

XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Comisión 4: Jurisdicción de Protección (Subcomisión: La tutela de derechos fundamentales: amparo y otras vías)

Tema: Al desamparo del amparo: la catarsis del presente para su íntegro futuro

Autor: Luciano Francisco Pagliano

Dirección postal: Las Heras 6144 – Santa Fe (CP. 3000)

Teléfono: 0342 – 4602995 / 154797677

Correo electrónico: lpagliano@hotmail.com

Síntesis de la propuesta: Desde hace algún tiempo asistimos a una distorsión por exceso en el funcionamiento de la trascendental acción de amparo, lo que nos mueve a no ser meros espectadores de esa realidad sino a reconocer dicha situación para que abordándola en forma integral podamos lograr que conserve su lugar preponderante en el acceso a la jurisdicción y, en definitiva, en el campo de la tutela judicial efectiva. Para ello, sabiendo de su excepcionalidad, formularemos en este trabajo propuestas que, seguramente no son las únicas, pero que pueden integrar la punta del iceberg para salir de un estado de cosas procesal objetable.

Premios: Me postulo para los premios del artículo 7 del reglamento.

Sumario: 1. Breve historia.- 2. Su génesis en relación a su situación actual.- 3. Preservemos el futuro íntegro del amparo.- 4. Propuestas.- 5. Cierre.-

Al desamparo del amparo: la catarsis del presente para su íntegro futuro

1. Breve historia

El amparo, producto pretoriano por excelencia, tuvo largos y extensos períodos de discusión y debate antes de dar a luz en la doctrina del Máximo Tribunal de Justicia del país, a punto tal que se negaba su existencia por la falta de normas procesales que lo consagren. Efectivamente, se entendía que si bien la protección de los derechos garantizados por la Constitución correspondía a todos los jueces y tribunales del país, para ello “es indispensable que las acciones o recursos llamados a hacer efectiva la garantía de esos derechos, se ejerciten en el modo y dentro de los términos señalados por las leyes de forma, que son de orden público y, por lo tanto, de estricta observancia y de cumplimiento ineludible”¹. La balanza entre la ley constitucional y la ley procesal, daba el triunfo claramente a esta última.

Empero, dicho resultado se modificó y para bien en forma drástica cuando el mismo Alto Cuerpo falla el caso “Siri, Angel”², aunque ya el adelanto del cambio se anunció en “Casa de la Cultura Argentina”³. Se trataba de años difíciles, de inestabilidad política, y que, en sabias palabras de Alfredo Orgaz importaba reconocer que “estaba persuadido de que el país no le agradecería a la Corte Suprema, después de lo sucedido en la última década, una sentencia erudita o formalmente irreproachable que mantuviera el desamparo de las libertades esenciales y que, al contrario, le agradecería que introdujera, de una vez por todas, en el ámbito de la jurisprudencia, los remedios eficaces para el ejercicio y plenitud de esas libertades”⁴.

A partir de ello, con más el fallo “Kot Samuel SRL”⁵, el amparo cobró vida aún a falta de ley reglamentaria. Importó, en similares palabras a las anteriores, la victoria de la ley constitucional por sobre la ley ordinaria, lo que fue destacado por Carlos María Bidegain, en carta al Diario La Prensa al indicar que a raíz de esos fallos “la Constitución ha empezado a vivir en la

¹ CSJN, “Benedicta Dora Flores”, Fallos, 159:69, 07.11.1930; “Hinze”, Fallos, 183:44, 08.2.1939; entre muchos otros.

² Fallos, 252:293, 27.12.1957.

³ Fallos, 239:382, 18.12.1957.

⁴ “El recurso de amparo”, Depalma, Bs. As., 1961, pág. 21.

⁵ Fallos, 241:291, 05.10.1958.

mente y en el corazón de muchos hombres que no la conocían o no creían en ella y que hoy la incluyen en el inventario del instrumental a su servicio, como un arado, un martillo, un arma de defensa. La doctrina del amparo puede proyectarse sobre nuestra conformación individual y social con tanta fuerza que acaso logre hacer real la incorporación al plexo sentimental de los argentinos del amor a la Constitución”⁶.

