

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

## **EL AMPARO Y SUS ASPECTOS ACTUALES EN DEBATE.**

Sumario: I- Introducción. II- Aspectos en debate. III- Cuestiones recurrentes: 1) Bases normativas; 2) Pautas generales (sustanciales y formales); 3) Umbral de acceso. IV- Nuevas tendencias: 1) Paradigma protectorio; 2) Amparo social; 3) Amparo colectivo; 4) Amparo institucional. V- Límites funcionales. VI- Conclusiones.

### **I- INTRODUCCIÓN.**

Enmarcados en la comisión de “*Jurisdicción Protectoria*” y dentro del bloque relativo a la “*Tutela de los Derechos Fundamentales*”, se inscribe el tema del proceso de amparo como vía esencial para el logro de tales finalidades.

Nuevamente nos convoca a este encuentro académico de relevancia general (CNDP), la figura siempre atrayente del proceso de amparo, jerarquizada como está por ubicarse en la cúspide del ordenamiento jurídico, con gravitación sobre todo el territorio nacional, siendo la vía procesal de mayor importancia a la hora de brindar tutela jurisdiccional a los derechos fundamentales de linaje constitucional.

En la construcción de un núcleo duro y equitativo de derechos fundamentales para todos los habitantes, y en el efectivo respeto de las instituciones de la república, el proceso de amparo encuentra su misión más elevada, siendo el arquetipo de garantía procesal para la tutela de la parte dogmática y orgánica de la CN.

La lucha por los derechos humanos no se contenta con su reconocimiento meramente teórico o nominal, sino que exige de fuertes garantías que permitan llevar a la práctica esos derechos a través de la transformación de la realidad. En esa tarea el amparo resulta el carril paradigmático, por ser la vía judicial acelerada a través de la cual se otorga efectividad concreta a los derechos de mayor jerarquía.

La actualidad de esta temática se mantiene siempre vigente y reaviva frente a momentos en los que falla la implementación de derechos indispensables para la calidad de vida de las personas, así como en los que ocurren desarreglos en el ejercicio del poder. De allí que sea imperativo mantener actualizado el examen de esta figura, necesaria para la consolidación de un estado democrático de derecho.

El desarrollo progresivo de los derechos humanos, el acelerado avance de la conciencia jurídica a su respecto, la gama ampliada de prerrogativas reconocidas a las personas, la operatividad señalada en su efectividad directa, la vigencia del paradigma protectorio (nivelador de asimetrías en tutela de los más necesitados), la

SAFI, Leandro K., "El amparo y sus aspectos actuales en debate", publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

dimensión convencional y constitucional subyacente en la materia; todo revitaliza el campo de actuación del amparo manteniendo intacta su funcionalidad concreta.

Cierto es que este proceso constitucional ya tiene su historia. Más de medio siglo ha pasado desde los fallos Siri y Kot que le dieron nacimiento pretoriano, transitando una adolescencia legal, logrando finalmente su madurez constitucional.

A pesar de ello, y de la abundante literatura existente a su respecto, incluyendo trabajos y conclusiones científicas alcanzadas en diversos encuentros similares al presente (soporte indispensable de los estudios actuales y venideros), lo cierto es que su temática no se encuentra agotada y el amparo sigue renovando la atención, encontrando espacios por donde ir avanzando con innovaciones.

Las variaciones operadas en el amparo individual, el amparo social, el amparo colectivo y el amparo institucional son muestras del avance de la figura hacia nuevas fronteras, en seguimiento a la gama ampliada de derechos, con el objeto de lograr la implementación concreta de tales prerrogativas, de primera, segunda y tercera generación, incluyendo las ligadas al respeto de la institucionalidad democrática.

El objetivo de esta ponencia general es el de efectuar un repaso panorámico de los diversos aspectos que reavivan el debate respecto de la figura del amparo (los viejos que se mantienen y los nuevos que se agregan), aunque sin pretender agotar todos los puntos posibles, con el fin de sugerir una plataforma de discusión a partir de la cual poder extraer conclusiones que sirvan hacia adelante.

