden:

Corresponde tener presente que independientemente de las críticas que merezcan los derechos colectivos, aun su inexistencia desde el punto de vista sustancial “no impediría que se pueda hablar de un ‘derecho colectivo’ en lo procesal. Esto es, un proceso que se abstrae de la existencia o no de un derecho sustancial colectivo, pero que resulta el único medio o camino idóneo para realizar los valores constitucionales y el derecho sustancial derivado, intentando brindar un marco para realizar y dirimir conflictos con complejidad y pluralidad de sujetos en torno a un interés”⁴⁰.

En definitiva, señala Pérez Ragone que “argumentos de técnica procesal y normativos pueden muy bien legitimar y justificar la creación de mecanismos que permitan dirimir conflictos de intereses o derechos, sean o no sustancialmente calificables de ‘colectivos’, reconociéndoles virtualidad jurídica. No nos resulta contradictorio en este caso partir de la norma justificativa procesal para reconocer una realidad sustancial (grupos, comunidades, colectividades). Procesalmente no queda claro si un ‘conflicto colectivo’ se funda en un ‘derecho colectivo’ (al menos en los denominados ‘derechos individuales homogéneos’ no resulta tan evidente). Solo sabemos con certeza que ese ‘conflicto colectivo’ que manifiesta una posible necesidad de rectificación y realización del derecho material, sea

“Intereses pluriindividuales, los que son denominados intereses o derechos individuales homogéneos, definibles como aquellas incumbencias pluriindividuales con un origen fáctico en común, divisibles y en los cuales la tutela multisubjetiva puede efectivizarse por la invocación de la vulneración de cada uno de los miembros. Cada uno de los interesados es perfectamente individualizable y pueden requerir tutela sólo para su interés o a título homogéneo expansivo para el resto. En esta categoría se da una sumatoria por complementariedad.

Intereses transindividuales, entendidos éstos como casos donde el litigio es esencialmente colectivo y su objeto por naturaleza es indivisible. En este caso deben mencionarse las siguientes subespecies:

b.1) Intereses difusos en los cuales su transindividualidad se determina por su naturaleza indivisible y porque sus titulares son personas indeterminadas ligadas apenas por circunstancias fácticas, verbigracia, en los supuestos del daño al medio ambiente o impugnación de condiciones generales de contratación que no se adecuen a los requisitos establecidos por la autoridad, la circunstancia fáctica y la indeterminación de los sujetos afectables emerge a las claras, esto no implica que no puedan identificarse afectados o damnificados directos, lo cierto es que la indeterminabilidad de los sujetos alcanzados actual o eventualmente implican un *numerus apertus* de titulares;

b.2) Intereses o incumbencias colectivos, en los cuales su transindividualidad se determina por la naturaleza indivisible en tanto el sujeto titular sea un grupo o categoría o clase de personas ligadas entre sí por una relación jurídica base, verbigracia, los supuestos de discriminación contra los grupos asociacionales permanentes o circunstanciales, por pertenencia a una determinada comunidad religiosa o cultural, etc.

La correcta distinción entre intereses difusos y colectivos depende de la adecuada fijación del objeto del litigio tanto de lo pedido como de la causa petendi. La diferencia específica la da el dato de la indeterminación de los sujetos, ya que en los intereses colectivos los sujetos son determinables sobre la base de la relación jurídica de base” (2006, 109/110).

Para este autor, estas clasificaciones deben ser flexiblemente interpretadas, diagramando en definitiva un cuadro clasificatorio compuesto por:

Derechos/intereses subjetivos.

Derechos/intereses multisubjetivos.

a) pluriindividuales (intereses homogéneos),

b) intereses transindividuales: b.1 interés difuso, b.2 interés colectivo.

⁴⁰ PÉREZ RAGONE, 2006:84.

cual fuere su naturaleza, no puede ser llevada a cabo con el mecanismo procesal 'individual' clásico"⁴¹.

VII. COMPETENCIA

La competencia de los jueces para entender en un amparo federal se encuentra regulada en el art. 4º de la ley 16.986, según el cual "será competente para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto. Se observarán en lo pertinente las normas sobre competencia en razón de la materia salvo que aquellas engendraran dudas razonables al respecto, en cuyo caso el juez requerido deberá conocer la acción. Cuando un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas esas acciones el juzgado que hubiese prevenido, disponiéndose la acumulación de autos, en su caso".

En cambio, en el terreno local, según el art. 4º de la ley 8369, "será competente para entender en la acción cuando se trate de amparo contra decisión, hecho, acto u omisión de autoridad o particular, el juez sin distinción de fueros o Sala de Cámara con jurisdicción en el asiento de esa autoridad o del particular, el del lugar del hecho o el del domicilio del afectado, a su opción".

VIII. SUBTIPOS O CLASES DE AMPARO

1. El amparo en los derechos de incidencia colectiva

Una de las reformas propuestas por la Convención Revisora de la Provincia de Buenos Aires de 1860 —tomando como base la Constitución de EE. UU. — fue la incorporación de una cláusula que contempla los derechos implícitos (art. 33, CN)⁴².

Más allá de las apreciaciones que realizan Sarmiento y Vélez Sársfield acerca de la naturaleza iusnaturalista de la norma propuesta⁴³, es la polémica Estévez Seguí – Barto-

⁴¹ PÉREZ RAGONE, 2006:92. Con relación a los intereses individuales homogéneos, Lorenzetti afirma en esta línea que "hay numerosos sujetos. El problema es entonces de organización de la justicia (no del tipo de bien jurídico) y ha dado lugar a las acciones de clase, que permiten canalizar los daños masivos" (2010:20).

⁴² Este artículo fue incorporado en 1860 y tuvo como fuente la enmienda IX de la Constitución de los EE. UU. CARNOTA, Walter F., "Los derechos implícitos y las tradiciones jurídicas. A propósito del bicentenario del *Bill of Rights* norteamericano", en JA, 30 de mayo de 1990, ps.1 y ss.

⁴³ Ver el análisis de FARBER, Daniel, *Retained by the People (The "Silent" Ninth Amendment and the Constitutional Rights Americans don't know they have)*, New York, Basic Books, 2007, ps. 21 y ss.

lomé Mitre (acerca de la conveniencia de la incorporación del artículo de los derechos implícitos) la que realiza un gran aporte a la existencia histórica de los derechos colectivos.

Bartolomé Mitre le responde a Estévez Seguí (quien se oponía a la incorporación de la cláusula constitucional, sosteniendo que la fórmula del art. 19 de la Constitución Nacional abarcaba todos los derechos que podían asistir a los habitantes de la Confederación) y pronuncia las siguientes palabras:

“...Así es que pido Sr. Diputado se fije en esta distinción fundamental: esto no es para los individuos, para las acciones aisladas, ni para los derechos del ciudadano, sino para los derechos del pueblo, para ese ser colectivo que se llama humanidad...”.

A la luz de los antecedentes expuestos, la extensión del enunciado normativo incluye dentro de los derechos implícitos, los derechos colectivos y la respectiva garantía que los resguarde en los supuestos de conculcación⁴⁴.