2. Su génesis en relación a su situación actual

La evolución de la institución no ha sido fácil principalmente por la demora en el dictado de leyes regulatorias, que además limitaron el espacio ganado (claro ejemplo es la aún hoy vigente ley 16.986). El constituyente también ha sido remiso aunque debe reconocerse que gracias a su trabajo tenemos como resultado harto satisfactorio el actual artículo 43 de la Carta Magna, el cual, no obstante la presencia de algunas voces aisladas, no le ha hecho perder a la figura su carácter excepcional, su tinte heroico y subsidiario, reafirmado por la Corte nacional -obviamente después de la reforma- con sustento también en los argumentos expuestos por los miembros de la convención reformadora. Por ello, quien promueve este remedio excepcional debe demostrar, en debida forma, la arbitrariedad manifiesta del acto cuestionado y la inexistencia de otras vías legales idóneas para la protección del derecho lesionado o que la remisión del caso a ese camino produzca un gravamen insusceptible de reparación ulterior”⁷. La trascendental figura opera para delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales⁸.

Este entendimiento con más los restantes lineamientos del instituto -cuyo análisis excede la oportunidad-, desde el punto de vista de la teoría es inobjetable. Lo que sucede es que llevado a los hechos se ve a diario cómo se distorsiona su funcionamiento, de modo principal por exceso, cuestión que, como se verá, termina atentando contra su impronta.

En efecto, por una parte no podemos desconocer que el amparo forma parte de un continente, que es el sistema judicial argentino, que desde hace tiempo se encuentra sobrecargado, donde el proceso judicial es lento,

⁶ Diario La Prensa, Bs. As., 07.6.59, Sección Segunda.

⁷ CSJN, “Villar”, Fallos, 318:178, Cons. 3°.

⁸ CSJN, Fallos, 303:422; 306:1253; entre muchos otros.

costoso, incierto, y que si llega a su punto culmine, el derrotero aún puede verse inconcluso ya que, como paso final, faltará el cumplimiento de lo decidido por la judicatura para poder sostener que se ha respetado -y a la par actuado- el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁹. En ese cuadro de situación y ante un escenario cada vez más complejo, el tiempo, que siempre ha sido importante para el proceso, se transforma en un factor altamente decisivo para la suerte de los derechos que procuran satisfacción¹⁰. Con acierto y sabiduría Adolfo Gelsi Bidart advertía “cómo lograr una duración indispensable para garantizar el tratamiento adecuado de los derechos comprometidos y que no se extienda más allá del mínimo, traspasado el cual, la justicia pasa a ser inoportuna”¹¹.

Y, por la otra, pero enlazado íntimamente con lo dicho, el amparo ha ido sufriendo deformaciones atentatorias de su innata naturaleza que se palpan a diario en el ámbito forense. Precisamente, esas quejas suelen originarse: por conculcar el carácter sumario-sumarísimo, expedito y breve de su trámite; por no dar respuestas en tiempo y forma -útil si se sintetiza-¹²; por el empleo desmedido de la vía (autorización para funcionamiento de bingos y máquinas de video juegos -actividades sometidas a estricta regulación-¹³; cuestiones tributarias e impositivas -suba de impuestos y servicios públicos-; obras públicas -por ejemplo, traza de rutas y autopistas-¹⁴ y licitaciones; políticas públicas; cuestiones políticas; uso de la cadena nacional; proyectos de ley y leyes sin existencia de un “caso”; actos del Poder Judicial; empleo público; no inicio de clases por medidas de fuerza; aumento de boleto del transporte público; más seguridad a la población¹⁵; etc.); por el uso en

⁹ PAGLIANO, Luciano F. “El proceso eficiente: una mirada desde el control de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en “Nuevas Herramientas Procesales”, T. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, pág. 221.

¹⁰ Ricardo Lorenzetti claramente expresa que “no hubo muchos períodos históricos como el presente, ni demasiados ejemplos que puedan arrojar luz sobre las dificultades que enfrenta la resolución de conflictos en nuestros tiempos”. “El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores”, LL., 1998-A-1039.

¹¹ “El tiempo y el proceso”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, LERNER, Bernardo -Director, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1969.

¹² Ejemplos evidentes: CSJSFe. en autos “Monzón”, A. y S., T 175, pág. 88, 31.10.01 y “Muiño”, A. y S., T 246, pág. 222, 16.10.12.

¹³ CSJSFe, “López”, A. y S., T. 187, pág. 302, 09.4.2003.

¹⁴ Fiel ejemplo CSJN, “Asamblea Parque Pereyra Iraola y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ amparo”, 24.9.2013.

¹⁵ CSJSFe, “Peralta”, A. y S., T. 227, pág. 237, 24.9.2008.

demasía de medidas cautelares a fin de obtener por medio de éstas la satisfacción de la pretensión principal, que queda reducida a un simple escudo (“corralito financiero”) o por el despacho de resoluciones *sui generis* absolutamente llamativas (causa “Bello”¹⁶); por la amplitud probatoria; etc.

