

Capítulo XV

UN DÍA EN LA JUSTICIA. LOS AMPAROS DE LOS ARTS. 43 Y 75 INC. 22 DE LA CONSTITUCIÓN ¹

1. *Antes, ahora, después*

El amparo tuvo un nacimiento promisorio en los casos *Siri* ² y *Kot*,³ que luego se vio disminuido por el impacto de la llamada ley 16.986, que limitó su procedencia. En virtud de ella, en los años que siguieron se fue imponiendo una jurisprudencia limitativa, que exigía entre otros recaudos la no existencia de otra vía administrativa o judicial para defender el derecho, la gravedad o irreparabilidad del daño, el carácter manifiesto de la lesión a la garantía constitucional, la imposibilidad de pedir la inconstitucionalidad de una ley, decreto u ordenanza, etc.

Una de las causales favoritas de rechazo del amparo fue por ejemplo que la cuestión era susceptible de mayor debate y prueba (¡qué cuestión no lo es!),⁴ seguida por el no haber agotado la instancia administrativa (como si de algo sirviera que

^{1.1} Comparar, entre los comentarios posteriores a la reforma constitucional, BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, La reforma constitucional de 1994, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 311 y ss.; GOZAÍNI, OSVALDO A., *El derecho de amparo*, Depalma, 1995 (y anteriormente, aunque de publicación ulterior, *El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional*, LL, 21-XI-95); NATALE, ALBERTO, *Comentarios sobre la Constitución*, Depalma, 1995; COLAUTI, CARLOS E., *Derechos humanos*, Buenos Aires, Universidad, 1995; DROMI, ROBERTO y MENEM, EDUARDO, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, ps. 159 y ss.; SAGUÉS, NÉSTOR PEDRO, *Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional*, LL, 1994-D, 1551; QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, “El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución nacional,” en el libro colectivo *La reforma de la Constitución*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 109 y ss.; BARRA, RODOLFO CARLOS, *La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar*, LL, 1994-E, 1087; RIVAS, ADOLFO A., *El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina*, LL, 1994-E, 1330; *Pautas para el nuevo amparo constitucional*, ED, 1994; ROSALES CUELLO, RAMIRO, *Nueva etapa en la vida del amparo*, ED, 20-II-95; PANCALLO D’AGOSTINO, MARTÍN, *Nuevas motivaciones y ámbito para el amparo*, ED, 160: 996; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *La silueta del amparo después de la reforma constitucional*, La Ley, 15-XI-95, Suplemento Especial, p. 54.

^{1.2} *Fallos*, 239: 459.

^{1.3} *Fallos*, 241: 291; LL, 92: 632.

^{1.4} Ya decía LEIBNIZ que mientras las características o datos de la realidad son infinitos, nuestra facultad de percepción es finita: para un desarrollo, ver la segunda parte del cap. I del t. 1º de nues-

la propia autora del daño se haya pronunciado sobre un reclamo contra él), etc.

La reforma de 1994 tiene al menos un carácter múltiple: por una parte el nuevo texto del art. 43, por otra la expresa recepción de las normas supranacionales en la materia. El art. 43, a su vez, tiene *dos* supuestos diferentes de amparo en sus párrs. 1º y 2º. Ello, sin computar los otros dos mecanismos de los párrs. 3º y 4º: *habeas data* y *habeas corpus*. El *habeas data*, por lo general, se considera una modalidad de amparo.⁵

Es cierto que así como antes se discutía si los tratados tenían o no un rango superior a la ley, lo que la Constitución contesta por la afirmativa, ahora hay quienes se preguntan si tienen o no un rango superior a la Constitución. Ahora bien, lo menos que podrá admitirse es que integran el rango normativo superior del Estado, y que la Constitución debe ser interpretada en consonancia con ellos, sin que pueda negarse la existencia o el alcance de algún derecho de carácter supranacional sobre la base de la interpretación restrictiva o limitativa de alguna norma constitucional.⁶

La primera cuestión es así determinar si las normas supranacionales reconocen un mecanismo de tutela diferente en materia de amparo; la segunda, cuál es el orden de prelación de las normas en su interpretación y aplicación y si son susceptibles de armonización.

2. Las normas supranacionales

2.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre

El art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre dice que “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. *Asimismo* debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”

Dicha disposición le da al individuo el *doble derecho* (concurrente, no alternativo o excluyente) de acudir ante los tribunales de manera genérica en *trato Tratado de derecho administrativo*, 8º ed., 2003 y más específicamente *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1995, reimpresión. RIVAS considera que la cuestión está superada con la actual reforma constitucional, *Pautas...*, op. cit., IX.

^{1.5} Ver entre otros BIANCHI, ALBERTO B., *Habeas data y derecho a la privacidad*, ED, 161-866; CIFUENTES, SANTOS, *Derechos personalísimos*, Astrea, 1995; del mismo autor, *Protección inmediata de los datos privados de la persona. Habeas data operativo*, La Ley, 15 de noviembre de 1995; BERGEL, SALVADOR M., *El habeas data: instrumento protector de la privacidad*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, vol. 7, p. 214; VANOSSI, JORGE R., *El habeas data: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa*, ED, 159-948; EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, *El hábeas data en la reforma constitucional*, LL, 15-XI-95, Suplemento Especial, p. 42; ITZICOVICH GRIOT, ALEJANDRO, *Habeas data. Un gran paso y una tarea pendiente*, LL Actualidad, 27-X-94; SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional*, LL, 1994-D, 1151; GOZAINI, *El derecho de amparo*, op. cit.

^{1.6} Tratamos el punto en la 8ª ed. del t. 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 2003, cap. VII.

^{3.1} El citado cap. VII del t. I de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, op. cit.

cualquier caso y de manera específica *también* (“asimismo”) para los “derechos fundamentales consagrados constitucionalmente,” caso en el cual agrega un requisito adicional a favor del individuo: requiere que el Estado le provea de un procedimiento sencillo y *breve* para la tutela de tales derechos, y *no establece limitación alguna*, por ejemplo que no haya otro medio administrativo o judicial para hacerlo, que la violación sea manifiesta o el daño irreparable, etc.

La redacción es clara, en cada país signatario la tutela de los derechos constitucionales debe tener un remedio sencillo y *breve sin condicionamiento ni limitación alguna*.

2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Lo mismo surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que se dispone: “Art. 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso *sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales *competentes*, que la ampare contra actos que violen *sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución*, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: *a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*”

2.3. Declaración Universal de Derechos Humanos

Igual concepto encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo art. 8° establece que “Toda persona tiene derecho a un *recurso efectivo*, ante los tribunales nacionales *competentes*, que la ampare contra actos que violen sus *derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.*”

2.4. Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos establece en su art. 2°, inc. 3°: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: *a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo*, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; *b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c)*

Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

2.5. *Resumen comparativo*

2.5.1. *Los textos*

Convención Americana sobre Derechos Humanos: “un recurso *sencillo y rápido* o a cualquier otro recurso *efectivo...* que la ampare contra actos que violen sus *derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención.*”

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “un procedimiento *sencillo y breve...* (que) lo ampare contra actos... (que violen)... los derechos *fundamentales consagrados constitucionalmente.*”

Declaración Universal de Derechos Humanos: “un *recurso efectivo...* que la ampare contra actos que violen sus *derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.*”

Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos: “*un recurso efectivo...* (para) “*los derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto.*”

2.6. *Primeras conclusiones*

Todas las normas referidas son claras en distinguir la defensa en juicio en general, de la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los tratados, las constituciones o las leyes de cada país en particular: para los segundos exige, sin limitación ni recaudo alguno, un procedimiento especial, sencillo, breve, efectivo, ante los tribunales competentes.

Y como dice el art. 2º, inc. 3º, apartado b) del Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos, “La autoridad competente, judicial... *decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.*” O en las palabras del art. 25 inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado *decidirá sobre los derechos* de toda persona que interponga *tal* recurso.”

El primer texto citado no incluye lo que sí hacen los tres últimos, que debe tratarse de un tribunal judicial competente, no cualquiera.

