

Derecho Procesal Civil - COMISIÓN n° 1

Tema (título de la ponencia): “La inadmisibilidad del amparo por existir otra vía que permita la protección del derecho fundamental manifiestamente afectado”

Autor: Sosa, Toribio Enrique (Univ.Nac.La Pampa)

Conclusiones

Si y mientras se da el caso de violación manifiesta de derechos fundamentales:

a- el amparo de estructura sumaria es una vía judicial rápida, sencilla y efectiva, en principio insuperablemente idónea;

b- otra vía idónea y efectiva que pueda ser considerada alternativa del amparo ha de ser judicial; y a todo evento la opción entre éste y aquélla es un derecho del interesado;

c- los jueces no pueden válidamente declarar inadmisibile la pretensión de amparo so pretexto de no ser la vía judicial más idónea; con menor razón aún pueden válidamente declararla inadmisibile porque existan otros medios no judiciales (administrativos) cualquiera fuese su supuesta idoneidad;

d- los jueces no pueden válidamente declarar inadmisibile la pretensión de amparo con la excusa de existir otra vía judicial cuya utilización no cause daño grave o irreparable al derecho fundamental de cuya protección se trata; es intrínsecamente grave y reclama reparación urgente cualquier violación manifiesta de los derechos fundamentales, allende la magnitud o la irreparabilidad del daño provocado por esa violación;

e- si planteada una pretensión de amparo los tribunales entendiesen que existe una vía judicial más idónea (art. 43 Const.Nac.), o que existe otra vía judicial ordinaria que pueda transitarse sin daño grave o irreparable (art. 20.2 Const.Bs.As.), no pueden rechazar la pretensión con

ese argumento, sino en cambio deben reconducirla a través del carril procesal estimado corresponder.

Referencia a Congresos anteriores

XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Corrientes 6 al 8 de agosto de 1997.

COMISIÓN Nº 3 (Derecho Procesal Constitucional y Administrativo) – Conclusiones por mayoría en el TEMA I “Los procesos constitucionales: Amparo. Hábeas Data y hábeas corpus” (ver en Quiroz Fernández, Juan C. “Congresos Nacionales de Derecho Procesal. Conclusiones”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, pág. 298/300).

La inadmisibilidad del amparo por existir otra vía que permita la protección del derecho fundamental manifiestamente afectado

1- Todavía se sigue pensando al amparo en términos jurídicamente vetustos, lo cual sucede -y ahí nos vamos a detener solamente- cuando los tribunales remiten sin más ni más a otra vía judicial o no judicial y así frustran la garantía.

A esos tribunales les sucede lo que al protagonista del siguiente cuento breve: “Un oso recorría constantemente, arriba y abajo, los seis metros de largo de su jaula. Cuando, al cabo de cinco años, quitaron la jaula, el oso siguió recorriendo arriba y abajo los mismos seis metros, como si aún estuviera en la jaula. Y lo estaba... para él.” ¹

Los tribunales tienen por delante la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 ¿y será posible que algunos todavía sigan pensando el amparo prescindiendo de esa reforma?

Vamos con un caso real: autos “Instituto de Lotería y Casinos de la Provincia de Corrientes c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo ley 16.986”, sentencia de la Corte Suprema de la Nación del 16 de mayo de 2024, pocos días antes de ser redactada esta ponencia.²

¿Qué sucedió? Planteada acción de amparo, la parte demandada arguyó que no era la vía procesal idónea. El juzgado federal hizo lugar a la acción de amparo, sin considerar esa cuestión. La parte demandada apeló, pero, en sus agravios, no aportó ninguna crítica concreta y razonada sobre el tema de la vía procesal, es decir, no insistió con su planteamiento sobre que el amparo no era la vía procesal idónea. En tales condiciones, la cámara federal de apelaciones, pese a la falta de agravio específico, revocó la sentencia de 1ª instancia y rechazó la acción de amparo por no resultar la vía procesal idónea. Contra esa sentencia, la parte amparista entabló el

¹ DE MELLO, Anthony “La oración de la rana”, Ed. Sal Terrae, Santander, 7ª ed., 1991, pág. 124

² Ver la sentencia íntegra en <https://lc.cx/A0YkLj>

recurso extraordinario federal del art. 14 de la ley 48 y la Corte Suprema de la Nación dejó sin efecto la sentencia de la cámara en razón de haber violado el principio de congruencia.

De la lectura de los considerandos 4°, 5° y 6° del fallo queda en claro que la cámara había rechazado el amparo de oficio, sin agravios, por considerar que no era la vía procesal idónea. Pero si el amparo fue de alguna manera rescatado por la Corte Federal, no fue reivindicándolo como vía procesal adecuada sino por haber violado la cámara el principio de congruencia.

