

Comisión 4: jurisdicción de protección

Tema: Lineamientos para el dictado de una nueva ley de amparo

Apellido y nombre del autor: Falke, Ignacio Agustín

Dirección Postal: Ayacucho 1585, 2º depto. "B", Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Código Postal: 1112

Teléfono: (011)15-3131-5047

Dirección de correo electrónico: iafalke@yahoo.com.ar

Síntesis de la propuesta:

La finalidad de esta ponencia, es compartir algunas ideas y postulados que concibo no deben faltar en una eventual nueva Ley de amparo que se dicte – espero- en un futuro no muy lejano. Esta propuesta, entiendo que es conteste y razonable a la luz de los nuevos postulados que trae con sí el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina. De manera que intentaré proponer la sustanciación del proceso como un verdadero proceso urgente, evitando a todo evento, la desnaturalización del mismo.

Cabe aclarar, que la extensión no me permite abordar todos los extremos, de manera que dejaré afuera el rechazo *in límine*, la reconducción de la acción, la imposibilidad de reclamos pecuniarios y de daños y perjuicios por la vía amparística, y el tratamiento de la demanda y sus requisitos, pues abordaré solo los puntos que entiendo que no deben ser dejados de lado al momento del dictado de una norma de esta importancia. Sin embargo, respecto del escrito de inicio en una acción de amparo, me permitiré la siguiente reflexión: parece razonable, habida cuenta de la reglamentación emitida por la CSJN en cuanto límite de páginas a fin de demostrar la arbitrariedad ante el Más Alto Tribunal Federal, que una demanda en un proceso de amparo sea conteste a la letra de la Acordada 4/2007.

Postular este escrito al Premio Asociación argentina de Derecho Procesal

Lineamientos para el dictado de una nueva ley de amparo

I.-Planteo

Resulta indudable que luego de la reforma constitucional operada en el año 1994, la letra de la Carta magna puso al Poder Legislativo frente un nuevo desafío, el de dictar una nueva ley de amparo que contemple todas las aristas que el entonces nuevo artículo 43 vino a traer con sí, pues estas disposiciones de la Constitución Nacional¹, produjo una erosión evidente en la regulación procesal que emana del Decreto-Ley 16.986, toda vez que ambos fueron concebidos en un contexto y con un espíritu diametralmente distintos².

De manera tal, que el objeto de estas líneas, es realizar unas breves reflexiones en torno a ciertas pautas esenciales que debe contener una nueva ley de amparo y que contemplen todas estas nuevas garantías y derechos, con el único fin de evitar la ordinarización de esta verdadera garantía que debe ser rápida, expedita y desprovista de cualquier formalidad procesal³. Ello así, pues la incorporación del amparo a la letra de la CN, con todas sus nuevas notas – entre ellas- la cuestión atinente a la legitimación, se presenta ante nuestros ojos como una norma de un amplio universo, que en algunos casos, deja sin razón de ser a la norma que regla su trámite en la actualidad⁴, exigiendo una nueva ley que contemple todas las vicisitudes del artículo 43, pues no solo encontramos en la CN el goce de determinados derechos, sino que también, y a la par, se encuentran en su letra los medios para operar ante el poder jurisdiccional con la finalidad de hacer cumplir aquellos derechos, cuando por razones extrínsecas a las personas no pueden ser gozados, de modo que en la CN, hallamos los derechos que poseemos los ciudadanos (garantías sustanciales) y los medios procesales y procedimentales para hacer que aquéllas se cumplan efectivamente (garantías adjetivas)⁵. Y aunadas unas y

¹ En adelante, CN.

² Sobre el particular, recomiendo la lectura de RIVAS, Adolfo A., *El amparo*, La Rocca, Buenos Aires, 2003, 3era. ed., págs. 208 y sgtes.

³ Un postulado desarrollado ya hace un tiempo en MORELLO, Augusto M., VALLEFÍN, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2004, 5ta. ed., págs. 10 y sgtes.

⁴ ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2011, Tomo II, págs. 487 y sgtes.