## **II- ASPECTOS EN DEBATE.**

Como ya se anticipara, a lo largo de su historia, y en reiteradas oportunidades, el proceso de amparo fue objeto de estudio por parte de los distintos Congresos Nacionales de Derecho Procesal (CNDP) que se han llevado a cabo, en particular desde 1968 hasta la fecha, habiendo sido muy provechosos esos encuentros, habida cuenta las derivaciones prácticas que terminaron resultando de ellos<sup>1</sup>.

Muchas de las ideas señaladas en dichos encuentros sirvieron de punto de apoyo para la consideración de cambios normativos y/o jurisprudenciales respecto del amparo, tanto en sus aspectos sustanciales como en los procedimentales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> El amparo fue estudiado en: V-CNDP (Salta-1968); VII-CNDP (Mendoza-1972); XIV-CNDP (Tucumán-1987); XVIII-CNDP (Santa Fe-1995); XIX-CNDP (Corrientes-1997); XXIV-CNDP (Mar del Plata-2007); entre otros.

<sup>2</sup> Ver conclusiones en QUIROZ FERNANDEZ, Juan Carlos, "Congresos Nacionales de Derecho Procesal", Rubinzal y Culzoni, 1999, ps. 70/72, 96/97, 215/216, 281, 297; ver también RDP, 2008-1, p. 608/609.

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

Es un antecedente del que no cabe prescindir al momento de seguir la línea y agregar un eslabón más entre lo que ha sido y lo que será en relación al tema.

Ahora bien, a pesar de los esfuerzos, existen algunas cuestiones que mantienen abierto el debate sobre esta figura y convocan a seguir poniendo atención a su respecto, ora porque a pesar de ser temas viejos todavía no se ha logrado destrabar su funcionamiento, ora porque resulten verdaderas innovaciones que ameriten un debate nuevo a los fines de incorporar y sistematizar sus conceptos.

Es claro que a partir de la reforma constitucional de 1994, de la recepción de los tratados sobre derechos humanos (art. 75- 22, CN), y de la incorporación del amparo en el mismo texto de la CN (art. 43, CN), el campo de actuación de la figura quedó revitalizado, planteándose la necesidad de repensar su actuación, superar viejas restricciones y conferirle plena operatividad acorde a los nuevos derechos.

A tales efectos resulta necesario distinguir las “*cuestiones recurrentes*” del amparo, vinculadas a temas que son inherentes a su funcionamiento tradicional (vgr. presupuestos sustanciales, relación con otras vías, aspectos procesales, etc), de aquellas que llamaremos las “*nuevas tendencias*” del amparo, ligadas a las posibilidades actuales de su funcionamiento (vgr. amparo social, colectivo, institucional, etc).

Del catálogo de aspectos señalados cobra especial relevancia el panorama que se abre a partir del reconocimiento de nuevos derechos operativos, entre ellos los derechos sociales de personas o grupos vulnerables (DESC), enfatizando la vigencia del “paradigma protectorio”, así como las técnicas de tutela diferenciada, que nivelen las condiciones de acceso, sin afectar los principios del debido proceso.

A esa nueva mirada del amparo sobre derechos sociales de personas vulnerables (amparo social), se le agrega el reconocimiento del amparo sobre temas institucionales, enfocado a la defensa de la parte orgánica de la CN, vinculada al respeto de los principios fundamentales de la república y de la arquitectura democrática establecida en la Ley Fundamental (amparo institucional).

Abordaremos en lo que sigue estas cuestiones recurrentes y nuevas.

### **III- CUESTIONES RECURRENTE.**

Tal como lo anticipamos, aún después de la reforma constitucional de 1994 nuestro proceso de amparo -si bien reforzado en su jerarquía y operatividad- mantiene abierto el debate sobre varios aspectos que hacen a su fisonomía y funcio-

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

namiento, generando incertidumbres que son mayores a las recomendables respecto de una figura que debiera transitar con reglas claras, simples y previsibles de juego<sup>3</sup>.