3. *Conflicto o complementariedad entre los arts. 43 y 75 inc. 22*

3.1. *Jerarquía o armonía*

Parece hoy en día claro es que *si la Constitución y los pactos consagran la inviolabilidad de la defensa en juicio*, lo menos que puede considerarse es que

resultan también inviolables todos los mecanismos de defensa tutelados por los pactos internacionales, ya que de otro manera se privaría de sentido tanto al art. 18 como a los pactos y al mismo art. 75 inc. 22.

No debe pensarse que dando esta jerarquía a los tratados se lesiona el antiguo art. 31 de la Constitución, pues es claro por ejemplo que él queda sin efecto en el supuesto del art. 75 inc. 24. Del mismo modo el art. 31 no puede ser óbice para una interpretación armónica entre los art. 43 y 75 inc. 22.

En cualquier caso, es la misma constitución que recoge los tratados en dicha norma, y no puede entenderse que lo que resuelve en el art. 75 inc. 22 quedara negado o recortado por otro art. del mismo cuerpo normativo. Es necesario buscar una armonía de tales disposiciones. Ello, sin entrar a que en verdad las normas supranacionales tienen jerarquía sobre las locales.¹ Pero no es necesario recurrir a ello para resolver la cuestión.

3.2. *Comparación del art. 43 y las normas supranacionales.*

Por lo expuesto, si bien existe un cierto margen de disfuncionalidad en la primera parte del art. 43, ella debe resolverse a favor de la libertad y de la tutela de los derechos, en consonancia con el propio art. 18 en su lectura a la luz de los pactos supranacionales.

Comencemos con la comparación de los arts. 43 y 75 inc. 22 en su remisión a una vía rápida, expedita, breve y sencilla para la defensa de los derechos y libertades fundamentales previstos en las constituciones o en las leyes.

4. *Diferencias entre el 43 y el 75 inc. 2*

4.1. *Mayor restricción del primer párr. del art. 43*

El art. 43 en su primera parte es más restringido sobre todo en dos causales de exclusión:

Exige que no exista otro medio judicial más idóneo, los textos supranacionales no.

Requiere arbitrariedad o ilegalidad *manifiesta*, los tratados no. La segunda cuestión en que existe aparente discrepancia entre el art. 43 y las normas supranacionales es en la exigencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Tales recaudos no aparecen en las normas supranacionales y pensamos que en su consecuencia deben prevalecer éstas por sobre la restricción constitucional. En cualquier caso, que el vicio sea manifiesto en definitiva queda librado a la apreciación judicial. No se trata de un grado de evidencia que deba reunir requisitos extraordinarios, basta con que el propio juez luego de analizados los documentos y pruebas aportados en el amparo, pueda libremente arribar a la conclusión de

^{4.1} En sentido similar QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 125.

^{4.2} Un curioso debate es si están legitimadas ya las asociaciones existentes o si deben en cambio

que el acto es ilegítimo. *El vicio manifiesto no es un criterio de admisibilidad, sino que lo aprecia el juez en la sentencia: lo ve o no lo ve, esto es todo.*¹

4.2. Mayor amplitud del 43

A la inversa, los tratados internacionales son más restringidos y el art. 43 más amplio en otros dos aspectos:

El art. 43 se refiere tanto a *todos* los derechos tutelados por la constitución, tratados o leyes; los pactos de derechos humanos se refieren específicamente a los derechos y libertades *fundamentales* tutelados en la Constitución, los tratados o las leyes. Esta diferencia puede no ser sustancial habida cuenta que hay consenso que el amparo no procede para la tutela de cualquier derecho. (Los casos típicos de la ejecución de un pagaré, un desalojo, juicio de filiación, etc.)

4.3. Los dos amparos del art. 43 y el amparo del art. 75 inc. 22

Los tratados internacionales reconocen el derecho al titular efectivo, personal y directo, de la libertad o derecho lesionado.

El 2º párr. del art. 43 reconoce legitimación amplia que incluye “*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.*” La legitimación es muchísimo más amplia en el 2º párr. del art. 43 al incluir a las asociaciones de usuarios y consumidores,² y al prever la tutela de derechos de incidencia colectiva, que es una categoría más amplia aún que las *class actions* del derecho norteamericano.³ El recurso de los pactos es un recurso de carácter personal e individual.

Por ello GELLI ha señalado con acierto⁴ que el art. 43 de la Constitución incluye dos amparos diferentes: uno, el contemplado en el § 1, solamente relativo a personas directamente lesionadas en sus derechos individuales; otro, el del 2º párr., que tutela además expresamente los derechos de incidencia colectiva en general (incluyendo usuarios, consumidores, la competencia, el medio ambiente, la discriminación, etc.)⁵ El 2º párr., al legitimar al defensor del pueblo⁶ y las esperar la ley. En la primera tesis BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 320; en la segunda SAGÜÉS, *op. cit.*, III-7. Va de suyo que adherimos a la primera.

^{4.3} Las equipara BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 317. Ver también QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 154, quien recuerda en igual sentido a MORELLO.

^{4.4} Art. citado, punto IV, p. 55.

^{4.5} Parece expresar lo mismo en el punto II, aunque concluye asimilándolos en el VI, GOZAÍNI, *El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional, op. cit.*

^{4.6} El defensor del pueblo aparece legitimado aquí a texto expreso para tales derechos de incidencia colectiva, en tanto que el art. 86 lo legitima también a texto expreso para la defensa de los derechos humanos; a nuestro juicio con igual encuadre general de acción pública en defensa de la legalidad, sin necesidad de que también pleitee un individuo lesionado en forma directa e inmediata, o directa, inmediata y exclusiva según se quiera enfatizar el intento de restricción del acceso a la justicia.

^{4.7} Algunos autores, en un fallido intento al sarcasmo, gustan de llamarlo “interés confuso.” Pero la única confusión es no distinguir los supuestos del 1º y 2º párr. del art. 43, tan diametralmente distintos como para impedir confusión alguna.

diversas asociaciones expresamente está señalando que no se requiere aquí la lesión al derecho de una persona concreta, y con mayor razón que también están legitimados cuando tal lesión individual existe.

Ni siquiera hace falta discurrir acerca de la diferenciación entre derecho subjetivo e interés legítimo, interés difuso,⁷ etc. No requiere demostración alguna la legitimación del Defensor del Pueblo, pues se la da la Constitución,⁸ y lo mismo ocurre para las asociaciones (cooperativas, fundaciones, etc.) entre cuyo objeto expreso o implícito⁹ pueda considerarse incluida la defensa de los derechos de incidencia colectiva: del usuario, el consumidor, la competencia, el medio ambiente, etc. Lamentablemente, algunos fallos todavía razonan como si el amparo del art. 43 se agotara en el primer párrafo, y desconocen por entero el segundo.¹⁰

De lo expuesto se sigue otra consecuencia: los pactos de derechos humanos se refieren exclusivamente a las personas físicas, en tanto que la Constitución en su enumeración de derechos y garantías, incluido el amparo del art. 43, se refiere a las personas físicas o jurídicas. También en este punto, pues, son más amplios los dos recursos de amparo del art. 43 que el de los pactos de derechos humanos.

4.4. *El procedimiento*

Hay además otra diferencia:

- El procedimiento de la ley de facto 16.986, si bien resulta modificado por una importante jurisprudencia pretoriana según cada juzgado que intervenga, sigue siendo un procedimiento reglado. (Aunque cabe razonablemente preguntarse si tiene sentido aplicar tal regulación al supuesto totalmente distinto e innovador del 2º párr. del art. 43.)

- El procedimiento de los tratados en cambio no se encuentra reglado y queda entonces librado a la apreciación pretoriana de los jueces competentes, que pueden realizar en algunos casos una aplicación analógica o supletoria de algunas de las normas o principios de la ley de facto 16.986, aunque no necesariamente de todos.

^{4.8} Según ya advertimos, en dos lados: el mismo art. 43 y nuevamente el art. 86. Pretender negársela en caso alguno es arbitrariedad manifiesta por desconocimiento del derecho objetivo.