⁵ RIVAS, Adolfo A., "Hacia un nuevo modelo de amparo", RIVAS, Adolfo A. (Dir.), *Derecho procesal constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 89.

otras, advertimos que a través de la vía amparística, alumbrada con notoriedad por el propio artículo 43, tenemos al medio real para perseguir la verdadera protección que se debe pretender con este proceso urgente, en el que el Juez debe contar con amplias potestades en su tramitación con la finalidad de no desnaturalizar su tramitación⁶.

Como tal, este proceso constitucional debe ser concebido en una ley que contemple su régimen procesal con las exigencias constitucionales propias de la Carta Magna de 1994 como “un proceso sumamente simplificado tanto en su aspecto temporal (tiempo de duración) como en cuanto a sus formas. Ello así, pues su principal objeto consiste en restablecer de modo urgente y eficaz la lesión de un derecho constitucional.”⁷.

Resulta importante destacar en este estadio del presente, que los lineamientos que siguen a continuación, son solo eso. De manera que se tratarán ciertos puntos que deben estar en una ley de esta naturaleza.

II.-Propuestas para una nueva ley de amparo que contemple integralmente al artículo 43 de la CN: las contingencias procesales del amparo

II.1. Gratuidad

Estimo que el hecho de que sea una verdadera acción constitucional cuyo objeto se encuentra restringido a ciertos extremos que deben ser respetados a rajatabla, hacen, como resultado necesario, que deba estar exenta de todo arancel o tasa judicial, pues lo contrario, estimo que podría significar ahondar en una barrera económica para la promoción de una demanda de esta naturaleza, que no siempre es promovida por accionantes que poseen recursos económicos suficientes para costear los gastos que un proceso implique.

Tal postulado, consiste incluso, en la inaplicabilidad del principio general de la derrota a la demandante, con excepción de que se compruebe que exista

⁶ Una manifestación concreta en una norma de este postulado, podría verse en el poder – deber con la que cuenta el magistrado interviniente en reconducir la acción en una primera etapa. Esto es: al momento de examinar la admisibilidad, de manera que la posibilidad del rechazo *in limine*, solo quedaría restringida al incumplimiento de formalidades mínimas.

⁷ DÍAZ SOLIMINE, Omar L., *Juicio de amparo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 47.

temeridad o malicia por parte de la demandante, en cuyo caso, no será pertinente apartarse del principio general de la derrota.

II.2. Plazo para interponer la acción

El asunto de la caducidad para el inicio de la acción de amparo fue una cuestión que trajo numerosos debates en la doctrina y en la jurisprudencia. Según el artículo 2º, del Decreto – Ley Nro. 16.986, la acción de amparo no será admisible –de ningún modo- cuando fuera promovida pasado los quince días de la ejecución del acto administrativo o de la fecha en que debió haberse producido.

Si bien, resultaría razonable que una acción de este tipo sea interpuesta dentro de la mayor brevedad posible. De allí, reiterada jurisprudencia que convalidó la constitucionalidad del plazo para interponer la acción que existe en el Decreto – Ley 16.986, no puedo dejar de soslayar, que no todos los habitantes de la República Argentina cuentan con las mismas herramientas para tomar decisiones con la perentoriedad que un plazo exiguo y fatal exige.

De manera tal, que soy de la opinión que la falta de plazo para interponer una acción de amparo no descalifica el remedio que se propone, sino que contempla casos en los que materialmente no se puede acceder en tiempo y forma y con ello, abre la posibilidad de que un ciudadano no quede sin una tutela judicial efectiva por el mero hecho de desconocer sus derechos, sus garantías, y en su consecuencia, confiere la posibilidad de exigirla ante un Juez o Jueza. Más aún, cuando los efectos del daño producto de la arbitrariedad o la ilegalidad manifiesta se repliquen en el tiempo. Esto es, no han cesado las consecuencias de la conducta arbitraria e ilegal que se pretende impugnar.