Algunas de estas aristas fueron ya discutidas en anteriores Congresos, volviendo hacia nosotros a raíz de las demoras legislativas en la adopción de normas positivas que clarifiquen la regulación a su respecto. Entre los temas pendientes se destacan los que refieren a: i- las bases normativas del amparo; ii- las pautas generales de su funcionamiento y iii- los estándares de su umbral de acceso.

### 1) Bases normativas.

**a-** Ya no se discute que el amparo encuentra fuente normativa expresa en las más altas pautas convencionales y constitucionales del ordenamiento, encontrando raigambre en los arts. 8 y 25 de la CIDH, y título directo en el art. 43 de la CN, cuya redacción señala los rasgos generales de esta figura, exigiendo en todo el territorio nacional la operatividad de un proceso judicial rápido y eficaz destinado a suprimir una agresión manifiestamente ilegítima y arbitraria de un derecho fundamental.

La importancia de esta fuente convencional y constitucional del amparo se encuentra en el respaldo de máxima operatividad que confieren a la figura, pudiendo afirmarse hoy que “*con ley, sin ley o contra ley*” los jueces tienen la obligación de garantizar el trámite rápido y expedito del amparo ante peticiones que así lo justifiquen, pudiendo cubrir vacíos normativos, o incluso declarar la invalidez de alguna norma, siempre con respeto a los principios del debido proceso y el derecho de defensa<sup>4</sup>.

**b-** Esta aclaración se torna necesaria no bien se advierte que a pesar de la reforma constitucional, la legislación nacional ha quedado rezagada en la tarea de actualizar la regulación sobre la figura del amparo a su nuevo perfil jerarquizado.

En efecto, si bien la reforma constitucional tuvo cierto reflejo en los ámbitos locales, habiéndose adoptado en algunas jurisdicciones provinciales normas actualizadas de amparo que receptaron las nuevas exigencias de la figura<sup>5</sup>, lo cierto es que en el ámbito nacional se ha mantenido la reglamentación tradicional de la Ley 16.986

<sup>3</sup> Cfr. SAFI, Leandro K., “Reformulación del proceso de amparo”, Relato General del XXIV CNDP (2007), en Libro de “Ponencias generales, relatos generales y trabajos seleccionados”, MDP. 2007, p. 413.

<sup>4</sup> Ver conclusiones del XVIII y XIX CNDP (1995-1997) (QUIROZ, cit., p. 281, 294 y ss); Fallos 332:111 (Halabi).

<sup>5</sup> Receptaron cambios: Buenos Aires (art. 20, Const.; Ley 13.928 modif. por Ley 14.192); CABA (art. 14 Const.; Ley 2.145 modif. por Ley 2.243); Corrientes (art. 67 Const.; Ley 6170); Chaco (art. 19, Const.; Ley 4297); Chubut (art. 54, 111 y cc. Const.; Ley 4572); Entre Ríos (art. 56 Cons.; Ley 9032); entre otras. Se mantienen con leyes tradicionales: Catamarca (art. 40 Const.; Ley 4795); Córdoba (art. 48 Cons.; Ley 4915); e/o.

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

(y por su lado la del art. 321-2, CPCN), en tanto sus normas no fueran incompatibles con la reforma<sup>6</sup>, no habiéndose sancionado a la fecha ninguna ley en reemplazo<sup>7</sup>.

Frente a la mora legislativa conserva actualidad la conclusión ya señalada en otro CNDP en torno a que “...resulta imperiosa una regulación legal que defina los aspectos procesales del amparo, ajustándolos al diseño constitucional de proceso rápido y expedito... a la naturaleza propia de un proceso protectorio”<sup>8</sup>.

c- Lo que sí se ha sancionado en el ámbito nacional es una Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional (Ley 26.854) y una Ley de Responsabilidad del Estado Nacional (Ley 26.944), que tienen cierta vinculación con el tema.