Luego, con la reforma constitucional de 1994 se plasmaron expresamente en el art. 43, párrafo segundo de la Constitución Nacional las dos clases de amparo colectivo, los de incidencia colectiva en particular específica y los generales implícitos. Entre los primeros tenemos: a) el derecho a la no discriminación, b) medio ambiente, c) libre competencia, d) salud, e) usuarios y consumidores.

Y, por otro lado, los generales implícitos, que son los que no están enunciados, aunque son múltiples manifestaciones de los derechos sectoriales de los grupos que integran la sociedad, que no han encontrado hasta la reforma protección jurisdiccional, con la simple excusa por parte de los tribunales de justicia de que si no está suficientemente probada la lesión de un derecho individual, ningún particular o asociación representativa puede estar en juicio en defensa de los derechos públicos o colectivos que tienen la sociedad o los grupos o sectores que lo integran.

La nueva norma constitucional viene a hacer explícito lo que los convencionales de 1860 pensaron y que bastaba dejar implícito, dentro del amplio estándar de los derechos que nacen de “la soberanía del pueblo y de la forma republicana de Gobierno”. El quid de la cuestión estaba en determinar, de un modo suficientemente explícito, lo relativo a la legitimación procesal para estar en juicio en defensa de los derechos públicos de la sociedad, aun a despecho de que no existiera un daño preciso para un particular afectado.

En el ámbito provincial la mayoría de las constituciones no regulan en forma precisa la legitimación para estar en juicio ante los tribunales en defensa de los derechos colectivos

⁴⁴ MARANIELLO, Patricio Alejandro, “Génesis y actualidad del amparo colectivo en la República Argentina”, Revista Jurídica del Perú, Lima, octubre de 2003, p. 14.

de la sociedad, porque aun los textos que tiene alguna regulación en tal sentido resultan notablemente insuficientes.

En la provincia de Santa Fe, por ejemplo, ha tenido que ser la puerta de acceso a la justicia en reparación a los derechos públicos, frente al silencio constitucional. Ha sido la ley 10.000 la que ha permitido actualizar la ya insuficiente constitución provincial.

Siendo las garantías constitucionales contenidas en la Constitución Nacional (art. 31)⁴⁵, no puede discutirse que éstas no sean de aplicación directa en todo el territorio de la Nación, sin que cada autonomía provincial pueda invocarse como potestad no delegada y que no deba ceder frente a la superior y mejor protección de la Constitución federativa. La regulación del amparo colectivo en la nueva Constitución Nacional mejora sustancialmente en aras de la mayor protección de los derechos públicos subjetivos de la sociedad, un régimen de tutela ya consagrado en el derecho público provincial.

2. El amparo colectivo contra toda forma de discriminación

El derecho a la no discriminación, si bien se encuentra regulado en el art. 43, párrafo segundo de la Constitución Nacional como una forma de amparo de incidencia colectiva específico, las clases o tipos de discriminación protegida no las encontramos enunciadas en aquélla, sino en el Pacto de San José de Costa Rica, en cuyo artículo 1º establece la obligatoriedad de los Estados, de respetar los derechos y las libertades reconocidas en el Pacto "sin discriminación alguna con motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Además, se incluyen todas las formas de discriminación racial o contra la mujer.

Muchas veces se ha entendido que cuando una persona sufre un acto discriminatorio su protección se efectúa a través del amparo individual, pero el actual art. 43 de la Constitución Nacional ha considerado que todo accionar discriminatorio será protegido mediante la interposición de un amparo colectivo, atento a no estar afectada sólo una persona, sino el grupo de individuos que revisten las mismas condiciones discriminatorias, que no tienen fronteras geográficas ni sociales.

Por lo tanto, el amparo contra la discriminación encuentra su garantía en el citado art. 43, párrafo segundo, y las diferentes manifestaciones discriminatorias las encontra-

⁴⁵ CARNOTA-MARANIELLO, *Constitución Nacional de la República Argentina*, Grün, 2007, p. 13.

mos, como una suerte de complemento a la defensa constitucional, detalladas en el art. 1º del Pacto de San José de Costa Rica, cumpliendo de este modo lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, que le ha dado a los instrumentos internacionales jerarquía constitucional con alcances complementarios de la propia Constitución.

3. El amparo ambiental

En el amparo ambiental existen particularidades especificadas, tales como los requisitos de admisibilidad, la legitimación activa y también pasiva para accionar ante la justicia en protección del derecho conculcado, las medidas urgentes y el rol del juez. Estamos frente a un amparo muy específico que no puede estar dentro de un amparo colectivo general, sino que tiene características y regulaciones propias; es por ello que consideramos que existe un amparo general llamado “amparo de incidencia colectiva”, y dentro de éste se encuentra el “amparo ambiental”.

Este último, si bien tiene como matriz el amparo de incidencia colectiva, reviste características muy particulares que hacen su regulación específica.

Entre éstas debemos destacar lo regulado en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675, sancionada en el año 2002, donde entre sus muchas y variadas temáticas tiene algunas cuyas peculiaridades nos llevan a fundamentar su especificidad procesal y sustantiva.

El art. 41 del nuevo texto constitucional dispone que “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer la de las generaciones futuras y tienen el deber de preservarlas”.

El art. 32 de la ley citada nos indica que “...el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie...”. Aquí la aplicación del *pro actione* no sólo es un principio más de derecho, sino que es el principio rector de toda acción ambiental, empalmándose con la noción de acceso a la justicia, sin que los jueces puedan rechazar *in limine* por defectos formales en aras de protección al libre e irrestricto acceso a la justicia.

El artículo continúa diciendo “...el juez podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida preparatoria, podrán solicitarse medidas urgentes, aun sin audiencia de la parte

contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse....”.

Este punto está diseñado a los fines de que el juez interviniente salga de su rol neutral, pasivo, legalista y espectador del proceso para convertirse en parte de éste con un mayor compromiso social, y con una protección integral de los derechos en juego para nuestras generaciones y las futuras. Como dice Morello⁴⁶, el proceso colectivo exige un *aggiornamento* de técnicas jurídicas diferenciadas, flexibles, menos formalistas y más teleológicas, o lo que el mismo autor llama proceso *vivo*⁴⁷. Por lo tanto, el amparo ambiental no admite limitaciones formales —*pro actione*—, reviste amplitud en el otorgamiento de medidas urgentes, y el rol del juez adquiere una función de parte involucrada y responsable dentro del proceso vivo ambiental.

4. El amparo del usuario y del consumidor

Este derecho se encuentra regulado en el art. 42 de la Constitución Nacional, que dice que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

En la Argentina se ha dictado la ley 24.240 (y sus modificaciones) de Defensa del Consumidor, que tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. A todos sus efectos, consideran consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social.

La Secretaría de Industria y Comercio será la autoridad nacional de aplicación de la presente ley. Los Gobiernos provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades locales de aplicación, ejerciendo el control y la vigilancia sobre el cumplimiento de la presente ley y sus normas reglamentarias respecto a los hechos sometidos a su jurisdicción. Las provincias, en ejercicio de sus atribuciones, podrán delegar sus funciones en organismos de su dependencia o en los Gobiernos municipales.