^{4.9} Pues la interpretación restrictiva de la regla de la competencia del derecho público no cabe hacerla extensiva a la competencia de las asociaciones privadas, cooperativas, fundaciones, etc., sin fines de lucro, cuyo análisis ha de hacerse más próximo al concepto de capacidad del derecho privado. Sobre la discusión ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8ª ed., cap. XII, “Los órganos del Estado,” punto 6, “La competencia.”

^{4.10} Es lo que ha ocurrido en el fallo de la sala V *in re Cooperativa de Consumidores Libres Ltda.* en su impugnación a la írrita intervención a la CNT.

^{4.11} Ampliar *infra*, 9.2.

^{4.12} Convención Nacional Constituyente, diario de sesiones, 29ª reunión, 3ª sesión ordinaria (Continuación), 11 de agosto de 1994, p. 4049.

^{4.13} Acerca de la supranacionalidad de los tratados se cita la opinión favorable de BIDART CAMPOS,

4.5. *La Convención Constituyente*¹¹

Si bien no lo consideramos un dato de importancia, puede tenerse presente que en la Convención constituyente de 1994 lo referente a los tratados y al amparo fueron tratados por comisiones separadas. Primero se tomó la decisión de sancionar el dictamen de la Comisión de Tratados Internacionales, luego el mecanismo del amparo.¹² A su vez, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo para los derechos humanos previstos en los tratados surge de otra cláusula (el art. 86) y otra comisión constitucional. Cuando tres distintas comisiones discutieron distintos temas dentro y sobre todo *fuera* del recinto, cada una por intermedio de miembros que a su vez consultaron a sus conocidos y amigos en la comunidad jurídica,¹³ no pueden sacarse demasiadas conclusiones del “debate” publicado —léase discursos dichos, leídos o directamente transcritos, como es la costumbre parlamentaria nuestra. Le toca al intérprete armonizar las normas, sin que sean dirimentes los informes publicados por la mayoría y minoría de cada comisión, por su propia naturaleza formales. Son doctrina, opiniones de interés a ser juzgadas por su fuerza de convicción intrínseca y no porque nos cuenten lo que “verdaderamente” se resolvió. Lo que “verdaderamente” se resolvió es exclusivamente el texto constitucional, nada más.

4.6. *El derecho comparado*

Otra diferencia ha sido apuntada por la doctrina, aunque sin desarrollo: en algunos países¹⁴ el amparo es la vía normal¹⁵ de protección de los derechos fundamentales —es la misma solución de los tratados— pero el art. 43 en su 1º párr. —no así en el 2º — parece caminar por otro andarivel. Si tomamos solamente el 1º párr., estamos entre los pocos países que pretenden resolver distinto en el plano interno a como son las cosas en el plano externo. Es una dura lección que no terminamos de aprender.¹⁶ Sin embargo, a gusto o a disgusto, debemos cumplir los pactos internacionales que hacen del amparo una vía ordinaria de protección de los derechos fundamentales.

en un fax enviado a su constituyente consultante: concidimos con ese aspecto de la opinión, pero obviamente no estamos hablando de interpretación auténtica sino de la doctrina como fuente. Por nuestra parte y para no quedarnos atrás, nos apresuramos a decir que fuimos consultados por miembros de distintas comisiones de más de un partido: ¿agrega eso algo a la interpretación auténtica de la Constitución? ¿Tendremos que producir prueba?

^{4.14} Algunos ejemplos en QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, pp. 132 y 133. Ver la nota siguiente.

^{4.15} La dispersión es muy grande, como explica BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *El amparo de los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas, EJV, 1993.

^{4.16} Otros aspectos en el cap. IV “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio” y en el cap. VI “Fuentes supranacionales de derecho administrativo,” 8ª ed., 2003, del t. 1 de nuestro citado *Tratado de derecho administrativo*. Ver también *Después de la reforma del Estado*, 2ª ed., 1998.

^{5.1} Obstáculos previos son la existencia de otra vía; ulteriores los incidentes que pueden trabarla, QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 112. Por ello recuerda PALACIO que en el amparo no cabe recusación sin causa, cuestiones de competencia, excepciones previas, incidentes, etc. (*op. cit.*, II-4.) Tal como lo hacen la mayor parte de los juzgados federales de primera instancia del país, tampoco parece indis-

5. *Similitudes*

Ambos institutos comparten ciertas características básicas:

- Todos los textos expresan que debe tratarse de una vía “rápida” (en los tratados, “sencilla”, “breve”, “rápida”), aunque el art. 43 enfatiza que debe además ser “expedita” (en los tratados, “efectiva.”) Expedita significa sin condicionamientos ni cortapisas previas o ulteriores.¹

- En materia de legitimación procesal, el Defensor del Pueblo de la Nación la tiene en ambos supuestos: en el art. 43, por el texto expreso de la norma; en los derechos humanos derivados de los pactos supranacionales, por lo dispuesto en el art. 86.²

- Los derechos y libertades fundamentales, desde luego, son tutelados en ambos procedimientos, con lo cual puede existir identidad de objeto procesal en amparos concretos.

- En ambos se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o cualquier otro acto estatal, y *a fortiori* también la violación a los tratados internacionales.

- Ambos procesos suponen bilateralidad.

- Se tramitan solamente ante los jueces competentes. (Que pueden serlo del domicilio del demandado o del lugar en que los efectos del acto han de producirse.)

- Los jueces tienen la *obligación* de pronunciarse sobre el fondo de los derechos ante ellos invocados. Un incumplimiento judicial a esta obligación de acceso a la justicia es además violación a los tratados supranacionales.

- Es claro que tales recursos o acciones no tienen por objeto sustituir procedimientos *especiales*: interdictos, desalojos (locaciones en general), ejecuciones pensable la vista fiscal previa a la admisión formal y traslado del amparo: comparar OSCAR AGUAD y ELISA CARRÍO, citados por QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 134.

^{5.2} Esto demuestra una vez más cómo distintas comisiones contribuyeron desde distintos ángulos a conformar un conjunto que es ahora el intérprete quien debe armonizar. Correlaciona ambos arts. con el alcance de la legitimación del ombudsman para la defensa específica de los “derechos humanos” en el amparo: GOZAÍNI, *El derecho de amparo, op. cit.*, pp. 88-94.

^{5.3} Ley 24.240. El art. 53 establece que “Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario.” La discusión puede resultar especiosa y en la práctica tramitan como amparos los reclamos de usuarios de servicios públicos, lo que no nos parece una irrazonable extensión de la vía. Admite el amparo del usuario contra el concesionario BARRA, *op. cit.*, p. 1093. Hemos visto en tribunales argumentar esta cuestión de manera risueña: a veces algunos letrados externos de determinadas licenciatarias pretenden que la ley 24.240 remite necesariamente al amparo, con lo cual a su juicio quien no hizo el juicio dentro de los quince días consintió el abuso. Y reputan carente de ética al abogado que citando el precepto del art. 43 inicia una acción por la ley 24.240 contra el concesionario o licenciatario. *O mores!*

^{6.1} LL, 1992-C, 543; ED, 148: 354.

^{6.2} Por lo que hemos explicado en el cap. VII, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo,” 8ª ed. del t. 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 2003.

^{6.3} El sentido genéricamente no excluyente fue explicado por el convencional informante: “No limita las posibilidades sino que expande de un modo determinado y específico la oportunidad de

(pagarés, hipotecas, etc.), alimentos, filiación, ley de defensa del consumidor,³ *habeas corpus*, *habeas data*, etc.

La verdadera discusión es la que contraponen el juicio de amparo a un juicio ordinario, no a juicios o procedimientos especiales.

6. *Primera alternativa: los derechos supranacionales no son operativos*

La forma más antigua de encarar el punto es pensar que los tratados *no son operativos* en cuanto requieren un medio sencillo, breve, expedito, para los derechos y libertades fundamentales, y que sólo tenemos el recurso de nuestro art. 43, no los recursos del art. 75 inc. 22.