En relación a la Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional cabe decir que la propia norma establece que su régimen no será aplicable a los procesos de amparo (ley 16.986), salvo en 4 pautas: i- requerimiento de informe previo a la resolución cautelar (art. 4-2); ii- límite de vigencia de la medida cautelar a (3) meses, excepción hecha de tutela a derechos sensibles (art. 5); iii- sustanciación por tres (3) días de pedidos de modificación cautelar (art.7); iv- posibilidad de plantear la inhibitoria entre jueces de igual lugar por incompetencia material (art. 20); (art. 19 Ley 26.854).

Importa señalar que varios artículos de este régimen ya fueron declarados inconstitucionales por afectar prerrogativas judiciales y la tutela judicial efectiva<sup>9</sup>, alcanzando esos agravios a las normas que afecten la celeridad del amparo.

Fuera de ello, cobra cierto interés la distinción que la ley formula entre el “régimen cautelar común” y el “régimen cautelar especial”, confiriendo tutela diferencial a derechos de mayor jerarquía (vida, salud, alimentos, ambiente, grupos vulnerables). Esta distinción resulta de utilidad en el amparo brindando un criterio adicional de trato diferenciado para definir la procedencia de la vía. Finalmente se agrega que el régimen citado tolera que la apelación de la medida cautelar (contraria a un acto administrativo) se conceda con efecto devolutivo (art. 13 LMC)<sup>10</sup>, aspecto que, trasladado al amparo, resultaría superador del efecto recursivo reglado en la ley tradicional (art. 15 LNA).

<sup>6</sup> Ver conclusión del XXIV CNDP (2007); (RDP, Rubinzal y Culzoni, 2008-1, p. 608)

<sup>7</sup> Existen proyectos de leyes en Diputados, a saber: Exp. 1367-D-2000 (30/03/00 - Negri); Exp. 0172-D-2013 (04/03/13 - Bertol); Exp. 0541-D-2013 (11/03/13 - Gil Lavedra); Exp. 1479-D-2013 (27/03/13 - Rodriguez); Exp. 2207-D-2013 (18/04/13 - Comelli); Exp. 114-D-2014 (20/03/14 - Carrió); entre otros varios.

<sup>8</sup> Ver conclusiones del XXIV CNDP (2007); (RDP, Rubinzal y Culzoni, 2008-1, p. 608)

<sup>9</sup> Cfr. JNCAF, n° 6, “Farosi”, r. 05/06/13; JNCAF, n° 10, “Será Justicia”, r. 04/06/13; JNCAF, n° 2, “Federación Argentina de Colegios de Abogados”, r. 05/06/13; JFed. n° 4 LP, Sec. 12, “Gascón”, r. 05/06/13; entre otros.

<sup>10</sup> Cfr. art. 13-3, 18 Ley 26.854. La jurisprudencia se encargó de circunscribir el efecto suspensivo del recurso previsto en el art. 13-3 LMC sólo respecto de la cautelar suspensiva de “actos normativos”, preservando el efecto devolutivo en los demás casos (CNCAFed. Sala IV, “Fleb” r. 06/03/2014; Sala III, “Logicalis”, r. 13/03/2014).

SAFI, Leandro K., "El amparo y sus aspectos actuales en debate", publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

d- Por su parte, y respecto a la Ley de Responsabilidad del Estado, cabe decir que la misma no sería de aplicación al amparo, pues su régimen estaría enfocado a la acción resarcitoria de daños y no a la acción inhibitoria propia de este proceso constitucional<sup>11</sup>. De allí que, entre otras cosas, no resultaría aplicable al amparo la pauta que señala que la omisión estatal sólo genera reproche cuando se verifica una inobservancia concreta a un deber normativo expreso y específico (art. 3-d, Ley 26.944), cláusula que llevada al extremo descartaría la tutela de los DESC, cuyo enjuiciamiento supone la omisión de implementar mandatos normativos genéricos<sup>12</sup>.

e- A esta altura resta señalar que la trascendencia de las cuestiones vinculadas a la reglamentación del amparo en el ámbito nacional, viene dada por el hecho de que el debate en torno a la figura del "*amparo federal*" opera de caja de resonancia con rebote en todas las jurisdicciones locales, atento la operatividad de este proceso en todo el territorio nacional, gravitando sobre las legislaciones estatales y sobre los amparos provinciales que estén reglamentados en cada lugar. De allí que la regulación del amparo federal se torne aplicable a la legislación local, ora en forma directa, en caso de vacíos normativos, ora en forma indirecta, como piso de marcha mínimo e inderogable a respetar por la ley de "*amparo provincial*"<sup>13</sup>.