En palabras más sencillas, estamos asistiendo a la “ordinarización del amparo” o “amparización del ordinario” que, no obstante que procura una visión aperturista, nada bien le hace al instituto en tanto tergiversa su génesis y, por ende, los requisitos que hacen a la excepcionalidad de la vía.

Esa realidad, que también se presenta en otras latitudes¹⁷, es la que ha llevado a cierto descrédito del funcionamiento fáctico de la institución, convirtiéndola en un proceso con pocas reglas, abarcativo de cualquier tipo de pretensión procesal, y abierto a alteraciones, ampliaciones, incidentes, y hasta cuestiones incongruentes con el primigenio objeto de la litis. Su extensión y tendencia a un juicio pleno de conocimiento es el punto más crítico que contrasta de manera evidente con su génesis (“vía utilizable ante delicadas y extremas situaciones”).

Este desvío fue señalado por el Superior Tribunal de CABA.¹⁸ y por la Corte Suprema de Santa Fe, quien agregó que su “indiscriminada utilización no haría más que distorsionar la regular prestación del servicio judicial”¹⁹.

También el distinguido Ricardo Haro señala que “ya se ha producido, lamentablemente lo que presagiaba agudamente Sagüés al sostener que 'la inflación de los procesos de amparo que se plantearán, generará una correlativa devaluación institucional y sociológica del amparo, que terminaría como un proceso regular más'. Por mi parte, la extensa experiencia como magistrado de apelación en la Justicia Federal, me autorizan a coincidir con Sagüés, dado que es posible observar que los despachos de los jueces, de por sí abarrotados de procesos ordinarios, progresivamente se van abarrotando de juicios de amparos. Entonces es muy probable que el Juez,

¹⁶ Cám. Fed. Apel. Sala A, 4Circunscripción Córdoba, Sentencia n° 553, protocolo 595 A, folio 32 52, 21.10.11.

¹⁷ Por ejemplo en Uruguay, donde la acción tiene unas dos décadas de vida. ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G. “El amparo en Uruguay”, en “Tratado de Derecho Procesal Constitucional”, dirigido por MANILI, Pablo Luis, T. II, La Ley, Bs. As., 2010, pág. 337.

¹⁸ “Villa 3 (Fátima) Apel. resolución de honorarios c/ GCBA s/ otros procesos incidentales s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” (Expte. N° 7737/10)

¹⁹ CSJSFe, “Cremón”, A. y S., T. 193, pág. 118 y sus citas, 05.11.03.

ante tamaña realidad, comience a 'ordinarizar' su actitud frente a los numerosos y crecientes amparos, y poco a poco, vayan entrando dichos procesos por el 'carril normal de la lentitud'. Esperemos que una sabia legislación -ni restrictiva ni extensiva- y una prudente labor interpretativa de los jueces, pueda encauzar en sus justos carriles un instituto de suma trascendencia, que resultando magistral en la construcción de la doctrina de la Corte Suprema, no merece ni frustración ni por exceso ni defecto”²⁰.

Por tanto, hago más las consideraciones del precedente “Gil Domínguez” en el cual se indicó que no puede concebirse a la acción de amparo “como un elixir mágico o milagroso que todo lo cura en términos de saneamiento jurídico, por cuyo conducto deban articularse todos los reclamos en justicia al margen de las exigencias mínimas para el andamiento de la acción resultantes a texto expreso de la Constitución y que la ley reglamentaria razonablemente requiere... De no hacernos cargo de las prevenciones reseñadas, se puede correr el riesgo de que la acción de amparo, en una suerte de panacea procesal, termine sustituyendo todas las demás vías, generales y singulares, para articular planteos en justicia, ya previstas y reguladas en el bloque de legalidad, colapsando la función jurisdiccional y malogrando la finalidad que dio nacimiento al instituto en el derecho comparado y en la República Argentina, que no es otra que la de proteger los derechos humanos frente a los embates arbitrarios, ilegales y manifiestos, provenientes de la autoridad pública, de particulares o de grupos organizados de individuos”²¹.

3. Preservemos el futuro íntegro del amparo

Con la debida prudencia que el caso lo amerita, pues están en juego derechos constitucionales, debemos evitar la distorsión paulatina por exceso de la figura a fin de no desvirtuar su rol fundamental de defensor a ultranza de aquéllos e integrante de la justicia oportuna.

En efecto, para salir de ese estado de cosas procesal digno de reproche, lo primero que hay que hacer es volver a las fuentes, lo que significa retomar

²⁰ HARO, Ricardo. “A medio siglo de la creación de la acción de amparo en la República Argentina”, conmemorando la creación del amparo en los casos ‘Siri’ y ‘Kot’ - 1957/58”, en “Curso de derecho constitucional argentino”, T. II, Advocatus, Córdoba, 2003, pág. 11.