Esta interpretación va contra toda sana hermenéutica constitucional, aún en nuestra jurisprudencia a partir del caso *Ekmekdjian*.¹ Resultaría entonces una desinterpretación del sistema realizar una lectura limitativa de la primera parte del art. 43 cuando establece que “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.”

La norma de la primera parte del art. 43 está reconociendo *menos* que lo que reconocen los pactos supranacionales que el art. 75 inc. 22 expresamente recepta, *pero no prohíbe ni excluye aquéllos*. Tampoco podría hacerlo.²

Entre los posibles medios de tutela de los derechos previstos en el ordenamiento nacional y supranacional, la primera parte del art. 43 estatuye en efecto *uno* específico, expedito, breve y efectivo, para determinados supuestos de lesión. Pero ello en modo alguno excluye que existan *otros* también específicos en otra parte del mismo texto constitucional y sus remisiones.

Ello ocurre en el caso del medio ambiente, de los derechos de incidencia colectiva, del habeas data y habeas corpus, y por supuesto de los derechos que emergen del art. 75.

Una interpretación diversa llevaría las normas supranacionales a verdadera letra muerta, lo que no puede considerarse como el recto espíritu ni una lectura razonable de la Constitución. Es necesario, pues, realizar una interpretación que no prive a los ciudadanos de una expresa garantía supranacional. Y la inter-

acceder a esta tutela,” RODOLFO DÍAZ, Convención Nacional Constituyente, diario de sesiones, 29ª reunión, 3ª sesión ordinaria (Continuación), 11-VIII-94, p. 4050.

^{6.4} Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 113.

^{6.5} Como recuerda al respecto GOZAÍNI, este tribunal ha dicho que “La Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de

pretación es simple: la primera parte del art. 43 se refiere a una forma básica y elemental de protección que no excluye ni puede razonablemente interpretarse que excluya la protección específica que le reconocen las normas supranacionales.³

En materia análoga, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto en el caso *Factortame* de 1990 que “El Derecho Comunitario debe ser interpretado en el sentido de que la jurisdicción nacional que, conociendo de un litigio que concierne al Derecho Comunitario, estime que el único obstáculo que se opone a que pueda ordenar medidas cautelares es una regla de su Derecho Nacional, debe excluir la aplicación de esta regla.”⁴ Lo mismo ha aceptado, como es lógico, el Tribunal Constitucional español,⁵ entre otros tribunales nacionales.

En el conflicto entre el derecho nacional y el supranacional ha de preferirse, obviamente, al segundo, en especial en lo que hace a la rapidez y efectividad de los mecanismos de defensa en juicio.

Si eso ha sido dicho el tribunal europeo para las medidas cautelares, es fácil imaginar qué puede decir la Corte Interamericana para la inadmisión local de un amparo expresamente previsto, sin cortapisas ni limitaciones o condiciones, por la legislación supranacional.

Así como nuestra Corte Suprema ha resuelto que el país debe cumplir de buena fe sus compromisos internacionales, así también puede decirse junto al juez francés ESTOUP que aplicar medios jurisdiccionales rápidos y abreviados es una cuestión de “honor de la justicia;”⁶ parafraseando a BRAIBANT, “sin vacilaciones ni murmullos.”⁷ Deberíamos hacer como en Europa, donde “se está generalizando la técnica de habilitar una “justicia provisional” inmediata y rápida, dejando la “justicia definitiva” remitida... a los largos y dilatados procesos.”⁸

7. Segunda alternativa: dos vías diferentes

7.1. Vías paralelas

Una segunda alternativa es considerar que estamos ante dos o tres vías diferentes:

a) Una, de carácter interno, en la cual se tutelan *todos los derechos* protegidos por la Constitución, los tratados y las leyes pero sólo cuando se da la doble condi-

Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia que se hubiesen ratificado,” *El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional*, punto I.

^{6.6} Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* p. 134,

^{6.7} Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1992, refiriéndose a la celeridad en la ejecución de la sentencia.

^{6.8} GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, *op. cit.*, p. 342, citando a ZAGREBELSKI.

^{7.1} Para la discusión nos remitimos a la segunda parte del cap. I de la 8ª ed. del t. 1 de nuestro tratado.

^{7.2} O sea, el 1º y 2º párr. del art. 43, y el amparo de los tratados.

^{8.1} PALACIO, *op. cit.*, II-3, quien recuerda a MORELLO, *JA*, 28-XII-94 y RIVAS, *Pautas...*, *op. cit.*, XVI-b.

^{8.2} Ver DROMI y MENEM, *op. cit.*, p. 160; COLAUTI, *op. cit.*, p. 245.

^{8.3} Siempre exceptuando, como es obvio, los juicios sumarios o sumarísimos: interdictos, desalojos,

ción mencionada en el 1º párr. Otra, también de carácter interno, la prevista en el 2º párr. en la cual la legitimación es sumamente amplia (derechos de incidencia colectiva: usuarios, consumidores, defensa de la competencia, medio ambiente, discriminación, etc.) y tanto para los individuos como para las personas jurídicas, asociaciones, defensor del pueblo, etc.

b) La segunda o tercera vía, de origen supranacional, tutela *solamente los derechos y libertades fundamentales y únicamente de las personas físicas directamente afectadas en su persona o en sus derechos*, pero sin necesidad de que se den las otras condiciones de vía más idónea y carácter manifiesto del vicio que menta el 1º párr. del art. 43.

En esta variante el procedimiento de la vía de los tratados sería comparable por analogía a la del 1º párr. del art. 43 en los trazos generales de intervención de juez competente, existencia de bilateralidad e igualdad de las partes y plazos breves, pero *el trámite sería necesariamente de carácter pretoriano* hasta tanto se dicte una ley al respecto.

No es esto demasiada novedad en la práctica, pues los jueces en el amparo suelen actuar pretorianamente sin que ello haya llevado a nulidades ni problemas. Así por ejemplo la apelación en el amparo debe ser elevada por el juez a la Cámara dentro de las 24 horas, según la ley de facto, pero como ya la Corte Suprema resolvió hace décadas que se trata de un procedimiento bilateral, alguien tiene que dar traslado. Cuando el juez lo eleva sin traslado, lo da la Cámara. Otras veces el juez, con mejor criterio y menos apego a la norma de facto, da traslado en primera instancia y después eleva los autos, con el traslado cumplido.

7.2. *La acumulación de amparos*

Otra cuestión es que pueden impugnar un mismo acto tanto una persona jurídica y un usuario con legitimación amplia, con la limitación de que no haya vía más idónea y el vicio sea manifiesto (art. 43), y también una persona física que se ve afectada en sus derechos y libertades fundamentales.

En tales casos deben acumularse las acciones y tramitarlas con un criterio unificador. Nuestra preferencia en tales casos será sumar lo que ambas vías tienen de más amplio: del 2º párr. del art. 43, la amplitud de legitimación y en general la tutela de derechos de personas jurídicas; de los tratados, la no exigencia de recaudos adicionales como la inexistencia de otra vía o el carácter manifiesto del vicio. Posiblemente quepa retener, en estos casos, la limitación de que se trate de derechos y libertades fundamentales, aunque tanto de personas físicas como jurídicas. Lo que no tiene sentido es tomar el 1º párr. del art. 43 y desaplicar el segundo, cuando no se presenta un individuo lesionado en forma personal y directa. Es lo que, lamentablemente, hizo la sala V de la Capital con la intervención a la CNT.

En otro aspecto, obviamente sería una desinterpretación llevar derechos normales de carácter civil o comercial a una supuesta vía de amparo. (Ejecutar un pagaré, realizar un desalojo por falta de pago, etc.), pero pueden también existir casos de derechos civiles, comerciales o penales en los que se encuentre en juego una libertad o garantía fundamental (la intervención estatal a una persona jurídica, la prohibición de operar civil o comercialmente, el trato de los presos, etc.) Es una cuestión de hecho a resolver en cada caso concreto, como todos los problemas de derecho.¹

7.3. *Hacia una interpretación unificadora*

De todas maneras, más allá de las diferencias de textos normativos, es muy posible que la jurisprudencia deba evolucionar pretorianamente hacia una unificación de tales distintos medios y procedimientos de impugnación en vía de amparo, pues la diferenciación amenaza carecer de sentido práctico. En tal supuesto pensamos que el *mix* que venimos de explicar para la acumulación de amparos diversos, podría también servir como la fórmula unificadora para un sólo amparo que adapte los diversos cuerpos normativos.² Con el tiempo deberán abandonarse en todos los casos las demás restricciones que el amparo arrastra de una legislación de facto que hace tiempo debió abandonarse.