## 2) Pautas generales.

A raíz de la ausencia de una legislación nacional actualizada sobre el amparo, la doctrina y la jurisprudencia han tenido que salir a suplir los desajustes que se plantearon entre la regulación constitucional y la legislación tradicional de la figura, decantándose a partir de allí algunas pautas generales sobre aspectos sustanciales y procesales que hacen al modo de ser y de operar de esta vía. En cada caso la CSJN supo cumplir una tarea de armonización normativa, evitando posiciones extremas.

Como la discusión sobre muchos de estos temas viene de larga data, existiendo suficiente bibliografía en relación a cada uno de ellos, nos limitaremos a realizar un simple punteo de los mismos, señalando la posición asumida por la CSJN.

a- *Regulación normativa.* Entre quienes consideraron que después de la reforma constitucional las leyes tradicionales del amparo (Ley 16.986 y locales afines)

<sup>11</sup> El amparo resulta ejemplo de un proceso de tutela inhibitoria que no ha sido establecido para cualquier supuesto (cfr. LORENZETTI, Ricardo L., "La tutela civil inhibitoria", LL. 1995-C-1217; y su voto en Fallos 329:4902).

<sup>12</sup> Ver VALLEFÍN, Carlos A., "Medidas cautelares frente al Estado. Continuidades y Rupturas", Ad Hoc, p. 109.

<sup>13</sup> Cfr. RIVAS, Adolfo A., "El amparo", La Roca, 2003, p. 220, 459; ver también SCBA, B-64.119, "Asociación de Personal Jerárquico y Profesional de la Municipalidad de Morón...", s. 05/05/10.

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

quedaban lisa y llanamente derogadas<sup>14</sup>, y quienes supusieron que aquellas se mantenían intactas, la CSJN se inclinó por una posición intermedia señalando que aquellas normas en lo central conservaban su vigencia<sup>15</sup>, no obstante lo cual ahora todas sus disposiciones *debían interpretarse a la luz del art. 43 de la constitución reformada*<sup>16</sup>.

**b- Presupuestos sustanciales.** Frente a la posición que sugería la liberación del amparo de sus recaudos tradicionales<sup>17</sup>, la CSJN se encargó de señalar que el art. 43 CN reproduce el art. 1 Ley 16.986, imponiendo idénticos presupuestos<sup>18</sup>; agregando que *el amparo sólo procede para la tutela inmediata de un derecho constitucional violado en forma manifiesta, siendo inadmisibles cuando el vicio no resulta con evidencia y la dilucidación del conflicto exige mayor amplitud de debate y prueba*<sup>19</sup>.

**c- Vías administrativas previas.** En torno al debate sobre la exigencia o no de este recaudo<sup>20</sup>, la CSJN parece haber tomado una posición intermedia señalando que dicha vía no sería exigible frente a situaciones delicadas y urgentes ligadas a derechos vitales (vida, salud)<sup>21</sup>; empero también aclaró que ese criterio no puede utilizarse en forma irrestricta, para soslayar la vía específicamente prevista por el legislador en cada supuesto<sup>22</sup>; (máxime cuando de ello depende la configuración del caso)<sup>23</sup>.