3- El amparo es varias cosas al mismo tiempo: entre otras, es una garantía, es una técnica para la tutela judicial urgente de derechos fundamentales y es un método de control judicial de la supremacía constitucional y de la legitimidad del obrar de la autoridad pública y de los particulares.

Como toda pretensión, la de amparo entraña una *afirmación* y un *pedido*:³ es la afirmación de un derecho subjetivo fundamental afectado (lesionado, alterado, amenazado, restringido) con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y es el pedido de que se ordene el cese urgente de esa afectación para el restablecimiento pleno del derecho subjetivo fundamental; eso así con o sin declaración de inconstitucionalidad de la norma que sustente esa afectación.

Como acción y proceso, el amparo es el derecho de hacer valer la pretensión de amparo, a través de un procedimiento judicial sencillo, rápido y eficaz, respectivamente.

4- ¿Cuál fue la evolución del amparo, en el orden nacional?

No podemos extendernos aquí para analizar en detalle la evolución del amparo entre nosotros, hasta hoy, en todas sus facetas. Sólo mencionaremos, en cuanto aquí importa, las siguientes etapas en el ámbito nacional:

³ CUCATTO, Mariana y SOSA, Toribio E. "La pretensión es un pedido y algo más: diálogos entre la lingüística y el derecho procesal", en JA del 9/12/2015, t. 2015-IV.

a- negacionista: sin reglamentación legal no existe acción que ampare derechos constitucionales, más allá de la libertad física que está legalmente amparada a través del *habeas corpus* (ej. CSN: “Bertotto”, abril de 1933, Fallos 168:15; “Malvar”, setiembre de 1933, Fallos 169:103).

b- transicional por acuerdo de partes: en “Compañía Sudamericana de Servicios Públicos SA c/ Comisión de Fomento de Gálvez” (noviembre de 1935, Fallos 174:178), el actor interpuso amparo, el demandado no objetó, el juzgado y la cámara tampoco, entonces la CSN dijo que sólo le llegaba recurrida la cuestión de fondo y no la vía formal, sin que con ello se vea comprometido ningún principio de orden público; entonces, por voluntad de las partes sin objeción de 1ª y 2ª instancia, la CSN habilitó el amparo;

c- transicional para protección de jueces (CSN, 1945): Salvador Dana Montaña (juez federal de Santa Fe, por decreto trasladado a San Rafael) y Rodolfo Barraco Mármol (destituido y arrestado);

d- transicional en una disidencia: en “San Miguel” (mayo de 1950, Fallos 216:606); estando en vigencia la Constitución Nacional de 1949, la CSN mantuvo su postura negacionista tradicional; pero se registró la disidencia del ministro Tomás D. Casares: la garantía de *habeas corpus* del art. 29 de la Constitución debía ser extendida a cualquier libertad de la persona, no sólo a su libertad física;

e- transicional: rechazo del amparo, pero no por la argumentación negacionista tradicional; en instancias de grado venía rechazado el amparo porque el *habeas corpus* sólo tutela la libertad personal, y la CSN no rechazó el amparo por eso, sino porque no se había demostrado lesión efectiva de derecho alguno ni amenaza de lesión irreparable;

f- reconocimiento: casos “Siri” (27/12/1957, Fallos 239:461) y “Kot” (5/9/1958, Fallos 241:295);

g- recepción legislativa: ley 16986 (1966), regulando el proceso de amparo contra actos de autoridad pública; CPCC Nación (1968), reglando el proceso sumarísimo contra actos de particulares (art. 321.2);

h- otras leyes nacionales: amparo impositivo (Ley nacional de procedimiento fiscal, n° 11683, arts. 182 y 183); amparo por mora de la Administración (Ley nacional de procedimientos administrativos, n° 19.549,

art. 28); amparo por mora de la Administración en materia de seguridad social (Ley de justicia federal de seguridad social, n° 24.655, art. 2.d); amparo del elector (Código Electoral Nacional, Ley n° 19.945, arts. 10, 11 y 147); amparo sindical (Ley de Asociaciones Sindicales de Trabajadores, n° 23.551, art. 47); amparo aduanero (Código Aduanero, Ley n°22.415, arts. 1160 y 1161);

i- enclave constitucional del amparo: en el art. 43 de la Constitución Nacional según la reforma del año 1994;

j- enclave supranacional del amparo, a través del art. 75.22 de la Constitución Nación según la reforma del año 1994: se confiere jerarquía constitucional a ciertos tratados y convenciones sobre DD.HH, los cuales contienen previsión sobre el amparo.