8. *Tercera alternativa: el amparo es la primera vía más idónea*

8.1. *Es más idónea siempre*

Autores como PALACIO, MORELLO y otros han señalado que el amparo es mas idóneo que el juicio ordinario e incluso otros sumarios o sumarísimos,¹ a lo que se ha replicado que no podría sustituir juicios como el ejecutivo, etc. Al margen de que la crítica es inadecuada, de todos modos una razonable posición minimalista da el mismo resultado, como veremos a continuación. Otros autores señalan simplemente que es más idóneo que la vía ordinaria.²

ejecuciones (prenda, *warrant*, pagarés, cheques, hipotecas), alimentos, filiación, ley de defensa del consumidor, *habeas corpus*, *habeas data*, etc.

^{8.4} Ver GOZAÍNI, *El derecho de amparo*, *op. cit.*, pp. 144-146, por el tema de la cosa juzgada.

^{8.5} Los ya mencionados: interdictos, desalojo (locaciones en general), ejecución (pagarés, hipotecas, etc.), alimentos, filiación, ley de defensa del consumidor, *habeas corpus*, *habeas data*, etc.

^{8.6} En todo caso, dice PALACIO que aún comparándolo con los procedimientos sumario y sumarísimo el amparo (los) “aventaja con creces... en punto a la simplicidad de sus dimensiones temporales y formales y, por lo tanto, desde el punto de vista de su mayor idoneidad para lograr una más rápida definición del conflicto,” *op. cit.*, I-4.

8.2. *Es más breve, sencilla y efectiva antes que, no en lugar de, la vía ordinaria*

Es posible entender que el art. 75 inc. 22 se complementa con el art. 43 y que éste debe mirarse en una lectura integradora y armónica, para lo cual su doble requisito de que no exista otra vía idónea y haya ilegalidad manifiesta requiere una reinterpretación. En esta variante se puede sostener que el juicio ordinario es o no una vía idónea *a criterio inicial del recurrente*,³ no del demandado o del juez: si su necesidad es de un pronto pronunciamiento, entonces *es vía idónea primero el amparo* y no el juicio ordinario al efecto, que sólo operaría *secuencialmente*, luego de intentada la vía del amparo (y, claro está, dentro de los plazos procesales.)⁴

El requisito de que no exista otro medio judicial más idóneo ha de referirse a la idoneidad específica de otros remedios sumarios previstos por la ley,⁵ no al juicio ordinario.⁶ Al no estar especificado de otro modo en la Constitución no puede remitirse a las viejas doctrinas sobre mayor necesidad de debate y prueba en juicio ordinario, pues con ello se contravendría las normas supranacionales citadas: *más idóneo debe entenderse en el sentido de más "breve" o "sencillo" en una primera aproximación*. Por lo demás, si en el amparo se concluye que hace falta más debate y prueba, pues allí está el juicio ordinario que *luego* se puede iniciar.

Dado que la vía ordinaria no es *ab initio* más breve ni más sencilla que la del amparo, entendemos que este requisito de que no haya otra vía más idónea solamente puede permitir distinguir entre el amparo, el *habeas corpus* y el *habeas data*, el amparo ambiental, algunos interdictos y juicios sumarios o sumarísimos, pero *nunca el juicio ordinario* como acción inicial y primera. En otras palabras, la mayor o menor idoneidad de una vía judicial para ser preferida a otra como primer acceso a la justicia ha de estar dada en el momento inicial por su mayor o menor brevedad, sencillez y eficacia para la tutela de los derechos constitucionales afectados. Esto no es materia de interpretación: es lo que surge explícitamente de los textos supranacionales al exigir la existencia de una tal vía a favor del individuo.

Por lo demás, es un mito glorificar el juicio ordinario y temer al amparo. El juicio ordinario lleva varios años como mínimo en sus diversas instancias, y el

^{8.7} No nos referimos a la garantía de un recurso breve, sencillo y rápido, sino a la garantía de que la sentencia en un juicio ordinario se produzca en un plazo "razonable," como lo quiere el art. 6.

^{8.8} Sobre la cuestión de la cosa juzgada ver GOZAÍNI, *op. ult. cit.*, pp. 145-6.

^{8.9} Para ello, en todo caso, nos remitimos a la primera parte del cap. I de nuestra obra citada en la nota 2.

^{9.1} Ley 24.309, art. 2°, apartado N. Que la inteligencia previa era amplia lo ratifica GARCÍA LEMA, ALBERTO, *La reforma por dentro*, Buenos Aires, Plantea, 1994, p. 251: "se lo considera una garantía genérica que tutela todos los derechos individuales cuando no exista otra vía pronta y eficaz."

^{9.2} Ver también lo dicho *supra* en el punto 4.5.

amparo puede durar desde algunos meses hasta un par de años. Ocurre con el amparo algo parecido que con la cautelar en el juicio ordinario: quien la obtiene prácticamente ganó el juicio, quien la pierde virtualmente lo perdió. Y si bien todo esto es esgrimido por algunos a favor de la prudencia judicial, lo cierto es que los justiciables se dan por satisfechos cuando obtienen un pronunciamiento en un tiempo razonable, como requieren también los pactos supranacionales.⁷ Estemos o no de acuerdo de *lege ferenda*, la garantía supranacional de que haya un pronunciamiento judicial dentro de un lapso “razonable” solamente se cumple en el país en el juicio de amparo y demás procesos análogos, raramente en el juicio ordinario. En todo caso luego de tramitado el amparo nada impide tramitar el juicio ordinario, dentro de los términos procesales previstos para cada uno, que son perfectamente compatibles según veremos a continuación.

8.3. *La secuencia amparo - juicio ordinario*

No ha pensarse que la elección del amparo en lugar del juicio ordinario implica la pérdida de éste. Iniciado el amparo dentro de los quince días hábiles del acto lesivo, tenemos todavía los noventa días hábiles judiciales para decidir si hacemos o no el juicio ordinario.⁸

Interponer el amparo no importa perder la vía ordinaria, sino tener dos vías en orden secuencial o sucesivo. Se lo privilegia en orden temporal e instrumental, no en atención a su “esencia” “intrínseca.”⁹

Quien elige el ordinario pudiendo hacer el amparo, pierde éste; quien hace el amparo puede todavía hacer el ordinario, si no se olvida de los noventa días para iniciarlo, en el caso de la administración nacional.

Si para esa fecha el amparo no está terminado, el ordinario puede iniciarse bajo el principio de eventualidad procesal, y pedir que se reserven los autos sin ordenarse el traslado hasta tanto se resuelva el amparo, o simplemente no dar traslado de la demanda por el plazo de perención de instancia, lo cual habitualmente será suficiente para tener decisión firme en el amparo.

8.4. *La competencia ratione loci*

Otra ventaja del amparo que lo hace más idóneo que la vía ordinaria es que la competencia lo es tanto por el domicilio del demandado —generalmente, la Capital Federal— como la del lugar en que el acto ha de producir sus efectos.

Ello permite litigar en el verdadero lugar de los hechos o efectos del acto, no en la sempiterna ciudad de Buenos Aires donde la concentración de población vs. cantidad de jueces es mucho más perjudicial a la posibilidad de ser oído en justicia.

^{9.3} Cuyas limitaciones son por otra parte sustanciales, según lo explicamos en distintas partes.

^{9.4} Convención Nacional Constituyente, diario de sesiones, 29ª reunión, 3ª sesión ordinaria (Continuación), 11-VIII-94, p. 4046.

También puede ser diferente la percepción de los hechos y por ende del derecho por parte de los jueces del lugar, a veces con beneficio para el actor.