**d- Vías judiciales paralelas.** Frente a la disputa en torno a si el amparo reformado es un proceso subsidiario o principal, la CSJN señaló que ello no puede resolverse en abstracto<sup>24</sup>, sugiriéndose que su procedencia está expuesta a un doble estándar<sup>25</sup>: i- por regla, en el común de los casos, el amparo sigue siendo excepcional y subsidiario de otras vías ordinarias, lo que impone al actor acreditar la ineficacia

<sup>14</sup> Ver conclusión de RIVAS en XVIII CNDP (1995) y conclusión general del XIX CNDP (1997), con disidencia de PALACIO y QUEVEDO MENDOZA (cfr. QUIROZ FERNANDEZ, cit., p. 281, 295 y 296).

<sup>15</sup> Cfr. Fallos 319:2955; 323:1825.

<sup>16</sup> Cfr. Fallos 323:3770; 326:2150. Ver conclusión del XVIII CNDP (1995); (QUIROZ FERNANDEZ, cit., p. 281).

<sup>17</sup> Ver conclusión del XIX CNDP (1997), en la que se decía que la procedencia del amparo no estaba supeditada a la condición de acreditar lo “manifiesto” de la ilegalidad (cfr. QUIROZ FERNANDEZ, ob. cit., p. 296).

<sup>18</sup> Fallos 319:2955; 321:1252; 327:2459; 330:2877; 335:1315.

<sup>19</sup> Fallos 321:1252; 330:2877

<sup>20</sup> En el XIX CNDP (1997) se dijo “El artículo 43 de la Constitución...no requiere la utilización y/o agotamiento de las vías administrativas previas para la procedencia del amparo”; con disidencia de PALACIO en el sentido afirmar que no cabía estar a los términos literales de redacción del art. 43CN (# 1348; QUIROZ FERNANDEZ, cit., p. 295).

<sup>21</sup> Fallos 330:4647 (“María Flavia”, s. 10/10/07). En dicha causa señaló “...sobremanera cuando el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994...(alude a)... otro medio judicial más idóneo” (Fallos 330:4647-cons.5-).

<sup>22</sup> Fallos 330:1407 (“Granillo Fernandez”, s. 10/04/07). En su ámbito la SCBA ha dicho que el amparo no podía utilizarse para obviar los trámites aptos de peticiones administrativas (B-66.693, “Recovering”, s. 06/07/05; B-67.392, “Alvarez”, s. 12/08/09), no obstante lo cual luego consideró que el agotamiento de la vía administrativa resulta una exigencia discordante con las notas del amparo constitucional (B-64.119, “Asociación...”, s. 05/05/10).

<sup>23</sup> Sobre la relación entre el reclamo previo y la configuración de una controversia ver SORIA Daniel, “El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, Rev. Der. Adm. n°24/26, p. 44.

<sup>24</sup> Fallos 330:5201; 332:1952.

<sup>25</sup> LORENZETTI alude a este “doble estándar”; al “estándar de excepcionalidad” y al “estándar de idoneidad” para resolver la procedencia del amparo respecto de otras vías paralelas (ver sus votos en Fallos 329:4902; 330:4144).

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

de éstas, por el daño grave e irreparable que aparezcan<sup>26</sup>; ii- por excepción, en casos sensibles, frente a derechos vitales y urgentes, el amparo se presumirá la vía principal más idónea, en especial cuando el debate no requiera mayor enjuiciamiento<sup>27</sup>.

**e- Reconducción procesal.** Morigerando la normativa tradicional que impone el rechazo liminar de la demanda de amparo frente a la falta de cumplimiento de sus presupuestos (art. 3 LNA), y a los fines de evitar la frustración del planteo, la CSJN ha admitido como salida alternativa la posibilidad de la reconducción procesal de la acción a través de otro proceso<sup>28</sup>. En efecto frente a una demanda de amparo que esconde una situación compleja, en vez de rechazar la acción con archivo del expediente, se sugiere conferir a la causa el trámite del proceso ordinario paralelo<sup>29</sup>.