5- Para precisar el enclave jurídico del amparo hoy, cabe considerar que:

a- Argentina es un Estado federal (art. 1 Const. Nac.), en el que las provincias deben reconocer como piso los mismos derechos y garantías que la Constitución Nacional (arts. 5 y 31 Const.Nac.);

b- Argentina como Estado parte en convenciones y tratados sobre DD.HH: debe reconocer como piso los derechos y garantías reconocidos en esas convenciones y tratados (arts. 1.1, 2 y 29 incisos b, c y d “Pacto San José Costa Rica”).

De tal modo que:

a- la normativa nacional no puede “amparar” menos que los tratados internacionales de DD.HH (v.gr. Pacto San José Costa Rica, arts. 1.1, 2, 25.1 y 29 b,c y d);

b- si la normativa provincial no puede “amparar” menos que la normativa nacional (arts. 5 y 31 Const.Nac.), tampoco puede “amparar” menos que los tratados internacionales de DD.HH.

Las provincias pueden amparar más que la nación y que los tratados internacionales de DD.HH., pero no menos; la nación puede amparar más que los tratados internacionales de DD.HH., pero no menos. ¿Cómo se puede amparar menos? Por ejemplo, instaurando

requisitos que restringen indebidamente la admisibilidad de la acción de amparo.

6- Tomemos por ejemplo el art. 25.1 del “Pacto de San José de Costa Rica” (en adelante, el “Pacto”).

“25. Protección judicial

1º) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. [...]” (el resaltado y subrayado de la partícula disyuntiva “o” no es del original).

¿Dónde está el amparo allí? Se lo ve en la locución “un recurso sencillo y rápido”. Lo sencillo y rápido connota que la violación de los derechos fundamentales debe ser manifiesta, que debe tratarse casi de una causa que no requiere de prueba, casi de una causa de puro derecho. Por eso es que el amparo debe ser entendido como un proceso técnicamente sumario, con recortes que repelen un debate amplio y profundo y que hacen que la sentencia no pueda hacer más que cosa juzgada formal.⁴ La estructura sumaria parece ser muy idónea como procedimiento judicial sencillo, rápido y efectivo, más todavía que un proceso plenario abreviadísimo (como el proceso sumarísimo del art. 498 CPCC Nación).

¿Y cómo debe interpretarse la disyunción “o”? Bueno, los dos términos de la opción “esto o aquello” están previsto como un derecho del interesado en el art. 25.1 del “Pacto”. El interesado tiene derecho a “un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes”. Si la opción juega a favor del interesado (porque tanto una como otra alternativa son “su” derecho) y si el interesado elige el amparo, no se le puede decir que el amparo, de estructura sumaria (rápida y sencilla), es inadmisibile porque hay otra vía judicial (o peor, no judicial)

⁴ No confundir con el llamado proceso sumario del CPCC Bs.As., que no es técnicamente un proceso sumario sino que es técnicamente un proceso plenario abreviado, como lo reconoce didácticamente su propio art. 838 texto según ley 13634

supuestamente también efectiva. Según el art. 25.1 del “Pacto”, la disyunción “o” debe jugar a favor del interesado para que pueda precisamente optar a los fines de lo que considere la mejor defensa posible de sus derechos fundamentales, no está prevista para que los jueces “interpreten” que el amparo es inefectivo porque hay otra vía judicial algo más o menos efectiva (o, peor, no judicial). La “o” pertenece al interesado que acciona en defensa de lo que considera son sus derechos fundamentales conculcados, no pertenece a los jueces nada más que para desembarazarse precozmente del expediente dando sensación de celeridad procesal. Los jueces deberían preocuparse más acerca de si hay o no hay un derecho fundamental manifiestamente violado a través de un acto de autoridad o de particulares, y menos sobre si hay o no hay alguna otra vía circundando por los alrededores.

7- El artículo 43 de la Constitución Nacional determina que es admisible la pretensión de amparo *“siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”*.

Según ese precepto, es inadmisibile la acción de amparo si existe otro medio judicial más idóneo. Ese recaudo no se compagina bien con la normativa supranacional, en tanto que el art. 25.1 del “Pacto” no establece ese requisito de admisibilidad, sino que antes bien le confiere un derecho de opción al interesado, que puede elegir entre el amparo (medio judicial rápido y sencillo) u otro medio también judicial que considere efectivo.

Pero, pese a esa inconsistencia, algunos aspectos positivos pueden rescatarse del art. 43 de la Constitución Nacional.