Por último, con esta idea, se contempla que existen derechos –por su naturaleza- que no son renunciables, de manera tal que imponer un plazo para el inicio de la acción, sería sumar una barrera que no se encontraría cómoda en una mirada general de nuestro sistema de derechos y garantías.

II.3. Producción de un informe circunstanciado

Creo que el informe regulado en actual artículo 8º debe mantenerse, así como se encuentra contemplado. De manera tal, que una vez evaluados los requisitos de admisibilidad, y bajo pena de nulidad, se le notificará la demanda a la parte accionada, para que en el plazo que entiendo prudencial de tres días –atento la naturaleza de la acción-, para que la requerida produzca un informe

en el que deberá ofrecer la totalidad de la prueba de la que intente valerse. Y, en el supuesto caso, de que la parte demandada, no presente la pieza en legal tiempo, el tribunal interviniente tiene el deber de pasar los autos a sentencia y dictar una resolución que trate el fondo de la cuestión en el plazo de tres días.

Cabe señalar que el informe de ningún modo puede ser asimilable a una contestación de demanda, de allí que el hecho de que sea un informe no lo inscribe dentro de resoluciones que se dictan *inaudita* parte, antes bien, respetando el principio de bilateralidad, el mismo se presenta aquí como una bilateralidad atenuada.

En tal sentido, el informe circunstanciado al que me refiero no debe contener los aspectos formales de la contestación de demanda, de manera que su falta de presentación debe surtir distintas consecuencias⁸.

II.4. Prueba admisible. Apertura a prueba

Debe ser admisible, en atención a la naturaleza del proceso, los siguientes medios probatorios: documental, informativa, testimonial –creo pertinente un máximo de tres testigos-, y el reconocimiento judicial. Y, la apertura a prueba, no podrá ser por un plazo mayor a cinco días. Tal acto jurisdiccional, devendrá como resultado de las pruebas de las que se valieron la parte actora al promover la demanda y la parte demandada, al momento de producir el respectivo informe.

II.5. Medidas cautelares. Exclusión de las normas de la Ley 26.854/2013

En el marco de una acción de amparo promovida contra el Estado, creo que debería tornarse inaplicables las normas que rigen el régimen de medidas cautelares contra la Administración Pública.

De manera tal, que estimo razonable poner en discusión la idea de reformar el régimen de medidas cautelares cuando la acción de amparo se promueva contra la Administración, y que sea más conteste con el proceso que se propone, pues tengo para mí, que así como está concebido el proceso cautelar en la mentada ley, resulta excesivamente engorroso para inscribirlo dentro de una verdadera garantía constitucional como lo es el amparo.

II.6. Vistas. La intervención del Fiscal y del Defensor de menores

⁸ MATA, Ismael, "Caracterización general del amparo", en CASSAGNE, Juan C. (Dir.), *Amparos, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2007, págs. 16 y sgte.

La vista que deban conferirse a los distintos magistrados del Ministerio Público que puedan intervenir en el marco de una acción de esta naturaleza, considero razonable que no excedan los tres días.

II.7. La sentencia

La sentencia definitiva es la que le pone fin a la cuestión debatida en el marco de la acción del artículo 43 de la Constitución Nacional. A todo evento, vale aclarar, que el examen de admisibilidad de la acción no se hará al momento de resolver la disputa, sino al momento de promover la demanda.

Lo que se hará, en cambio, es resolver la disputa planteada, dándole una favorable acogida al planteo incoado por el accionante, o bien, rechazando la acción de amparo, y depende el norte de la resolución será la suerte de cómo se impondrán las costas, con el criterio esbozado precedentemente al tratar la gratuidad de la acción. De suyo, estimo que no existe óbice para que la sentencia no se dicte bajo las actuales normas que rigen la cuestión.