Este amparo protege una gama muy abarcativa de derechos y reviste la particularidad de una protección previa por la información y la igualdad de trato.

⁴⁶ MORELLO, Augusto, “Del proceso individual al proceso colectivo”, p. 37 y ss., ED 1999.

⁴⁷ MORELLO, Augusto M. - CAFFERATTA, Néstor, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Buenos Aires, 2004, p. 199.

5. El amparo electoral

El art. 10 del Código Electoral Nacional (en adelante CEN) instrumentó un amparo ante cualquier juez electoral, magistrado próximo o cualquier funcionario provincial o nacional, a favor del elector privado de sus inmunidades, de su libertad o seguridad, o a quien se le niega el ejercicio del sufragio. El artículo 11 idea otro amparo, también a favor del elector, para que le sea entregado su documento cívico retenido indebidamente por un tercero. En este caso sólo interviene el juez electoral.

A continuación se transcriben los artículos de relevancia para su mejor comprensión:

- Art. 11 del CEN: “Retención indebida de documento cívico. El elector también puede pedir amparo al juez electoral para que le sea entregado su documento cívico retenido indebidamente por un tercero”.
- Art. 129 del CEN: “Negativa o demora en la acción de amparo. Se impondrá prisión de tres meses a dos años al funcionario que no diere trámite a la acción de amparo prevista en los artículos 10 y 11 o no la resolviera dentro de las cuarenta y ocho horas de interpuesta e igual pena al que desobedeciere las órdenes impartidas al respecto por dicho funcionario”.
- Art. 147 del CEN: “Al efecto de sustanciar las acciones de amparo a que se refieren los artículos 10 y 11 de esta ley, los funcionarios y magistrados mencionados en los mismos resolverán inmediatamente en forma verbal. Sus decisiones se cumplirán sin más trámite por intermedio de la fuerza pública, si fuere necesario, y en su caso serán comunicadas de inmediato al juez electoral que corresponda. La jurisdicción de los magistrados provinciales será concurrente, no excluyente, de la de sus pares nacionales. A este fin los jueces federales o nacionales de primera instancia y los de paz mantendrán abiertas sus oficinas durante el transcurso del acto electoral. Los jueces electorales podrán asimismo destacar el día de elección, dentro de su distrito, funcionarios del juzgado, o designados ad hoc, para transmitir las órdenes que dicten y velar por su cumplimiento.
Los jueces electorales a ese fin deberán preferir a los jueces federales de sección, magistrados provinciales y funcionarios de la justicia federal y provincial”.

De los artículos citados surgen dos tipos: 1) el amparo electoral de votación y 2) el amparo electoral documental.

6. El amparo sindical

Creado por la ley 23.551, tiene dos manifestaciones. Una es el amparo-tutela, en pro de todo trabajador o asociación sindical impedidos u obstaculizados en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical (art. 47); y la otra, el amparo-exclusión, que tiene por fin privar a ciertos trabajadores (delegados de personal, dirigentes o representantes de determinadas asociaciones) de la estabilidad especial que les otorga la ley, a fin de que el empleador pueda suspender o despedir, o modificar sus condiciones de trabajo (art. 52). Ambos se regulan por el trámite del proceso sumarísimo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

7. El amparo impositivo, ley 11.683 (t. o. 1978, ley 21.858)

El art. 182 de la ley 11.683 establece que “la persona individual o colectiva perjudicada en el normal ejercicio de un derecho o actividad por demora excesiva de los empleados administrativos en realizar un trámite o diligencia a cargo de la DGI, o de la Administración General de Aduanas, podrá ocurrir ante el Tribunal Fiscal mediante recurso de amparo de sus derechos”.

El Tribunal, si lo juzgare procedente en atención a la naturaleza del caso requerirá del funcionario a cargo de la DGI o de la Administración General de Aduanas que dentro de breve plazo informe sobre la causa de la demora imputada y forma de hacerla cesar (art.183 de la ley citada).

El Vocal Instructor deberá sustanciar los trámites previstos en la primera parte del presente artículo dentro de los tres (3) días de recibidos los autos, debiendo el Secretario dejar constancia de su recepción y dando cuenta inmediata a aquél.

Cumplimentados los mismos, elevará inmediatamente los autos a la sala, la que procederá al dictado de las medidas para mejor proveer que estime oportunas dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de la elevatoria, que se notificará a las partes.

Las resoluciones sobre la cuestión serán dictadas prescindiendo del llamamiento de autos y dentro de los cinco (5) días de haber sido elevados los autos por el Vocal Instructor o de que la causa haya quedado en estado, en su caso.

Contestado el requerimiento o vencido el plazo para hacerlo, podrá el Tribunal resolver lo que corresponda para garantizar el ejercicio del derecho del afectado, ordenando en su caso la realización del trámite administrativo o liberando de él al particular mediante el requerimiento de la garantía que estime suficiente.

8. El amparo por mora de la Administración. Régimen Nacional de Procedimientos Administrativos, ley 19.549

El art. 28 de la ley 19.549 establece que “el que fuere parte en un expediente administrativo, podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado.

Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable.

Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes”.

Como se puede observar, este amparo es similar al amparo impositivo, con la diferencia en la materia aduanera que reviste este tipo de acción.

9. El amparo aduanero. Código Aduanero, ley 22.415

Se encuentra regulado en el art. 1660, que establece: “La persona individual o colectiva perjudicada en el normal ejercicio de un derecho o actividad por demora excesiva de los empleados administrativos en realizar un trámite o diligencia a cargo del servicio aduanero podrá ocurrir ante el Tribunal Fiscal mediante recurso de amparo de sus derechos”.

El Tribunal Fiscal, si lo juzgare procedente en atención a la naturaleza del caso, requerirá del Administrador Nacional de Aduanas que dentro de breve plazo informe sobre

la causa de la demora imputada y forma de hacerla cesar (art. 1161 del Código Aduanero).

Contestado el requerimiento o vencido el plazo para hacerlo podrá el Tribunal Fiscal resolver lo que corresponda para garantizar el ejercicio del derecho afectado, ordenando en su caso la realización del trámite administrativo o liberando de él al particular mediante el requerimiento de la garantía que estimare suficiente.

10. El amparo previsional. Ley de Solidaridad Previsional, 24.655.

El art. 2º de la Ley de Solidaridad Previsional establece que los juzgados (Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social) creados por la presente serán competentes en resolver las demoras sufridas por los accionados; en cuando a su procedimiento tendrá los mismos lineamientos que el amparo por mora previsto en el art. 28 de la ley 19.549, modificada por la ley 21.686, en materia de Seguridad Social.