Por lo pronto, el medio más idóneo que el amparo debe ser judicial, no puede ser considerado por los jueces más idóneo un medio no judicial (ej. administrativo).

Por otro lado, si el amparo es concebido como proceso técnicamente sumario, difícilmente habrá otro medio judicial más idóneo para proporcionar una tutela judicial sencilla, rápida y efectiva de los derechos fundamentales manifiestamente violados; desde esa perspectiva, debería caer en saco roto el enunciado *“siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”*, ya que normalmente no lo habrá. Ya hemos aseverado

que, con sus recortes que repelen un debate amplio y profundo y que hacen que la sentencia no pueda hacer más que cosa juzgada formal, la estructura sumaria parece ser la más idónea como procedimiento judicial sencillo, rápido y efectivo.

¿Y qué si por ventura hubiera otro medio judicial hipotéticamente más idóneo? Si el interesado ha elegido el amparo en todo caso ha de entenderse que ha renunciado a su derecho de utilizar, cuanto menos de arranque (recordemos lo de la cosa juzgada formal...), ese otro medio judicial hipotéticamente más idóneo, derecho que se le reconoce en el art. 25.1 del “Pacto”. Habiendo optado por un amparo, el interesado se expone por ejemplo a una resolución judicial que, mediante una fundamentación razonable (art. 3 CCyC), le responda negativamente argumentando que, para poder detectar la violación de sus derechos fundamentales invocados, hace falta transitar un proceso plenario dado que esa aducida violación no es manifiesta; siguiendo este ejemplo, la mayor idoneidad del proceso plenario resultaría entonces del carácter no manifiesto de la violación de los derechos fundamentales aducidos; pero, se insiste, si fuera manifiesta la violación de los derechos fundamentales aducidos, no parece haber vía judicial más idónea (sencilla, rápida y efectiva) que un amparo de estructura sumaria.

En suma, a la luz del art. 43 de la Constitución Nacional, la inadmisibilidad de la pretensión de amparo no puede ser declarada, entonces, so pretexto de otro medio “no judicial” (ej. administrativo) supuestamente más idóneo, ni menos bajo la mera excusa, sin fundamentación razonable, de la existencia de otro medio judicial supuestamente “más idóneo”. Todo lo cual por ejemplo abroga tácitamente el art. 2.a de la “vieja” (año 1966) ley nacional 16986, en cuanto establece que la acción de amparo no es admisible cuando *“Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”*.

8- Tampoco puede ser declarada la inadmisibilidad del amparo porque exista alguna vía que pueda usarse sin causar daño grave o irreparable al derecho fundamental afectado, como, contra el alcance del art. 43 de la

Constitución Nacional, lo establece el art. 20.2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (también según reforma del año 1994): *“El Amparo procederá ... siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable ...”*.

Para empezar, ese precepto constitucional local tiene una composición gramatical compleja que no facilita su comprensión: “...siempre que no ... sin...”. Pasado a términos asertivos expresa: el amparo es admisible si el uso de un “remedio ordinario” pudiese causar daño grave o irreparable al derecho fundamental de cuya protección se trata y es inadmisibile en caso contrario, vale decir, es inadmisibile cuando el uso de un “remedio ordinario” no pudiese causar ese daño grave o irreparable. No poder causar daño grave o irreparable es, desde luego, no poder causar daño alguno; pero también es poder causar daño que no sea grave o irreparable, aunque sea “un poco” de daño a fin de cuentas. Según ese art. 20.2 de la constitución bonaerense si hay un “remedio ordinario” alternativo cuyo uso pueda dañar el derecho fundamental “pero no tanto”, es inadmisibile el amparo y es admisible, en vez, el “remedio ordinario”.

Tal como lo apreciamos, el art. 20.2 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires no puede ser interpretado sin tener a la vista la supremacía del art. 43 de la Constitución Nacional (arts. 5 y 31 Const.Nac.).

Así, donde ese art. 20.2 alude a “remedios ordinarios”, debe entenderse que con esa expresión denota “medios judiciales”: el remedio ordinario del art. 20.2 no puede ser algo diferente que el medio judicial del art. 43 (arts. 5 y 31 Const.Nac.).

Lo que es serio, por restrictivo del alcance del amparo contra lo reglado en el art. 43 de la Constitución Nacional (y más aún contra el art. 25.1 del “Pacto”), es considerar admisible el amparo sólo cuando la violación manifiesta de los derechos fundamentales es grave o irreparable; dicho a la inversa, si la violación manifiesta de los derechos fundamentales no es grave o irreparable, es inadmisibile el amparo.