II.8. Recursos procedentes

Con la finalidad de evitar la ordinarización de la acción de amparo, estimo razonable dejar sentado como principio que todas las resoluciones serán inapelables. A este principio, juzgo razonable las siguientes excepciones: 1) la sentencia que haga mérito del fondo del asunto, 2) el rechazo *in límine*, 3) la que resuelva reconducir el proceso, 4) la que resuelva la caducidad de la instancia, 5) las que dispongan el rechazo de una recusación con causa y 6) las que decidan sobre medidas cautelares.

Para la interposición del recurso de apelación opino que debe interponerse y fundarse en el mismo escrito dentro de los tres días de notificada la resolución que agravia a la recurrente, debiendo correr traslado a la contraparte por igual plazo.

La concesión de los recursos variará dependiendo que se recurra. De tal suerte que todos los recursos de apelación serán en relación y sin efectos suspensivos, salvo la apelación contra la sentencia definitiva que será en relación y con efectos suspensivos.

El decisorio que conceda la apelación de una medida cautelar, deberá indicar detalladamente las copias necesarias para formar incidente pertinente, que deberá ser acompañadas por la agraviada en un plazo de dos días, bajo

apercibimiento de declarar desierto el recurso. Tal proveído, debe notificarse por ministerio de la ley.

El plazo para la formación del incidente será de un día. Una vez formado, se correrá traslado a la contraparte por el término de tres días, por ministerio legis.

La elevación al Tribunal de alzada del expediente o del incidente se hará en el plazo de un día.

Ahora bien, si el tribunal de primera instancia deniega la concesión de la apelación, la parte que se considere agraviada puede recurrir directamente en queja, peticionando que se le imprima el trámite de ley al recurso denegado y se ordene la remisión del expediente principal. La queja por apelación denegada, deberá interponerse dentro del plazo de dos días, y el tribunal de alzada deberá resolver dentro de los tres días, contados a partir de que se firma el llamamiento de autos al acuerdo.

Por último, y en lo que hace a los recursos de aclaratoria y de revocatoria, no encuentro objeción para que procedan y se tramiten de conformidad a la regulación genérica que les otorga el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁹, a excepción de su plazo, pues siguiendo la inteligencia de estas humildes propuestas, estimo que deberán interponerse en el plazo de dos días desde que la recurrente se encuentra notificada de una determinada resolución.

II.9. Notificaciones

En acciones de esta naturaleza, entiendo que el principio general es que todas las decisiones se notificarán por ministerio de la ley, con excepción a las resoluciones que notifiquen: 1) la sentencia definitiva, 2) el rechazo in límine, 3) la que resuelva reconducir el proceso, 4) la que resuelva la caducidad de la instancia, 5) las que dispongan el rechazo de una recusación con causa, 6) las que decidan sobre medidas cautelares, y 7) el traslado de la demanda. Asimismo, debe legislarse expresamente en torno a que todos los días hábiles deben ser de nota, pues de tener los mismos días de nota por ministerio de la ley que un proceso ordinario, tornaría en una verdadera sin razón los plazos breves que se proponen para la sustanciación del proceso.

⁹ En adelante, CPCyCN.

II.10. Plazos: Traslados no previstos en la Ley y el plazo de caducidad de la instancia.

Los traslados no previstos en la Ley de amparo, serán de dos días.

Por su parte, juzgo razonable que el plazo de caducidad de instancia sea de tres meses en primera instancia, y de dos meses en la Alzada. En cualquier instancia, podrá ser dictada de oficio o a pedido de parte. En lo que hace a las incidencias que se puedan suscitar en el marco de estas acciones, tendrán un plazo de caducidad de instancia de un mes en primera instancia y de dos meses en la alzada, y podrán ser dictadas en los mismos términos que se dispone la perención de la instancia en el expediente principal.

Mas allá de la necesidad de la regulación expresa de un plazo de caducidad de instancia, no se me escapa, que de no existir plazo para la promoción de una acción de amparo, el efecto fatal de la caducidad de instancia desaparecería. Empero, de conformidad con los plazos que se proponen. Este, a todas luces, resulta razonable para configurar la pérdida de interés del demandante.

III.11. Sanciones conminatorias. Inaplicabilidad del artículo 1 de la ley 26.944/2014.