11. El amparo por salud

A lo largo del tiempo este concepto ha variado, pues originariamente se lo vinculaba a la ausencia de enfermedades, pero luego evolucionó hasta comprender el completo bienestar físico, psíquico y social, que ha significado, además, “la asistencia para el adecuado desarrollo del ser desde antes de su nacimiento y el mejoramiento de su calidad de vida”. En tal sentido, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1948 se define a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia. Dentro del contexto de la promoción de la salud, ésta ha sido considerada no como un estado abstracto, sino como un medio para llegar a un fin, como un recurso que permite a las personas llevar una vida individual, social y económicamente productiva. La salud es un recurso para la vida diaria, no el objetivo de la vida. Se trata de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales, así como las aptitudes físicas⁴⁸.

El concepto de salud, conforme el sentido que le atribuye la Organización Mundial de la Salud, tiene un extenso alcance, y comprende el completo bienestar físico, men-

⁴⁸ HERNÁNDEZ, Antonio M, “Reflexiones constitucionales sobre el derecho a la salud”, académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en www.acader.unc.edu.ar.

tal y social, superando a aquel limitado que lo reduce a la mera ausencia de enfermedades⁴⁹.

Ese bienestar —de amplio espectro— reconoce un derecho cuya finalidad es garantizarlo, tal el conocido como “derecho a la salud”, de naturaleza fundamental en razón del respeto y promoción de la persona humana cuya realización implica.

Este “derecho a la salud” constituye hoy en día un “derecho personalísimo” indiscutible, ostentando además raigambre constitucional, dado que su reconocimiento y protección se desprenden de varias disposiciones de la Carta Magna (arts. 41, 42, 75, incs.19 y 23, etc.).

En los autos: “Zaracho Silvia y otros vs. OSDE SA s/amparo y medida cautelar”, expediente nro.47.333, la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, Prov. de Chaco, con fecha 7 de octubre de 2010 resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la accionada OSDE BINARIO donde se había promovido acción de amparo en contra de la obra social antes nombrada por haber el *a quo* hecho lugar a aquélla, ordenando a la accionada proporcione los medios necesarios para realizar el tratamiento de fertilidad solicitado por la accionante Silvia Ramona Zaracho, que no podía ser costeadado por la pareja debido al alto importe de dinero que significaba cada intento, planteando que existía por parte de OSDE una arbitrariedad e ilegalidad manifiesta en su proceder, desde que se negaban a cubrir la fertilización asistida por técnica ICSI, con el fundamento de que el tratamiento en cuestión se encuentra excluido del PMO (Prestación Médica Obligatoria); se dijo que el derecho a la vida resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de los otros bienes; por otra parte, tiene como objeto a la misma existencia sustancial del hombre, que es el sustrato en el que infieren las restantes perfecciones humanas existencialmente no autónomas.

Dicho fallo transcribió la comprensión del derecho a la salud desde una visión holística, integradora, como derecho personalísimo y de incidencia colectiva, a la luz de su jerarquía constitucional: “El estudio del derecho a la salud no tiene sentido, emancipándolo de la vida. La salud representa un delicado equilibrio que garantiza la continuidad de la vida. El derecho a la vida no abarca sólo un período, sino toda la vida”. Con esta tendencia, indicó: “...cabe referirse a la salud no solamente en relación a las condiciones corporales y fisiológicas de la persona, sino señalando su inserción en el medio social, tal como

⁴⁹ PEYRANO, Guillermo F. , “El derecho personalísimo a la salud y su protección”, Revista de la Colección de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, El Derecho, Buenos Aires, 2007.

aparece definida en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud: La salud no es algo puramente negativo, como si la salud, en general, consistiere en la simple exclusión de la enfermedad corporal y de las tareas físicas, como si la salud mental, en particular, no significara otra cosa que la ausencia de toda alienación o anomalía. La salud comprende positivamente el bienestar espiritual y social de la humanidad y, por este título, es una de las condiciones de la paz mundial y de la seguridad común”. Por lo tanto, se trata de un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de afecciones o enfermedades. Y, específicamente, es pertinente adunar que en el marco de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en 1994 en El Cairo, a la cual la Argentina asistió como Estado participante, fue aprobado un Programa de Acción sobre la base de los siguientes principios: “Principio 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Toda persona tiene los derechos y las libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (...). Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal (...). Principio 8: Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual”.

A través de lo normado en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución, el Estado Nacional resulta haber asumido la calidad de “garante” de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales, y así lo ha declarado recientemente la CSJN en pronunciamientos reiterados en esta materia. Esto no implica que estén a su cargo todas las prestaciones ni las tareas en materia de salud. De hecho, la Corte ha señalado que ser “garante” obliga al Estado Nacional a garantizar el derecho a la salud en el momento en que su cobertura resulte necesaria.

Abramovich y Pautassi señalan que cabe destacar que en el caso “Campodónico de Beviaqua” la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso, precisamente a partir de la interpretación del artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, imponer al Estado Federal la obligación de garantizar prestaciones básicas de salud pública cuando habían fallado en proveerlas sectores privados y las propias provincias. Allí el Tribunal estableció que más allá de la distribución de competencias entre el Estado Federal y las Provincias, le corresponde al Estado Nacional una obligación de garante final de los derechos consagrados en los tratados internacionales, en particular con relación al

derecho a la salud; y que el Estado Nacional no podía excusarse en el incumplimiento de las instancias provinciales, para no cumplir con su propia obligación. Señalan también los mismos autores, que la ley 23.661 —que continúa vigente— crea el Sistema de Seguro Nacional de Salud, que otorga al Estado Nacional un rol de rector y garante final de todo el sistema, dado que el Estado Federal asume ciertas obligaciones, sin perjuicio de las que tienen las provincias en su ámbito de acción. Se remarca, sin embargo, que el argumento central de la Corte no se basa en la ley, sino en el artículo 28 de la Convención, por lo que se considera posible pensar que la extensión de responsabilidad subsidiaria al Estado Federal podría darse en relación con otros asuntos vinculados al derecho a la salud, aun cuando fueran más allá del marco de la ley, e incluso a otros derechos sociales vinculados con la política de salud. Especifican que se trata sin duda, de un principio con indudable impacto en la visión tradicional de la organización federal argentina, y que podría afirmarse que la incorporación del derecho internacional en el ámbito interno no desplaza las competencias de las provincias, sino que las preserva. Ello así, por cuanto aquellas mantienen su obligación de aplicar tanto la Constitución Nacional como los Tratados de Derechos Humanos en sus propios ámbitos de competencia, y por sus propias instancias estatales.

Lo que implica que la responsabilidad de las provincias y de los municipios sobre facultades delegadas y/o descentralizadas en materia de salud es ineludible.

Con relación a la calidad de garante del Estado Nacional, el Dr. Guillermo Horacio Corti ha señalado: "... Resulta notorio que los poderes constituidos, para asegurar el ejercicio y goce de los derechos básicos, deben estar organizados para ello, en particular en cuanto a sus estructuras ejecutivo-administrativas"⁵⁰.