²¹ TSJCABA., “Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. n° 5296), 27.12.2007.

los pensadores tradicionales del amparo y, principalmente, las enseñanzas del guardián último de la Constitución. Por tanto, es necesario subrayar sus requisitos de admisibilidad: 1) un derecho constitucional cierto e indiscutido de parte de quien lo invoca; 2) una restricción o violación manifiestamente ilegítima de ese derecho (por acción u omisión); y 3) un daño grave e irreparable como consecuencia del acto lesivo de suerte que hubiera efectiva indefensión si el asunto se remitiera a los procedimientos ordinarios.

Segundo Linares Quintana resalta que la viabilidad de la acción de amparo lo es “sobre la base de la comprobación inmediata de que una libertad constitucional -cualquiera ella sea, excepto la libertad física, corporal o de locomoción protegida por el habeas corpus- se halla evidentemente restringida, sin orden de autoridad competente, ni expresión de causa que la justifique, y siempre que: I) aparezca, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de la personalidad humana...; II) se evidencie, también de modo claro y manifiesto, el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimiento ordinarios, administrativos o judiciales. Vale decir, es necesario que a los ojos del juez aparezca manifiesta e incontestable la inconstitucionalidad del acto contra el que se solicita protección, sin necesidad de investigación y al margen de toda controversia o duda. El amparo no corresponderá cuando haya lugar a controversia o duda alguna al respecto. Debe tratarse de una situación nítida, categórica, evidente, por encima de toda duda razonable. Por otra parte, ha de concurrir la irreparabilidad, o sea, la inexistencia de otro remedio o vía para lograr la protección jurisdiccional y por ende la reparación del derecho allanado o suprimido”²².

Esta herramienta madre, pues y como se dijo, constituye un remedio de excepción, cuyo empleo está reservado para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para resolverlos pueda afectar derechos constitucionales, máxime cuando su apertura exige: existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta; y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser

²² “Acción de Amparo”, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1960, pág. 68.

reparado acudiendo a la vía urgente y expeditiva²³. Efectivamente, el vicio que en él anida debe aparecer visible al examen jurídico más superficial; es decir, el ataque es tan patente que se manifiesta en forma ostensible y notoria²⁴. Por ello, la pretensión contenida en el amparo es viable cuando la situación fáctica que le sirve de sustento no aparece opinable o discutible y, por ende, no requiere amplitud de debate y prueba²⁵.

Es que “no todo acto u omisión lesivo a un derecho constitucional es impugnabile por el amparo, sino exclusivamente el que sea manifiestamente ilegítimo... (lo que)... significa que el vicio que afecta al acto tiene que resultar manifiesto, patente: si la determinación de tal defecto exige una averiguación compleja; con mayor debate o prueba, la acción de amparo no será la vía correcta. Ella está planteada como vía rápida y reducida, precisamente para enfrentar sólo hechos, actos u omisiones nítida e incuestionablemente ajurídicos”²⁶.

4. Propuestas

Con base en estos extremos, expuestos de modo sucinto -se reconoce-, propiciamos una acción de amparo que respete a rajatabla la manda constitucional de expeditividad y rapidez, siendo el carril exclusivo de pretensiones de puro derecho o que requieran escasa actividad probatoria.

Afinando la reflexión: para respetar su esencia y finalidad, su tramitación procedimental debe ser harto comprimida, excluyendo por regla la producción probatoria y admitiéndola, en consecuencia, sólo por decisión fundada del magistrado y siempre que no importe ordinarizar el juicio (amplias facultades del juez en orden a la pertinencia de la prueba, principalmente en relación a descartar prueba superflua o meramente

²³ CSJN, Fallos 307: 2419; 317:1128; etc. Ver también RIVAS, Adolfo. “El amparo”, La Rocca, Bs. As., 2003, pág.202.

²⁴ CSJSFe, “Tenaglia”, A. y S., T. 221, pág. 364, 22.8.2007.

²⁵ CSJSFe, “Ridley”, A. y S., T. 237, pág. 445, 02.10.2010.

Para más, se ha dicho que “resulta ajeno al ámbito propio del recurso de amparo aquellas cuestiones que no aparezcan manifiestamente ilegítimas o arbitrarias y para la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o prueba”. CSJSFe, “C.A. Central Córdoba”, A. y S., T. 86, pág. 300, 24.4.1991.

En igual sentido, art. 2, inc. d, ley 16.986.