En los casos en que las acciones de amparo sean promovidas contra la Administración Pública, soy de la opinión que debe dejarse a todo evento, regulado con toda rigurosidad, la inaplicabilidad del artículo 1 de la Ley 26.944/2014, que dispone “La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”, pues creo que es un pasaje normativo que atenta contra la función jurisdiccional.

En efecto, actualmente, existe una tendencia innegable, compuesta por una cada vez mayor demandabilidad de derechos de los ciudadanos ante los Poderes públicos, y en algún caso, porque no, contra el Poder público.

La idea de la inaplicabilidad de esta norma, tiene razón de ser en que estamos frente a una Ley que deja renga a la potestad jurisdiccional, pues pone en un pie de igualdad a los jueces y a los árbitros.

En definitiva, no se trata de otra cosa que de trazar un horizonte claro entre los derechos y deberes de los ciudadanos y los derechos y deberes del Estado, para evitar que se soporte cargas irrazonables o se enfrente a la otra

parte en los tribunales con una manifiesta desigualdad¹⁰.

III. El amparo colectivo. Consideraciones específicas

No encuentro objeción alguna ni procesal, ni constitucional para que la acción de amparo colectivo, se tramite bajo las normas procesales que rigen a la acción de amparo individual, aunque naturalmente, merezca reglas peculiares en atención a los efectos que eventualmente tendrá una decisión jurisdiccional de esta naturaleza. Por todo ello, juzgo que debe hacerse con un criterio práctico y ágil, siguiendo los postulados del amparo individual, para finalmente evitar una ordinarización del amparo colectivo.

Habida cuenta de la naturaleza de esta acción, entiendo que no resulta razonable la notificación a todos y cada uno de los integrantes del colectivo, pues importaría a todas luces un dispendio jurisdiccional y una demora innecesaria, que demoraría el cese de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que se pretende atacar.

Por último, encuentro acertado pensar que el desafío más grande frente al que se encuentra una acción de amparo colectiva, es la legitimación, de manera, que en una norma específica esto debe ser reglamentado con toda rigurosidad, respetando minuciosamente el espíritu del constituyente del año 1994. Esta afirmación realizada, sin vacilación alguna, halla su fundamento en el resultado del confronto de un catálogo compuesto por nueve fallos emitidos por la CSJN¹¹.

De la lectura estos resolutorios se puede advertir que nuestro Más Alto Tribunal lejos de afianzar la legitimación extraordinaria en los amparos colectivos, les está poniendo una rienda, y, paradójicamente, podemos afirmar que la legitimación extraordinaria en el marco de un proceso de clase, se encuentra sumamente afianzada, siendo más exigentes los requisitos de la

¹⁰ Esta cuestión fue tratada desde la perspectiva del ciudadano y el soberano operando en otro plano de la vida política en ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, Gradifco, Buenos Aires, 2007, págs. 39 y sgtes. Traducido por Belén JÁUREGUI.

¹¹ “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo y otros”, del 7/7/1992 ; “Prodelco”, del 7/5/1998 ; “Asociación Benghalensis”, del 1/6/2000 ; “Mujeres por la vida”, del 31/10/2006; el conocido por el mundo jurídico como el amparo de la Virgen Incluso, bajo este título Walter CARNOTTA hizo una anotación a la sentencia de marras, dictada por la CSJN el 21/11/2006; “Halabi”, del 24/02/2009 ; “PADEC” del 21/08/2013 ; “Municipalidad de Berazategui” del 23/9/2014 ; “Asociación Civil para la Defensa en el ámbito Federal e Internacional de Derechos” conjuntamente con la Asociación Civil “Pequeña Obra de la Divina Providencia” del 10/2/2015.

legitimación para la promoción de un amparo colectivo que para un proceso de clase, que no es otra cosa que un proceso colectivo ordinario.