9. Conjetura, réplicas, refutación

No es difícil imaginar las réplicas a las afirmaciones precedentes. Las enunciaremos e intentaremos su respuesta.

9.1. Abroga la parte dogmática de la Constitución

Podría sostenerse que como el inc. 22 establece que tales tratados no derogan los derechos reconocidos en la primera parte y son complementarios de ella, entonces no prevalecen frente al art. 43.

a) El razonamiento desconoce, sin embargo, que los tratados no están derogando ni denegando derechos reconocidos en la parte dogmática, sino ampliándolos y complementándolos tan sólo en cuanto a la garantía de su implementación o cumplimiento. No hay pues contradicción alguna entre ambos.

b) De sentido análogo es la argumentación conforme a la cual la ley 24.309, que convocó a la Convención, estableció que no se modificarían las declaraciones, derechos y garantías. El sentido de la norma es que no se *limitarían* los derechos, *no una prohibición de ampliarlos y menos en las vías procesales*. Esto último es fundamental: *no se están modificando los derechos en sí sino tan sólo perfeccionando y ampliando sus medios de tutela*. No hay así modificación alguna a la parte dogmática. De todos modos, el argumento es especioso pues la ley que declaró la necesidad de la reforma requirió consagrar el amparo en la Constitución nacional,¹ lo cual ésta hizo de dos maneras: por las vías del art. 43 y por la vía del art. 75 inc. 22.

c) En cualquier caso, debe tenerse presente que el carácter supranacional de los tratados es preexistente a la Constitución; ésta no hace sino reconocerlos, pero de todos modos están por encima de ellos.

^{9.5} Lo afirma dos veces: “Pero vamos a realizar esta tarea con algunas innovaciones”, p. 4047 y “Quiero referirme a algunas innovaciones que el texto que proponemos agrega a nuestra jurisprudencia, sobre todo la de la Corte Suprema,” p. 4049. Sus citas de jurisprudencia no tienen pues el valor de ratificación de ella, sino de explicación introductoria a la reforma.

^{9.6} *Op. cit.*, p. 4049. Desde luego que la inclusión del art. 75 inc. 22 dio lugar a un “áspero” debate autónomo, del que da cuenta PADILLA, MIGUEL M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, t. I, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pp. 80-91.

^{9.7} *Op. cit.*, p. 4050.

^{9.8} DROMI y MENEM, *op. cit.*, p. 160.

^{9.9} GARCÍA LEMA, *op. loc. cit.*

^{9.10} *Op. cit.*, p. 55, nota 11.

^{9.11} Nos referimos, claro está, al citado libro de GARCÍA LEMA, a la sazón Procurador del Tesoro de la Nación. Su jerarquía técnica y política previa y posterior en el mismo gobierno, en este contexto de discusión, merita pues tener en cuenta su opinión así expresada a la época de la Convención.

9.2. *La interpretación auténtica de la Constitución es otra*²

Es bien sabido que los textos se despersonalizan y desprenden de sus autores, y que las razones que los convencionales hayan expresado a título individual o de su partido para dar su voto unánime a la incorporación de los tratados, no altera lo que éstos dicen. El razonamiento por el “debate publicado”³ recuerda la tesis de la *original intent* de ANTONIN SCALIA, que ha quedado justamente dejada de lado en el derecho norteamericano.

De todos modos el convencional informante del dictamen de mayoría, si bien recuerda la jurisprudencia que consideraba que el amparo es una vía excepcional, también declara que “El amparo es una institución central de la mecánica de garantías que establece la Constitución Nacional”⁴ y en todo caso aclara que la jurisprudencia de la Corte sufre “innovaciones” en el texto propuesto,⁵ entre las cuales se encuentra precisamente lo referido al “dictamen de la Comisión de Tratados Internacionales.”⁶

El mismo convencional informante concluye que “el desarrollo científico de estos nuevos temas no está terminado ni maduro,” pero que la fórmula propuesta es “un avance importante en la constitucionalización de la tutela. *No limita las posibilidades* sino que expande de un modo determinado y específico la oportunidad de acceder a esta tutela.”⁷

Parece injusto entonces, teniendo presente que el tema de los tratados lo trató otra comisión, reprocharle a ésta una supuesta interpretación restrictiva del art. 43, que excluya los otros medios de tutela previstos en los tratados, en remisiones de otras partes del texto constitucional. En todo caso, también el Presidente de la Convención Constituyente ha dicho que con la reforma el amparo “Ha dejado de ser el remedio de excepción, para convertirse en un medio procedimental ordinario;”⁸ y esa era la interpretación de GARCÍA LEMA previa a la reforma respecto del acuerdo programático.⁹ Cuanto menos, pues, la cuestión es opinable.

No creemos por ello que en consideración a que triunfó el dictamen mayoritario, venciendo al de la minoría, pueda estimarse “curiosa”¹⁰ esta opinión de EDUARDO MENEM. Nuestra propia lectura del informe del convencional DÍAZ no respalda la opinión restrictiva, ni tampoco —según se ve— lo hace la interpretación ulterior del presidente de la Convención Constituyente, ni menos la anticipaba uno de

La Convención comenzó sus sesiones el día 25 de mayo, y comentamos su libro el día anterior, en *La Ley*, 24-V-94.

^{9.12} VELARDE, pp. 4140-1; CORACH, p. 4369; ARELLANO, p. 4284.

^{9.13} Aunque a veces, bueno es admitirlo, son los propios letrados que apuntan a “lo opuesto, ... un tiempo esperanzadamente lento, a la espera del múltiple cambio que quizás jamás se dé,” *Ninguna clase de hombres...*, *La Ley*, *SJDA*, 11-X-95, p. 3. Otra faceta es la política temporal del tribunal, cuestión distinta a la duración de los juicios, que explicamos en el libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Civitas, Madrid, 1981, cap. II.

^{9.14} O subsisten, pues aún el fuero federal guarda memoria de más de un magistrado que renunció y uno que literalmente *murió* por el *stress* causado por el atraso constante y sobre todo *creciente*

los autores que instrumentó el pacto previo y también fue destacado convencional constituyente. Cabe razonablemente presumir que por la mayoría votó en el recinto lo que en su libro anterior a la Convención sostenía que era la *mens legis* del proyecto constitucional.¹¹ Otras opiniones en la Convención fueron del mismo tenor.¹²

Pero no es ese de todos modos el nudo de la cuestión, como jamás lo fue la discusión parlamentaria de norma alguna. El nudo de la cuestión en esta materia es *qué dicen los pactos internacionales* que el país ha suscripto y debe cumplir de buena fe. No nos enredemos en este punto con los *discursos transcriptos* (que tampoco reflejan los *debates reales*, acuerdos y consensos, obtenidos *fuera* del recinto) de la convención constituyente, pues perderemos el tiempo.

Si en la comisión del amparo vieron o no vieron qué aprobaban en la comisión de tratados internacionales, pero luego todos —mayorías y minorías, “vencedores” y “vencidos”— votaron todo en el plenario, dejémosles a sus propios autores discutir acerca de qué pensó y quiso decir cada uno en el texto leído o transcrito para las actas, pero sepamos que ello sirve para una parte de la historia pero no es útil, en el caso, para la interpretación del derecho de los tratados internacionales. Es, en verdad, totalmente inatento.

Veamos las normas, simplemente, la doctrina y sobre todos los hechos: una justicia ordinaria a la que el sayo *giustizia ritardata giustizia denegata* le cae con toda la fuerza del *fugit irreparabili tempus*,¹³ por culpa de los poderes públicos que no designan jueces en número suficiente y de los jueces existentes que se rehúsan a resolver el fondo de los amparos.

Si el poder público no designa jueces, los poquísimos que existen¹⁴ deben entonces decidir *siempre* en los amparos contra ese mismo poder público que los condena a realizar la injusticia de la demora ordinaria, hasta que ello convenza al gobierno de integrar un poder judicial en que un juicio ordinario sea un trámite normal y no un calvario. Mientras tanto, que las medidas cautelares y el juicio de amparo sean, en palabras de ORTIZ ÁLVAREZ,¹⁵ “la tabla de salvación

de su juzgado.