**f- Plazo de caducidad.** Frente a posturas que invalidan<sup>30</sup> o reafirman la vigencia de este presupuesto<sup>31</sup>, la CSJN mantuvo una posición flexible ya que, sin negar la vigencia del recaudo, ha señalado que el mismo no es obstáculo infranqueable cuando se trata de la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y subsistencia misma de los reclamantes<sup>32</sup>, cuya situación pudo anular incluso su autonomía personal<sup>33</sup>, morigerándose también ese plazo con la doctrina de la ilegalidad continuada<sup>34</sup> y la del conocimiento del vicio<sup>35</sup>.

**g- Efectos recursivos.** Existe cierto consenso en torno a que el efecto suspensivo previsto en la ley resultaría incompatible con la rapidez y celeridad que se exige respecto de las medidas cautelares y el amparo<sup>36</sup>. Empero la CSJN llegó a señalar un criterio de reserva al resolver –cierto que en un amparo patrimonial- que no debió eludirse por los jueces sin más el efecto suspensivo previsto en la legislación para la apelación de la sentencia<sup>37</sup>. Una salida intermedia sería la de fijar por regla el efecto devolutivo, y por excepción el suspensivo con causa justificada<sup>38</sup>.

<sup>26</sup> Ver Fallos 300:1033; 300:1231; 311:208; 330:1279; 331:4144.

<sup>27</sup> Ver Fallos 323:3770; 326:2150; 330:4647.

<sup>28</sup> La reconducción del amparo se señaló en XIX CNDP (1997) (ver QUIROZ FERNANDEZ, cit., p. 295).

<sup>29</sup> Fallos 327:2967; 331:1243.

<sup>30</sup> TSJ CABA, exp. 5296, “Gil Dominguez”, s. 27/12/07.

<sup>31</sup> CNCyCFed. en pleno “Capizzano de Galdi”, s. 03/06/99; CNCAFed (ver GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, “Caducidad de la acción de amparo ...”, LL. 2010-E-825; SCBA, B-64.795, “Quinteiro”, s. 03/10/07.

<sup>32</sup> Fallos 335:44 (“Koch”, s. 14/02/12).

<sup>33</sup> Cfr. Fallos 323:1339; 329:4918.

<sup>34</sup> Fallos 307:2174 (“Bonorino Peró”, s. 15/11/85); Fallos 329:4918 (“Mosqueda”, s. 07/11/06).

<sup>35</sup> Fallos 324:3074; CSJN, “Imbrogno”, s. 25/09/01 entre otras.

<sup>36</sup> Ver conclusiones del V CNDP (1968) y VII CNDP (1972) (QUIROZ FERNANDEZ, ob. cit., p. 71, 96).

<sup>37</sup> Cfr. Fallos 327:4495, “Bustos”, cons. 15.

<sup>38</sup> En relación a este tema en el XXIV CNDP (2007) se concluyó que la apelación contra la medida cautelar en el amparo debía concederse -por regla- con efecto devolutivo, salvo que la administración demostrase que la ejecución de la cautela pudiera afectar el cumplimiento de funciones esenciales del Estado (RDP, 2008-1, p. 608/609).



SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

Estos temas -entre otros- forman parte del catálogo tradicional de cuestiones que se mantienen en debate en relación a la figura del amparo, pudiendo encontrarse en cada uno de ellos la existencia de una posición prudente de la CSJN que, sin romper con la historia, se enfoca hacia el reconocimiento de la mayor operatividad del amparo, particularmente en materias sensibles de derechos fundamentales que trascienden el plano patrimonial y comprometen asuntos merecedores de una tutela diferenciada (vida, salud, integridad, subsistencia, etc), resultando necesario a esos efectos el establecimiento de pautas claras que sirvan de deslinde.

### **3) Umbral de acceso.**

a- De los puntos que anteceden, el que suscita la mayor atención es el que refiere a la determinación del “umbral de acceso” al amparo, como vía procesal de tutela diferenciada en comparación con las del resto del ordenamiento. La definición de esta cuestión sigue siendo neurálgica en la materia porque de ella depende el resto de los temas (a saber: presupuestos de admisión, relación con vías ordinarias, merecimiento del trámite acelerado, aplicación del principio protectorio, etc)<sup>39</sup>.