IV.- Reflexiones finales: un desafío para el derecho procesal

Luego de la reforma constitucional del año 1994, tomó cuerpo la regulación constitucional del amparo. De esta manera, el artículo 43 lo único que hizo fue armonizar la jurisprudencia vigente hasta ese momento con las disposiciones procesales del Decreto-Ley 16.986. Por ello, la norma reguladora de esta acción ha perdido vigor o se encuentra disipada, primero por el mero transcurso del tiempo, segundo porque las concepciones jurídicas han variado, cristalizándose –a modo de ejemplo- en legitimaciones procesales para accionar mucho más amplias y la gran gama de derechos que se pretende cobijar¹². Justamente por eso, parece más razonable que la necesidad de la nueva Ley se edifique simplemente para adecuar la norma que rige el proceso a la disposición constitucional, y no, como ha sucedido, que la norma constitucional, se adecuó –en lo materialmente posible- a la normativa hasta entonces vigente.

Lo aquí expuesto invita ineludiblemente a la necesidad del dictado de una nueva ley de amparo que a nivel federal contemple todas las nuevas aristas abiertas desde la reforma constitucional del año 1994, de manera que en sintonía con el espíritu del constituyente, el legislador le confiera un tratamiento expedito, con plazos breves, atenuado en las formalidades procesales con la única finalidad de imprimirle el trámite que su naturaleza merece, el de un verdadero proceso urgente, en donde además, dentro de la potestad jurisdiccional amplia que deben poseer los magistrados, también cabe plantear –en atención a la tendencia innegable que existe-, la facultad de realizar de oficio el control de convencionalidad.

El vértigo reformista en la que nos encontramos inmersos compuesto no sólo a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación¹³, y la reforma al Código Procesal Penal, sino que también, un poco más atrás en el tiempo, al régimen de medidas cautelares en los procesos donde el Estado Nacional es

¹² GOZAÍN, Alfredo, “La subsidiariedad del amparo”, La Ley 1996-D, 212.

¹³ En adelante, CCyCN.

parte, entre otros, invita reflexionar un poco más, o por lo menos plantearnos un interrogante en torno a nuestro sistema federal, la seguridad jurídica, y la necesidad de armonizar las distintas legislaciones procesales que existen a nivel federal y en las distintas provincias de nuestro país.

Esta afirmación no escapa al hecho de que cada Provincia de nuestra República Argentina, tiene reservada sus facultades de legislar sus garantías constitucionales.

Empero, el postulado de la armonización de los distintos procesos judiciales, sus plazos, incluso sus distintas etapas procesales, no atentan de ningún modo contra nuestro sistema federal, antes bien, vigoriza la seguridad jurídica. Sobre todo, a poco que advertimos que un sistema federal se asienta en la idea de la descentralización territorial del Poder. Tal característica, no impide, de ningún modo, materializar un consenso en las legislaciones procesales de nuestro país. Es decir, no se es menos Federal por encontrar acuerdo en legislaciones procesales y procedimentales, que entiendo que inevitablemente se van a tener que comenzar a realizar, cuando entre en vigor el CCyCN. Y esto así, pues el citado cuerpo normativo, trajo con sí, ciertas reformas procesales que alterarían legislaciones locales, cuestión que no se puede dejar de subrayar, que tuvo la aprobación de todos los representantes del pueblo, pues el citado cuerpo normativo fue aprobado por el Poder Legislativo de la Nación.

Como escribía Borges, en el poema sábados –publicado en 1923- “Alguien descrucifica los anhelos”. Con esto, ocurre algo similar, siendo que este noble objetivo de homogenizar ciertas cuestiones básicas que hacen a la tramitación de los procesos, es un desafío que la Ciencia Procesal tiene allí pendiente, y debe llevar a cabo.

De modo que comparto este afán con cierta ilusión, no con mucha, porque luego, dependiendo del resultado que se configurará con el devenir del tiempo, sobrevendrá también en desilusión. Y ello es así, porque una enorme expectativa que se pone sobre algo, puede traer con sí, una enorme decepción. Como se puede ver, no queda más que pensar, que la medida de la expectativa, también es, la misma medida de la desilusión.