IX. EL AMPARO COMO UN PROCEDIMIENTO INTERDICTAL

El problema parte de la caracterización formal que corresponde y que no admite un proceso controvertido, sino un procedimiento "interdictal", y justamente es eso lo que señalan los votos en disidencia en el caso "Kot", que firman Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte (consid. 11) cuando dicen: "Por su naturaleza y sus fines es una especie de interdicto sumarísimo que el juzgador debería instituir y tramitar, sin audiencia de la contraparte, en reemplazo de los procedimientos ordenados por la ley"⁵¹.

Pero de esta disidencia muy bien fundada, aunque minoritaria, surgen dos puntos

⁵⁰ BOMPLAND, Viviana, en su artículo "Derecho a la salud en el derecho internacional".

⁵¹ www.semanariojuridico.info/nbibliografica/ver/1/1/6.

fundamentales: que se trata de un "interdicto", esto es, casi una "providencia cautelar" (Calamandrei), y que no debe haber controversia (contraparte) porque no hay en juego derechos subjetivos, sino que el fin del arbitrio es el restablecimiento del orden jurídico alterado por el acto o hecho lesivo.

Esta es la tesis que surge del art. 8º de la ley 16.896, pues en él se dispone sólo que debe requerirse al autor del acto o hecho lesivo (según sea oficial o particular) un "informe"; no convocarlo como "parte", o sea, con todos los derechos subjetivo-formales que corresponden a los sujetos de la litis en un proceso contencioso. Es decir, que, en definitiva, se trata de un proceso unilateral, como lo menciona José Luis Lazzarini en la 2ª edición de su obra *El juicio de amparo*⁵².

Pero hoy vemos que no sólo es un proceso netamente contencioso, donde el informe circunstanciado que deberá presentar la contraparte (según el art. 8º de la ley 16.986) son verdaderas contestaciones de demanda, con amplias peticiones de producción probatorias, sino que además el amparo se ha ordinario, transformándose en una verdadera acción ordinaria de conocimiento, donde existen casos cuya sentencia se obtiene luego de cinco o seis años, o más, de trámites; lejos está el plazo de diez (juez de primera instancia) o quince (Cámara de Apelaciones) días del art. 34, inc. 3º. d) del CPCCN, o los tres días del art. 11 de la ley 16.986.

Para solucionar este grave deterioro del instituto debemos volver a sus orígenes, donde el amparo era considerado interdictal sumarísimo, rápido y expedito, dejando todo lo que no se pudiera resolver de un modo urgente, a otro tipo de acción.

X. LOS PLAZOS DE CADUCIDAD DEL AMPARO

El artículo 2º inc. e) de la ley 16.986 dispone que el amparo no sea admisible cuando "...la demanda no hubiese sido presentada dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse..."⁵³.

La ley citada ha establecido un plazo de caducidad de quince días hábiles a los efectos de otorgar estabilidad a los actos estatales, lo que exige que su impugnación sobrevenga en cierto tiempo, presuponiéndose que su transcurso los consolida, lo que equivale a resguardar el valor seguridad jurídica.

⁵² Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, La Ley, Bs. As., 1987, p. 280, 2º. párrafo.

⁵³ El art. 6º del ordenamiento bonaerense legisla en sentido similar, aunque con mayor precisión, ampliando a treinta días el plazo.

Se ha justificado la restricción que emplaza el inciso en estudio, con la invocación del valor “seguridad jurídica”, la existencia de una especie de consentimiento tácito del afectado, la concepción del amparo con carácter excepcional y el respeto del principio de división de poderes. El plazo de caducidad pone en cabeza del amparista la exigencia de obrar con diligencia y celeridad para interponer la acción⁵⁴.

El plazo de caducidad de quince días corre la suerte de sanción para el legitimado en la pretensión de amparo por su negligencia en demorar la interposición de dicha acción y no acudir rápidamente a la justicia para velar por sus derechos lesionados.

La improcedencia del amparo interpuesto fuera del plazo establecido en el inc. e) del art. 2º de la ley 16.986 provocó en doctrina y jurisprudencia variadas consideraciones y críticas, que intentaremos esbozar a continuación.

1. Distintas posturas

En este punto podemos abordar el análisis desde dos posturas bien diferenciadas en doctrina.

a) Posición a favor del plazo de caducidad

Una primera postura sería la que se desprende del voto mayoritario del fallo Plenario⁵⁵ de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, en autos “Capizzano vs. IOS”, que se expresa a través del voto del Dr. De las Carreras. Posición ésta que parte de la nota de expeditividad y de rapidez del amparo, pero concluye que, precisamente, por tal fisonomía procesal, fijar un plazo para que el interesado lo promueva, so pena de caducidad de la acción, es perfectamente lógico (de lo contrario, resultaría que si el afectado se toma un largo tiempo para introducir el amparo, ello significa que no estaba urgido para plantearlo y que, por ende, precisaba de una acción expedita y rápida, según la dibuja el mentado art. 43, CN. Podría ir, como se infiere de su propia conducta pausada, a las vías ordinarias)⁵⁶.

Se sostiene también que “...estamos frente a un derecho excepcional que sólo procede en situaciones de imprescindible necesidad y que la reforma constitucional se limita

⁵⁴ Es dable recordar aquí la doctrina del caso “Sagüer” de la Cámara Nacional Civil, Sala D, 19/4/1968, ED 23-427.

⁵⁵ Cámara Nacional Federal Civil y Comercial en los autos caratulados: “Capizzano de Galdi, Concepción vs. Instituto de Obras Sociales”, del 06-03-1999.

⁵⁶ SAGÜÉS, NESTOR P., “El plazo de caducidad de la ley de amparo ante la reforma constitucional”, Buenos Aires, Abril 5 de 2000, nro. 6188, p. 21.

a ampliar el alcance de los derechos y garantías protegidos...”, “a innovar en materia de legitimación y a prever la eventual posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de la norma en la base del acto lesivo”. Como también la necesidad de que exista un procedimiento que la reforma a la Constitución no aporta. Que la ley general posterior no deroga la ley anterior especial, salvo que existiere incompatibilidad entre ellas. Que debe existir un plazo para el ejercicio de la acción, ya que éste no puede quedar librado a la discrecionalidad de los jueces y que, por lo tanto, al no estar vedado en la Constitución, en la especie debe aplicarse el plazo de caducidad que contempla la ley 16.986 en su art. 2º, inc. e)⁵⁷.

A su turno, Sagüés⁵⁸ establece que no cabe considerar que la reforma constitucional haya instrumentado un régimen normativo autosuficiente, alérgico a reglamentaciones razonables, y que el art. 43 sea operativo no determina que sea hermético. Este autor estima atractiva la posición del voto mayoritario considerando que no parece absurdo, sino coherente con el comprimido y urgente proceso de amparo, fijar el referido plazo. Precizando que si el afectado dilata la articulación del amparo, significa que no estaba apurado para plantearlo.

También se ha entendido, en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, que la ley 16.986 debía seguir aplicándose, en cuanto no se opusiera al art. 43 de la Constitución.⁵⁹

Siendo esta postura la que admite la subsistencia actual del art. 2º, inc. e, la habitualmente mayoritaria en la experiencia jurisprudencial⁶⁰.