²⁶ SAGÜES, Néstor y SERRA, María Mercedes. “Derecho Procesal Constitucional de la Provincia de Santa Fe”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 143.

dilatoria). Esto no es otra cosa que realzar lo estipulado en las leyes²⁷ y lo sostenido por la jurisprudencia y doctrina²⁸. En igual sentido, ampliar el elenco de trámites prohibidos que solo llevan a alongar el procedimiento²⁹ y autorizar la desestimación de plano de cuestiones incidentales o que desvirtúen el *thema decidendum*.

Otras buenas medidas serían: acortar aún más los plazos de tramitación, siendo fiel ejemplo la ley 8369 de Entre Ríos³⁰; fijar por regla la notificación automática y encargarse el oficio de las restantes con establecimiento de plazo de horas para su realización (cuestión que hoy se puede superar por vía de la notificación electrónica); y reducir el término de caducidad. Asimismo, limitar expresamente la duración de las medidas cautelares³¹, cuestión que si bien recibe críticas, se podría superar con la posibilidad de habilitar la prórroga de la precautoria sujetándola, entre otros extremos, a la valoración de la conducta manifestada por los litigantes en el pleito³².

Y por qué no establecer que la sentencia de amparo resulta irrecurrible y, por ende, definitiva a los fines de los recursos extraordinarios. En este aspecto, osado si los hay, cabe recordar que la garantía de la doble instancia, salvo en materia penal, es de origen legal y no constitucional, y que la Corte federal sostiene como principio que la misma no constituye requisito de la garantía constitucional de la defensa en juicio y por lo tanto el legislador tiene libertad para implementar un sistema de instancia única o plural, o de limitar los supuestos de admisibilidad de los recursos ordinarios. Jofré ha sido ferviente defensor de la única instancia señalando que, como ejemplo, ella está establecida en temas de la mayor importancia (jurisdicción

²⁷ Ley nacional 16.986 en su art. 2, inc. d, estipula como causal de inadmisibilidad cuando “la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba”; en su art. 7 limita la cantidad de testigos a cinco por cada parte y prohíbe la confesional. La ley 10.456 de Sta. Fe autoriza a producir la prueba pendiente de realización o la que indique el juez (art. 8), y prohíbe la prueba pericial (art. 14).

²⁸ SAGÜES, Néstor y SERRA, María Mercedes. Op. cit., págs. 105, 147, ss. y cc. BASTERRA, Marcela I. “El proceso constitucional de amparo”, Abeledo Perrot, Bs. As., 2013, págs. 37, ss. y cc.

²⁹ Ver, por ejemplo, art. 16 de la ley 16.986 y 14 de la citada ley 10.456 de Santa Fe.

³⁰ Art.19: “Todos los días y horas se consideran hábiles para la tramitación de la acción”.

³¹ Art. 5, ley 26.854: “3 meses”. Art. 16, ley 10.456: “6 meses”.

³² El art. 5 de la ley nacional 26.854 dispone: “... será de especial consideración la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida”. Ver, para más, PAGLIANO, Luciano F. “Medidas cautelares contra el Estado (con especial referencia a aspectos puntuales de la ley 26.854 y a la tutela cautelar autónoma ‘atípica’), en Revista de Derecho Público, 2013-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, pág. 259.

originaria y exclusiva que ejerce la citada Corte en los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que alguna provincia fuese parte)³³. A su vez, hay que considerar para esta postura los efectos de la sentencia: si produce cosa juzgada material o formal en función de la limitación probatoria y de recurribilidad y autorizar en su caso la apertura de un juicio de conocimiento posterior con las amplitudes que éste presenta.

Por último, acentuar en la práctica lo proclamado acertadamente por las normas adjetivas respecto a que la demanda de amparo palmariamente inadmisibile debe ser desestimada *in límine*, evitando de este modo el costo adicional que consume el entramado del proceso, y ello sin mengua del derecho al acceso a la justicia por otras vías.

5. Cierre

Consideramos que las propuestas esbozadas, si bien algunas pueden no compartirse, conforman una punta de lanza importante para rever el funcionamiento de la acción de amparo en su relación con las directrices que le han dado nacimiento para así concluir que si lo buscado -como el que suscribe está convencido- es reafirmar su estirpe excepcional, hay que poner manos al asunto antes de que su distorsión total nos haga descreer en ella. O bien, cosa que no compartimos, sincerarnos (legislativa, doctrinaria y jurisprudencialmente) y transformar a la misma en un proceso común.

³³ DE LOS SANTOS, Mabel, "Las garantías constitucionales del proceso civil" en "Tratado de Derecho Procesal Constitucional", dirigido por MANILI, Pablo... op. cit., T. I, pág. 570.