^{9.15} ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS A., *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, Caracas, EJV, 1995, p. 13.

^{9.16} Además de las diversas transcripciones que efectuamos de las obras más recientes de GARCÍA DE ENTERRÍA, es lo mismo que ya habíamos dicho en *Problemas del control de la administración pública en América Latina, op. loc. cit.*

^{9.17} En la generalidad de los casos al menos, por encontrarse allí el domicilio del demandado y tal vez incluso del actor.

^{9.18} Como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La batalla por las medidas cautelares, op. cit.*, p. 339, quienes pierden la cautelar o un proceso sumario a veces ya desisten de proseguir el juicio ordinario, sea porque advierten que no tienen derecho, o porque —agregamos nosotros— advierten que no se lo reconocerán. Es lo que pasa con muchos amparos: así por ejemplo en 1995 una irrita intervención a la CNT, justamente anulada en primera instancia a través de un amparo, encontró solución diversa en Cámara: ya nadie intentó la vía ordinaria, ni siquiera el Defensor del Pueblo en defensa objetiva de la ley.

de la —desesperadamente lenta— justicia administrativa.” El tema, como se advierte, es universal,¹⁶ y la aproximación a él también. Nos falta acompañar el ritmo, nada más.

9.3. *La doctrina lo considera excepcional (y “residual” o “heroico”)*

Es un argumento de rancia autoridad, citado por el miembro informante al efectuar el *racconto* histórico previo a la constituyente, pero es replicable con la mayor autoridad de los tratados posteriores que él mismo dejó a salvo. Los tratados vigentes de manera alguna dicen que sea un remedio excepcional, sino al contrario indican que es normal. Mucho menos “heroico” o residual. Frente a la letra clara y expresa de los tratados, la vieja doctrina y jurisprudencia no hace sino probar su propio error en predecir el desarrollo futuro del derecho; más aún, es la *causa eficiente* de ese nuevo derecho; ahora, ya *in claris et expressis non fit interpretatio*.

9.4. *Los tribunales se abarrotarían de juicios*

En el juicio ordinario sólo es competente la justicia de la Capital Federal,¹⁷ en tanto que en los amparos lo es la justicia federal *de todo el país*, según donde los efectos del acto hayan de cumplirse, con lo cual se amplía enormemente el ámbito jurisdiccional y se disminuye la supuesta amenaza de abarrotar los tribunales *de la Capital*, pues de eso y no de otra cosa se trata en la eventual crítica que aquí tratamos.

Los amparos en todo el país le complican la vida a los abogados de la administración, sin duda, pero no a los tribunales federales del interior. El tratamiento de los amparos en el lugar de los efectos del acto tiene un interesante efecto adicional de desconcentración del poder jurisdiccional.

Por lo demás, la crítica supone reconocer que de poder hacer más juicios la gente los haría. Hay supuestos de necesidad de acudir a la justicia que no colma la vía ordinaria porque el justiciable percibe que no le sirve; se concluye de la misma crítica que los justiciables, de poder hacer más amparos los harían, precisamente porque son más idóneos, en la percepción del justiciable, para la defensa de sus derechos lesionados. Al menos como primer acceso a la justicia y sin perjuicio de ocurrir luego a la vía ordinaria si ello es necesario.

En cualquier caso, cualquier abogado litigante sabe que no todo el que es derrotado en un amparo inicia el juicio ordinario, y ésta es también una verdad

^{9.19} Se trata de una variante de la “búsqueda de lo incondicionado” a que hiciera referencia CARRIÓ y que explicamos en la primera parte del cap. I de la 5ª ed. del t. I de nuestro *Tratado de derecho administrativo*.

^{9.20} NATALE, *op. cit.*, p. 65, quien agrega “pero esa harina es de otro costal.”

^{9.21} En tal sentido SAGÜÉS, *op. cit.*, III-7.

^{9.22} Ver el art. *La creciente internacionalización del derecho y sus efectos*, art. citado.

^{9.23} La defiende desde el ámbito tribunalicio SAGÜÉS, *op. cit.*, punto III-3: “es un hecho notorio que

universal, aplicable hasta para las medidas cautelares.¹⁸ De donde es perfectamente postulable que admitir el juicio de amparo en forma amplia como lo exigen los tratados no implica llevar más juicios a tribunales, sino menos y de menor duración; también, de menos esfuerzo tribunalicio, salvo el compromiso de la justicia de decidir en fecha cercana a los hechos, que tanto agravio no es. De cada amparo resuelto en cuanto al fondo —denegado o admitido, no importa— no nace un juicio ordinario posterior. Simplemente, no es cierto. El amparo aligera la carga tribunalicia mientras aumenta las chances de los justiciables.

9.5. *No tiene procedimiento. Crea inseguridad jurídica. La ley lo limitará. Hay que reformar el sistema.*

Esta observación sólo implica que la jurisprudencia debería una vez más actuar como en los casos *Kot* y *Siri*, o aplicar analógicamente *el procedimiento* (no las restricciones) del amparo de la ley de facto 16.986.

- Una variante argumental es que la falta de procedimiento crea inseguridad jurídica, lo que como vemos no tiene razón de ser pues la incertidumbre se resuelve sin demasiado problema. Parece un argumento extremo: es como decir que se tiene miedo a que haya justicia.¹⁹ La “inseguridad” es, en buena hora, del que comete las violaciones que dan lugar al amparo, no de quienes ven sus derechos violentados por el poder público.

- Un enfoque diferente del mismo temor es afirmar que si el juicio ordinario no sirve, no hay que extender el amparo sino que hay que reformar el sistema.²⁰ Pero ello es no advertir que ese problema lo vieron los tratados y previeron como solución *precisamente la reforma del sistema*, pero no la reforma como la sueña el crítico, sino *la reforma como la vieron los pactos: haciendo el amparo accesible a todos*. Coincidamos o discrepemos, pero no olvidemos que ese es el sistema de los pactos y por lo tanto el sistema del derecho interno que los jueces deben aplicar.

- Otra variante de esta crítica es que el legislador vendrá inmediatamente a limitar de nuevo el amparo:²¹ ello olvida *a)* que ahora hay un *texto supranacional*,²² *b)* que el legislador no es de facto como en la 16.986; *c)* que el propio tribunal nacional tal vez no guarde el silencioso acatamiento que antaño brindó los trámites ordinarios son más generosos... que la acción de amparo”: trátese de explicárselo a un justiciable, desde el otro lado del mostrador.

^{9.24} Como dice COLAUTI, *op. cit.*, p. 245, “el amparo ha dejado de ser una vía subsidiaria para convertirse en una vía alternativa cuya elección como medio mas idóneo se halla a cargo de la asistencia letrada.”

^{9.25} GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 338.

^{9.26} GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 344, citando al juez francés ESTOUP, P., *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédure d'injonction*, París, 1990, p. 11, a quien también recuerda en la p. 134.

^{9.27} Que el temor a la inflación sigue pesando en el inconsciente colectivo lo demuestra el reiterado uso del término en SAGÜÉS, *op. cit.*, punto III-5. Pero el amparo no es moneda.

^{9.28} Similar es el temor de NATALE, *op. cit.*, p., 64, de que “terminaríamos transformando al

la Corte a aquel decreto-ley; *d*) que ahora existe también recurso ante el *tribunal supranacional*. Tal vez más que apurarse a regular y limitar el amparo, el legislador debiera tomar guía de la Constitución de Salta que en su art. 85 establece que “Son nulas y sin valor alguno las normas de cualquier naturaleza que reglamenten la procedencia y requisitos de esta acción.”

9.6. *Importaría la desprotección de quienes ven lesionados sus derechos*

Ello no es así porque no pierde la vía ordinaria, si es que se supone que ella es más apta.²³ En cualquier caso, para eso están los abogados que resolverán cómo mejor aconsejar a sus clientes para la mejor defensa de sus derechos:²⁴ si consideran que el amparo los perjudica, su deber profesional será no utilizarlo. Pero quienes discrepan no tienen el derecho de impedirles hacerlo a quienes piensen de otra manera.