Un desarrollo mucho más profundo lo ha efectuado el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en la acción declarativa “Gil Domínguez” del 27 de diciembre de 2007. En los autos citados se presenta el actor por derecho propio y solicita al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad y pérdida de vigencia *erga omnes* —conf. arts. 113, inc. 2º, y 17 y concs. de la ley 402— del artículo 4º de la ley 2145 (texto según ley 2243) publicado en el Boletín Oficial nro. 2614, por vulnerar dicha disposición el artículo 43 de la Constitución Nacional, el artículo 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el artículo 12 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el artículo 30 de la ley 25.675. En ese orden de ideas, identifica el amparo como un derecho humano fundamental, consagrado constitucionalmente, cita diversos prece-

⁵⁷ SABSAY, Daniel - ONAINDIA, José Miguel, *La Constitución Nacional, comentada y anotada*, Errepar, 1999, p.30.

⁵⁸ SAGÜÉS, Néstor P. “El plazo de caducidad de la ley de amparo ante la reforma constitucional”, Buenos Aires, abril 5 de 2000, nro. 6188, p. 21

⁵⁹ Conf. SPOTA, Alberto A., “Análisis de la acción de amparo en los términos del art. 43”, ED 163-767, p. 17.

⁶⁰ GOZAÍNI OSVALDO A., *El derecho de amparo*, 1998, Depalma, p. 73.

dente de la CSJN así como de tribunales internacionales, cita también la opinión de los convencionales Garré y Zaffaroni respecto del artículo 14, CCABA y la imposibilidad de su reglamentación y, finalmente, sostiene que el plazo de caducidad dispuesto por la norma cuestionada vulnera también el artículo 30 de la ley 25.675 —amparo ambiental—.

El Tribunal Superior decidió asumir el cometido inabdicable por un tribunal de justicia de hacer posible la *eficacia del amparo como garantía procesal constitucional por excelencia*, condenando las inconsistencias en términos de plazo para poder incoarlo, sin que ello importe arrogarse las facultades de una superlegislatura para prescribirlo, difiriendo a los representantes electos del pueblo para que sean ellos los que decidan las ventajas o inconvenientes de explicitarlo, claro está, en este último caso, en armonía con lo establecido para otras acciones de menor abolengo constitucional en la respectiva legislación de rito vigente en la ciudad.

En consecuencia, hizo lugar a la acción deducida y declaró la inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 2145.

b) Posición contraria

La postura opuesta es sostenida por el voto minoritario, en disidencia por el Sr. juez Pérez Delgado, de quien haremos transcripción del resumen que hace Rivas⁶¹ en su comentario al fallo: “El voto minoritario expresó resumidamente:

a) que la ley 16.986 contiene dispositivos relativos a los presupuestos de admisión de la acción y otros de tipo procedimental,

b) que el plazo de caducidad está comprendido entre los primeros y no entre los segundos,

c) que atento el sentido de la reforma constitucional es jurídicamente razonable echar mano de los aspectos procedimentales de la ley 16.986 pero no ocurre lo mismo con los de admisión.

d) que debe considerarse que el amparo consagra una protección expeditiva y rápida,

e) que el texto constitucional se basta a sí mismo y proporciona un soporte del que hace a la ley 16.986 de modo que es ajeno a la cuestión considerada, establecer si es posible legislar fijándose un plazo similar al contenido por la ley derogada,

f) que la inexistencia de un plazo de caducidad expresamente fijado por la ley no significa que el amparo pueda ejercerse en cualquier tiempo pues para ello, el remedio

⁶¹ RIVAS, Adolfo A., “El plazo de caducidad en el amparo”, La Ley, t. 2000- C, p. 347.

está previsto como expedito y rápido, precisamente para enfrentar lesiones actuales o inminentes”.

El voto en disidencia de Pérez Delgado parte del supuesto de que el art. 43 de la Constitución Nacional es autosuficiente y, por ende, autooperativo: regula los requisitos de admisibilidad y procedencia de la acción y quiénes se hallan legitimados para actuar en ella, por tanto, “se basta a sí mismo” y no tolera agregado de otros requisitos que tengan como presupuesto un diferente régimen constitucional.

A los fundamentos esgrimidos por Pérez Delgado ha adherido Quiroga Lavié⁶² y, por su parte, Rivas sostiene que el art. 43 de la Constitución Nacional cuando normativiza la acción de amparo, puede no ser incompatible con una legislación reglamentaria que complementa la Ley Suprema, pero entiende que el plazo de caducidad contemplado en el art. 2º, inc. e) de la ley 16.986 pasa a ser inconstitucional al colisionar con la idea de un amparo expedito y rápido, efectivo custodio de los derechos constitucionales.

Desde esta perspectiva avizoramos que el referido inciso implicaría hoy una reglamentación irrazonable⁶³ del artículo 43 constitucional.

También este autor reputa que los condicionamientos de la ley 16.986, que en alguna oportunidad ingeniosamente la hubiera llamado “ley contra natura”, deben ser de interpretación restrictiva, y que con el nuevo art. 43, del que no cabe discusión sobre su operatividad, corresponde sostener que ha caído todo lo que pueda obstar a su vigencia plena, inclusive si estuviese en el campo meramente procedimental.

Como expresara la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al consagrar jurisprudencialmente en “Siri” y “Kot” la acción de amparo, no estableció un plazo de caducidad. La imagen histórica del amparo que alimenta la realidad normativa recogida por la Convención Constituyente de 1994 nos muestra un proceso constitucional que promueve la plena vigencia de derechos y garantías constitucionales, exento de plazos de caducidad⁶⁴.

Lo que realmente importa para analizar la procedencia de la acción de amparo es “...verificar si al momento de su interposición existe o no una lesión constitucional de un

⁶² QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “La violación por tracto sucesivo de los derechos constitucionales y la operatividad del art. 43 CN”, en LL 1996-C-507 y “Actualidad en la jurisprudencia del amparo”, LL 1996-E-1061.

⁶³ Así el artículo 28 de la Constitución Nacional consagra la operatividad de los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna, como regla general, sin que sea necesaria una legislación reglamentaria. También el art. 33 cuando se refiere a las garantías emanadas por la Constitución, cabe incluir entre ellas al amparo por ser un instrumento eficaz para concertar con celeridad el restablecimiento de las libertades constitucionales. Por último, nos remitimos al art. 19, todos dentro de la Constitución Nacional, del cual se desprende que si aceptáramos que solamente son normas jurídicas válidas las que están de acuerdo con la Constitución, todos aquellos actos que no se basaron en esas normas no podrían perturbar las libertades constitucionales, y si así lo hiciesen, cómo podrían restablecer la plena vigencia de la Constitución Nacional declarando la nulidad de tales actos y sus efectos.

⁶⁴ SABSAY, Daniel, *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho constitucional*, La Ley, Bs. As., 2002, p.521.

derecho fundamental o una garantía institucional, y si a la vez, se cumplen los requisitos formales y sustanciales de su núcleo esencial...”⁶⁵.