Dicho con ironía cuanto sigue: la violación manifiesta de los derechos fundamentales, si no es grave o irreparable, no merece el amparo; si los derechos fundamentales se están violando manifiestamente, “pero un poquito, no mucho,” es inadmisibile el amparo; si los derechos fundamentales

se violan y violan y violan manifiestamente pero más adelante vislumbramos en el horizonte la posibilidad de alguna clase de reparación, es inadmisibles el amparo; si el “remedio ordinario” (rectius, medio judicial según el art. 43 Const.Nac.) del art. 20.2 de la constitución bonaerense causa daño grave o irreparable al derecho fundamental que se quiere defender, recién entonces será menos idóneo que el amparo, pero si no causa daño grave o irreparable al derecho fundamental que se quiere defender, sólo por eso, es más idóneo que el amparo. Todo eso suena absurdo si en cambio se cree que lo urgentemente tutelable es el derecho fundamental para hacer cesar su violación manifiesta cuanto antes (o mejor, para evitarla), allende la gravedad o reparabilidad posterior de su violación.

Machacamos: ¿el medio judicial alternativo al amparo es más idóneo sólo porque no causa daño grave o irreparable? ¿el amparo sólo es más idóneo cuando la violación manifiesta de los derechos fundamentales es grave o irreparable? ¿si la violación de los derechos fundamentales no es grave o no es irreparable, cualquier vía judicial diferente del amparo es más idónea que el amparo? ¿no es suficientemente grave, para justificar el amparo, la violación manifiesta de alguno de los derechos fundamentales, cualquiera sea su gravedad o reparabilidad?

El art. 20.2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires contiene una restricción que contradice el art. 43 de la Constitución Nacional (y también el art. 25.1 del “Pacto”) cuando deja fuera del cobijo del amparo las afectaciones manifiestas de derechos fundamentales que no sean graves o que no sean irreparables.

9- En cualquier caso, si planteada una pretensión de amparo los tribunales entendiesen que existe una vía judicial más idónea (art. 43 Const.Nac.), o que existe otra vía judicial ordinaria que pueda transitarse sin daño grave o irreparable (art. 20.2 Const.Bs.As.), no pueden rechazar la pretensión con ese argumento, sino en cambio deben reconducirla a través del carril procesal estimado corresponder.⁵

⁵ SOSA, Toribio E. “La reingeniería procesal y la reconducción de las postulaciones”, en “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, pág. 579.

10- Apurando una síntesis impuesta por los límites de este trabajo, no queremos dejar de expresar que:

a- ni las provincias pueden “amparar” menos que la Nación (arts. 5 y 31 Const.Nac.), ni la nación ni las provincias pueden “amparar” menos que los tratados internacionales de DD.HH: más sí, menos no (ver v.gr. arts. 1.1, 2, 25.1 y 29 b,c y d del “Pacto”);

b- así como en materia de amparo para las provincias el art. 43 de la Constitución Nacional es el “piso”, tanto así para la nación y las provincias los tratados internacionales de DD.HH. son el “piso”: el “peso” protectorio del amparo sí se puede “aumentar” pero no “disminuir”.

Por lo tanto, en nuestro entendimiento, **si y mientras se da el caso de violación manifiesta de derechos fundamentales:**

a- el amparo de estructura sumaria es una vía judicial rápida, sencilla y efectiva, en principio insuperablemente idónea;

b- otra vía idónea y efectiva que pueda ser considerada alternativa del amparo ha de ser judicial; y a todo evento la opción entre éste y aquélla es un derecho del interesado;

c- los jueces no pueden válidamente declarar inadmisibile la pretensión de amparo so pretexto de no ser la vía judicial más idónea; con menor razón aún pueden válidamente declararla inadmisibile porque existan otros medios no judiciales (administrativos) cualquiera fuese su supuesta idoneidad;

d- los jueces no pueden válidamente declarar inadmisibile la pretensión de amparo con la excusa de existir otra vía judicial cuya utilización no cause daño grave o irreparable al derecho fundamental de cuya protección se trata; es intrínsecamente grave y reclama reparación urgente cualquier violación manifiesta de los derechos fundamentales, allende la magnitud o la irreparabilidad del daño provocado por esa violación;

e- si planteada una pretensión de amparo los tribunales entendiesen que existe una vía judicial más idónea (art. 43 Const.Nac.), o que existe otra vía judicial ordinaria que pueda transitarse sin daño grave o irreparable (art. 20.2 Const.Bs.As.), no pueden rechazar la pretensión con

ese argumento, sino en cambio deben reconducirla a través del carril procesal estimado corresponder.