Desde el punto de vista del actor, la vía del amparo es óptima: permite conocer de inmediato la posición de la administración, acceder a la documentación de que ésta se haya intentado valer, contestarla y quedar luego en condiciones de iniciar la vía ordinaria con mejor conocimiento de causa, si el pronunciamiento en el amparo le es adverso. Es, como se ve, especialmente apta para la defensa de los derechos de los ciudadanos y particulares en general. Quizás por eso desde el ángulo del poder se lo ve con desfavor. Pero es el poder quien pierde protección; el individuo la gana.

Es que, en última instancia, está en juego la visión que se tenga de la justicia: si reconocemos que en el mundo hay por doquier una “dilación escandalosa de los procesos,”²⁵ entonces es inevitable admitir con GARCÍA DE ENTERRÍA y ESTOUP que “«el honor de la justicia», nada menos, está precisamente en estos juicios cautelares y rápidos.”²⁶

procedimiento especialísimo en un vulgar trámite ordinario, con el disloque se causaría.” Esto se parece en fondo a la disidencia de BARCESAT en la Convención, en el sentido de que el amparo es una vía “regia.” Ni “regia,” ni “vulgar,” simplemente normal para toda violación de la Constitución. Si normal es que violen la Constitución, normal deberá ser que encontremos tutela. Por ello no nos parece “sagaz,” como considera GELLI, *op. cit.*, p. 55, nota 11, la observación de SAGÜÉS en el sentido que la posición de BARCESAT “resultó derrotada”: las ideas no se ganan ni vencen en votación, son tan sólo hipótesis y conjeturas sujetas a refutación (como ya lo explicamos en la primera parte del cap. I del t. 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*.)

^{9.29} ALEXANDER BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, citado por BARRA, *op. cit.*, p. 1089.

^{9.30} CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, *Schroeder, LL*, 1994-E-449, cons. IV, c); CNFed. Paraná, *Velázquez, JA*, 28-XII-94; PALACIO, *op. cit.*, II-2; BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 312; RIVAS, *Pautas, op. cit.*, IX; QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 113. Como dice con acierto BARRA, “el amparo no es subsidiario de las vías administrativas, precisamente porque el agraviado precisa de una acción expedita y rápida, sin estar sujeto a ninguna clase de agotamiento de la instancia administrativa,” aunque a su juicio la interposición del amparo no empece a la articulación de los recursos administrativos, *op. cit.*, p. 1093.

^{10.1} Esto no es una figura de lenguaje, es una realidad que vivimos constantemente. La vieja

9.7. *Se desnaturalizaría el amparo*

Este argumento olvida que las instituciones no son eternas, cambian, y en el presente caso existe el cambio fundamental de la introducción de un orden jurídico supranacional que debemos cumplir en el orden interno. Todo cambio no es progreso, pero tampoco se puede decir que todo sea negativo porque sea cambio. Por lo demás, en el derecho comparado es común ver al amparo como el modo específico de tutela de garantías constitucionales.

- En otra variante, se puede argumentar que de este modo se “devalúa” el amparo.²⁷ Esto supone que en lugar de ser una medida excepcional, pasaría a ser moneda corriente.²⁸ Para este tipo de criterio, una vía judicial usual y corriente es una medida judicial devaluada. ¿Solamente una vía judicial casi inaccesible por tardía y costosa es una medida “valiosa”?

- Todavía una variante más del mismo argumento es sostener que se “ordinarizaría” el amparo. Pero se olvida que no es infrecuente que un juicio iniciado como amparo efectivamente se ordinariza a instancias del actor, a lo que mal puede oponerse el demandado pues teóricamente le ofrece mayor amplitud de defensa y prueba. Si la crítica es que el amparo se torna en vía común, de principio, general, entonces el argumento está en un círculo vicioso: según las normas supranacionales, efectivamente es la vía ordinaria, de principio, general, para la primera defensa de derechos y libertades fundamentales. Lo que no excluye la ulterior defensa en juicio ordinario.

- Otra variante de este argumento es que se “amparizaría” el juicio ordinario. Este argumento olvida *a)* que el juicio ordinario de todos modos puede hacerse luego, no se lo “elimina”; *b)* que también un juicio ordinario puede perder sentido como tal en la vía diaria, por ejemplo cuando se declara la cuestión de puro derecho, o no hay pruebas de importancia como es frecuente en el caso de la administración pública que ya ha tramitado largos expedientes de los cuales surge la verdad o falsedad de los asertos de cada uno. En estos supuestos es el ordinario que se ha desnaturalizado y podría perfectamente haber tramitado como amparo.

9.8. *Lleva al “gobierno de los jueces”*

Como recordaba FIORINI, “no le temo a la dictadura de los jueces, le temo a la dictadura de la administración;” o como dice BICKEL, recordado por BARRA, es “la menos peligrosa de las ramas de gobierno”²⁹ y ciertamente la más necesaria para la tutela de los derechos.

afirmación española del siglo XIX de que en la instancia contenciosoadministrativa la justicia se resolvía “sentado” lo que la administración había resuelto “de pie,” es ahora al revés: lo que la administración resolvió sentada, lo trata el juez de pie. *O tempora.*

^{10.2} Un recuento de algunos casos se encuentra en GELLI, art. citado, p. 56, punto V.

9.9. *Dejaría abierta la vía supranacional*

Más que una crítica, es una constatación: rechazado el amparo (incluido el recurso extraordinario contra la sentencia de Cámara) por motivos formales y no de fondo, quedan agotados los recursos internos y se encuentra expedita la acción ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por lesión a la garantía de acceso a la justicia en el derecho a tener un recurso “sencillo y rápido” “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” (art. 25 inc. 1º), y a “que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado” decida “sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.” (Art. 25 inc. 2º.)

Habida cuenta del hecho que la Nación a veces transa estos juicios en la Comisión para no ser llevada ante la Corte Interamericana, y que tales transacciones son obligatorias en el derecho interno, no se trata de una advertencia baladí.

9.10. *Elimina el privilegio del procedimiento administrativo previo*

Sí.³⁰

10. *Un día en la justicia*

En la vida profesional, cuando un juez nos escucha de pie¹ un apurado alegato de cinco minutos en pro de una cautelar y efectivamente decide, por sí o por no, en ese corto lapso, nos quedamos satisfechos al menos con que hemos sido oídos. La famosa frase norteamericana de tener “un día en la justicia” puede traducirse aquí como tener “cinco minutos en la justicia,” y ciertamente no con sentido peyorativo: al menos tenemos la satisfacción de que alguien imparcial e independiente nos diga su visión de lo que para él es el derecho en el caso concreto. Quedaremos satisfechos o insatisfechos con el resultado final, no lo quedamos con el rápido pronunciamiento jurisdiccional. Hemos tenido acceso a la justicia.

Cuando en un juicio ordinario nos enteramos una década después del derecho judicialmente aplicable a nuestro caso, no hemos tenido acceso a la justicia sino a la historia.

Con mayor razón tenemos entonces acceso real a la justicia en el amparo, en que el juez da traslado a la administración, ésta aporta los expedientes, se da nuevo traslado de ellos, se pide algún otro informe o prueba en su caso y se adopta una decisión, a favor o en contra, en un plazo de semanas. En un total de tres meses generalmente tenemos la confirmación o revocación de Cámara y ya el recurso extraordinario es una espera menos angustiante.

El amparo es al menos el equivalente a un día en la justicia. Para la vigencia concreta de los derechos individuales, es mejor que una página en la historia. No lo desinterpretemos con nuestros prejuicios y temores, pues la realidad es

otra: en lo que va desde la reforma constitucional el ámbito real del amparo se ha ampliado, pero no ha habido ningún trastocamiento institucional.² Simplemente se ha afianzado la justicia.

Elijamos la segunda o la tercera variante u otras parecidas, no caigamos otra vez en variantes renovadas de la “naturaleza programática” de los tratados internacionales.