El art. 43 no prevé un plazo de caducidad de la acción de amparo, tampoco se prevé en los tratados internacionales que a partir de la reforma constitucional de 1994 conforman el “bloque de constitucionalidad argentino”; repárese en la inexistencia de este tipo de plazo en la acción de hábeas corpus y hábeas data, respectivamente. Como tampoco el texto constitucional habilita el arbitrio jurisdiccional para la fijación de límite temporal alguno. En este caso debe considerarse con criterio absolutamente restrictivo la aplicación de la ley 16.986 subsistente, por ser un régimen normativo procesal especial anterior a la norma constitucional general ulterior; recordando que en materia de amparo, en los antecedentes “Siri” y “Kot” nos demuestran que no se precisa regulación positiva para hacer operar la protección de los derechos individuales.

2. Nuestra posición

Es lógico considerar que no hay nadie más interesado en la celeridad de la interposición de la pretensión amparística que el propio titular del derecho que fuera vulnerado, siendo éste quien vive en carne propia el grado de urgencia que ostenta la pretensión procesal en la satisfacción jurisdiccional de tutela.

En efecto, nadie duda que el tiempo jurídico debe administrarse con razonabilidad y responsabilidad, del cual no escapa el tiempo referido a la interposición del amparo por su sincronismo con el “principio de actualidad”, siendo éste un requisito para su admisibilidad.

En el escenario que se encuentra el legitimado a pretender amparo, a tenor de la importancia, la jerarquía de derechos (en el sentido de su mayor o menor restringibilidad) que se debaten en aquél, concebido como un instrumento de socorro al sistema procesal, nadie mejor que el afectado para sentir la influencia del tiempo, que como bien señala Couture “...el tiempo en el proceso es más caro que el oro, es justicia..”.

Con todo ello queremos decir que la acción de amparo no puede ser interpuesta en cualquier momento, sino que siempre deben respetarse sus presupuestos formales para velar por la seguridad jurídica, porque nadie se podría considerar seguro de un derecho, que puede ser cuestionado a través de algún amparo.

Pero no estamos a favor de los quince días establecidos en el art. 2º, inc. e) de la Ley de Amparo, sino de treinta días, teniendo posibilidad de que el juez actúe fuera del

⁶⁵ *Ibíd.*

plazo cuando el derecho o la libertad alterada sean de tal magnitud que requiera una solución inmediata y que no haya otra forma de solucionarla, aplicando de este modo la operatividad temporal excepcional del amparo.

Con ello estamos ayudándolo, para que vuelva a ser una vía excepcional, expedita y rápida, y no lo que es hoy un amparo, un juicio ordinario de conocimiento.

XI. EL AMPARO CONTRA ACTOS DEL PODER JUDICIAL

Consideramos importante para comenzar el desarrollo del tema partir de un marco legal, el cual está dado por el art. 2º inc., b) de la Ley de Amparo, que establece la no procedencia de la acción cuando "...el acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial...".

Debido a la vaguedad de las palabras utilizadas, la pregunta se centra en si están incluidos no solamente los actos judiciales de decisión, como las sentencias y resoluciones, sino también los actos judiciales de comunicación, que informan sobre las decisiones adoptadas, los actos judiciales de ejecución que procuran el cumplimiento de dichos pronunciamientos y los actos administrativos en su carácter de un poder del Estado.

Por otra parte, al hablar el artículo de "órgano" en general, no se realiza ninguna distinción de instancias o funciones. Es muy probable que la intención del legislador haya sido la de incluir todos aquellos actos de cualquier miembro del Poder Judicial que desempeñe funciones jurisdiccionales.

A pesar de la existencia de dicho inciso, se da una gran controversia, especialmente desde el ámbito doctrinario, acerca de la procedencia del amparo contra actos judiciales. Surgen así tesis totalmente restrictivas que prohíben terminantemente la acción para este caso, y otras más flexibles que admiten contra ciertos actos judiciales o incluso contra todos ellos.

La ley es clara en su artículo 2º, inciso b) cuando establece que no se admitirá el amparo cuando el acto cuestionado provenga de un "órgano del Poder Judicial". La expresión utilizada por el legislador es excesivamente amplia, ya que no hace referencia a la naturaleza de los actos que se pretenden excluir. Directamente se descartan todos los actos emanados de cualquier órgano del Poder Judicial, incluso cuando no realizaren funciones de carácter jurisdiccional. No se tienen en cuenta las distintas clases de actos judiciales, los cuales poseen características propias a la hora de ser impugnados. De esta manera la prohibición alcanzaría tanto a las decisiones de los Tribunales como a las conductas del Poder Judicial actuando en ejercicio de la función administrativa, sin que en

este último caso existan razones de peso para impedir la procedencia del amparo. Esta amplitud es la principal crítica que nosotros encontramos en la norma.

La problemática de la admisión de la acción del amparo contra actos emanados del Poder Judicial no posee en la doctrina de nuestro país una solución única. Como ya hemos desarrollado a lo largo de este trabajo, existen distintas posturas frente a este problema, que van desde la negación absoluta hasta la admisión explícita dentro de determinadas condiciones.

Sin embargo, nosotros creemos que deberá realizarse una diferenciación entre los actos del Poder Judicial de carácter jurisdiccional y aquellos emitidos en el ejercicio de funciones administrativas. Para estos últimos se considera procedente el cuestionamiento por medio del amparo, por ser la vía judicial una revisión de la propia arbitrariedad administrativa del órgano judicial, y no ya como órgano jurisdiccional que pudiere alterar la seguridad jurídica.

XII. EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y EL AMPARO

La legitimación otorgada al defensor del pueblo por el art. 43 de la Constitución Nacional es concordante con las facultades que acuerda el art. 86 de ésta, en el sentido de que corresponde a dicho funcionario “la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”.

A esos fines “tiene legitimación procesal”, de allí que para tales cometidos podría articular amparos. Cuando interviene a favor de derechos colectivos, tiene legitimación activa contra actos de cualquier autoridad, incluso provincial⁶⁶.

La figura del defensor del pueblo en el ámbito provincial se encuentra reglamentada por la ley 9931. Señalamos al respecto que, si bien el relativo a esta figura fue uno de los debates más importantes en el marco de la Convención Constituyente en 2008, la elección del defensor del pueblo no tiene la relevancia pública que tuvo en dicho momento, encontrándose en mora el legislador provincial a ese respecto, ya que si bien dictó la ley reglamentaria respectiva —adjudicándole como misión “la protección y promoción de los derechos humanos”—, a la fecha no ha cubierto el cargo.

⁶⁶ Conf. SAGÜÉS, 2007:360.

XIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hemos realizado una pequeña introducción en las principales características de la acción de amparo, efectuando un lineamiento de sus requisitos de procedencia, su evolución histórico-jurisprudencial y su recepción legislativa y constitucional con sus consecuentes problemáticas.

Y a modo de recapitulación señalamos los siguientes puntos de importancia:

1. La admisibilidad del amparo no requiere agotar la vía administrativa, según el nuevo texto constitucional.

2. La existencia de otros medios judiciales descarta la acción de amparo cuando éste causare un daño grave e irreparable y cuando la existencia y empleo de remedios judiciales impliquen demoras o ineficacias que neutralicen la garantía. En el caso “Video-club Dreams”⁶⁷ se evaluó la relación entre la dimensión del agravio y la eficacia de otros medios procesales disponibles en materia de decisión judicial en el caso concreto. El actor debe invocar y demostrar la ineficiencia de los otros medios judiciales, la urgencia, y que el amparo evitará el daño grave e irreparable si se siguieran las otras vías judiciales; y el demandado, que la vía del amparo no es apta porque se necesita un mayor debate o prueba.

4. Desde la institucionalización de la república democrática el amparo no es instrumento de control de políticas macro, pero sí lo es para las microdecisiones que afecten derechos sustantivos.

5. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Aquí se produce una importante innovación en el art. 43 de la Constitución Nacional, respecto de lo dispuesto en la ley 16.986, siguiendo el criterio que la Corte ya había sentado en el caso “Outon”⁶⁸, aunque más abarcador al permitir la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

6. La legitimación del accionante en la acción individual de amparo corresponde a toda persona de existencia visible o de existencia ideal, sea o no habitante del país.

7. Se crea el amparo colectivo, que se podrá interponer contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

⁶⁷ Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado en el t. 318, p. 1154.

⁶⁸ Fallos 267:215 (1967).

8. En las acciones que tienden a proteger derechos subjetivos o intereses legítimos de incidencia colectiva o difusa, están legitimados el afectado (que se agregó al dictamen de la Comisión en el debate de la Convención), el defensor del pueblo y las asociaciones de defensa de aquellos fines. También, el Ministerio Público (art. 120, CN). No abarca el interés simple. No se reconoce, en principio, legitimación activa a los legisladores como representantes del pueblo.

9. El afectado es quien sufre lesión en sus derechos subjetivos y quien es tocado, interesado, concernido y vinculado por los efectos del acto u omisión lesivos, como señalan los precedentes de los casos “Kattan Alberto”⁶⁹ y Ekmekdjian vs. Sofovich”⁷⁰.

10. No se trata, sin embargo, de una acción popular. Ha servido para solucionar problemas de micropolíticas cuando el Estado no cumple con sus deberes y se afectan derechos a la vida, a la salud, a los menores, a la familia, pero no para frenar un proyecto de ley, pero si fuera sancionado y es lesivo, puede dar lugar a un amparo.

11. Las asociaciones que no estén registradas, por no haber ley reglamentaria, serán admitidas, como se resolvió en el caso “Mignone”⁷¹.

12. Se trata, en principio, de un proceso unilateral, y la malversación del instituto lo ha llevado a ordinarizarlo transformándolo en un proceso bilateral lento y sin la respuesta expedita y rápida que requiere dicho instituto.

13. La multiplicidad de esos subtipos de amparo sugiere la necesidad de agruparlos sistemáticamente en un código de derecho procesal constitucional, al estilo de la ley 7135 de Costa Rica, la ley 8369 de la provincia de Entre Ríos, el Código de Garantías Constitucionales, como el de Tucumán y el que en su momento proyectamos para el orden nacional y la provincia de Córdoba, con algunas reservas en ambos códigos.

14. Que el amparo no tenga plazo para su iniciación no ayuda al instituto sino, por el contrario, lo altera y lo generaliza. Aunque compartimos la idea de considerar exiguo el plazo de quince días dado por la ley, por lo que resultaría más acercado a la realidad duplicar ese plazo, es decir, treinta días hábiles.

15. La demanda de amparo no puede establecerse contra decisiones del Poder Judicial, pues no autoriza a sustituir a los jueces propios de la causa en las decisiones que les incumben, ni a reiterar cuestiones resultantes definitivamente por ellos⁷².

⁶⁹ Publicado en la revista El Derecho, t. 105, p. 245, 1983.

⁷⁰ Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado en el t.315, p. 1492, 1992.

⁷¹ Fallo de la Cámara Nacional Electoral, nro. 2807, del año 2000.

⁷² Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos caratulados “Reginaldo Manubens Calvet”, del 01/11/2008.

16. Nuestra posición se inclina por considerar la posibilidad de iniciar un amparo tan sólo en cuestiones en que el Poder Judicial actúa en funciones administrativas. Como podemos observar, nuestra jurisprudencia es reacia a conceder el recurso de amparo contra decisiones judiciales, sólo lo ha hecho en situaciones especiales, como fue el caso en que el Superior Tribunal de Jujuy actuó en función de superintendencia, emitiendo sanciones disciplinarias; y en este caso la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina coinciden en que es viable la acción de amparo para recurrir tales actos.

17. Entonces, como dijimos anteriormente, tanto la mayoría de la doctrina como la jurisprudencia concuerdan en que el amparo es un medio excepcional, que sólo procede en limitados casos y en determinadas circunstancias. Es por ello que son contados los fallos en los que los jueces hacen lugar al amparo intentado contra decisiones judiciales.

18. Al haber diferentes tipos de amparos: sindical, tributario, aduanero, previsional etc., el amparo se ha ramificado de un modo tal, que lo que era exclusivo y excepcional se ha transformado en general y común; si bien los temas son delicados, no todos ellos lo son, se ha transformado en lo que se llama “la ordinarización del amparo”, que requerirá de un esfuerzo de la justicia para seguir seleccionando el verdadero amparo de otros que no llegan a serlo, para volver a revalorizarlo como una auténtica medida urgente y extraordinaria.

BIBLIOGRAFÍA

- MARANIELLO, Patricio A., *Manual de despachos e interlocutorios judiciales*, Grün.
- MARANIELLO, Patricio A., "Génesis y actualidad del amparo colectivo en la República Argentina", *Revista Jurídica del Perú*, Lima, octubre de 2003.
- CARNOTA-MARANIELLO, "Constitución Nacional de la República Argentina", Grün, 2007.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*", Ediar, 1997.
- DROMI, R-MENEM, E., *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, 1996.
- SAGÜÉS, Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, 1995.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Reforma de la Constitución Argentina*, 1999.
- *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta, 2004.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*", t. VI, Ediar.
- SABSAY, Daniel, *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho constitucional*, La Ley, Bs. As., 2002.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "La violación por tracto sucesivo de los derechos constitucionales y la operatividad del art. 43 CN", LL 1996-C-507.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Actualidad en la jurisprudencia del amparo", LL 1996-E-1061.
- GOZAÍNI, Osvaldo A., *El derecho de amparo*, Depalma, 1998.
- RIVAS, Adolfo A., *El plazo de caducidad en el amparo*, La Ley t. 2000- C.
- EKMEKJIAN, Miguel Ángel, *Manual de derecho constitucional*", Ediar, 1991.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de derecho constitucional*, 4ª ed., 1959.
- GENARO CARRIÓ, *Algunos aspectos del recurso de amparo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959.
- FARBER, Daniel, *Retained by the People (The "Silent" Ninth Amendment and the Constitutional Rights Americans don't know they have)*, New York, Basic Books, 2007.