En efecto, uno de los temas más trascendentes en materia de tutelas procesales diferenciadas consiste en determinar cuáles son las situaciones sustanciales merecedoras de ese tipo de atención preferente. Ocurre que el amparo representa un “atajo” privilegiado hacia la tutela rápida y efectiva, resultando por eso tentador para cualquier litigante, en especial frente a la demora que tienen los procesos ordinarios, debiendo por ello controlarse las condiciones de acceso a la figura para evitar su utilización inadecuada, reservándola para los casos que la merecen.

Si se nos permite la metáfora, nuestro servicio de justicia es como una autopista atascada, cuyos carriles ordinarios se encuentran saturados de vehículos, avanzando lentamente hacia la barrera del peaje. En ese esquema el amparo representaría el carril extraordinario, la vía descongestionada y de mayor velocidad, que permitiría el tránsito acelerado hacia la meta, en supuestos especiales de emergencia que no admiten la más mínima espera. A partir de allí surge claro que de no colocarse una valla divisoria en reguardo, un cierto umbral de acceso a la vía, el apuro ordinario podría llegar a motivar atajos inapropiados, con riesgo de embotellamiento del carril excepcional y perjuicio para los verdaderamente necesitados.

---

<sup>39</sup> Desde 1959 CARRIO decía todo el problema en la materia se reducía a “trazar la línea” divisoria entre los casos que dan lugar al amparo y los que no (CARRIO, Genaro, “Recurso de amparo y técnica judicial”, p. 146, 148).

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

Precisamente por ello la CSJN ha sugerido: i- que el amparo no podía ser utilizado como atajo indebido para obviar el tránsito de los carriles ordinarios; ii- que por esa vía no podía sustraerse la cuestión litigiosa del ámbito de sus carriles naturales; iii- que la impaciencia que podía generar la dilación de los trámites ordinarios no autorizaba a deducir el amparo, pues no importaba otra cosa que la situación a la que se veía expuesta toda persona que peticionaba en justicia; iv- que no podía invocarse ese apuro para alterar el camino procesal predispuesto para el reclamo, salvedad hecha de que se justificara el riesgo de perjuicio irreparable<sup>40</sup>.

**b-** El umbral de acceso excepcional al amparo requiere la presencia de un conflicto calificado por rasgos diferenciales respecto de los conflictos comunes, que sirva para justificar el apartamiento de las vías ordinarias y la utilización de esta vía de tutela diferenciada. Básicamente tal circunstancia requiere el cumplimiento de 3 recaudos: i- la presencia de un derecho fundamental en juego; ii- la claridad en la agresión ilegítima a su respecto; iii- la necesidad de una tutela judicial urgente, para evitar un mayor detrimento<sup>41</sup> (recaudos que en lo cautelar coincidirían con la verosimilitud del derecho, la verosimilitud de la ilegitimidad y el peligro en la demora)<sup>42</sup>.

De las condiciones que anteceden se destaca el requisito que reclama la presencia “directa” de un derecho fundamental en juego, dado que el compromiso efectivo de este tipo de prerrogativa puede llegar a incidir en los otros presupuestos.

Para comprender la situación conflictiva merecedora de amparo se impone reconocer una cierta jerarquía en los derechos, y distinguir que una cosa son los llamados “Derechos Fundamentales” (DF. de primera, segunda y tercera generación), y otra son los que llamaríamos “Derechos Comunes” (DC. civiles, comerciales, etc)<sup>43</sup>.

Existen algunos rasgos que tipifican a los derechos fundamentales:  
*i- Son inherentes a la constitución:* los DF encuentran fuente directa en la CN, a diferencia de los DC, como los patrimoniales, que tienen otro desarrollo normativo;  
*ii- Son inherentes al hombre:* los DF pertenecen al hombre por su condición de tal (innatos, vitalicios, absolutos, erga omnes), a diferencia de los DC que dependen de un título contractual o legal y están sujetos a la coyuntura de una relación particular;

<sup>40</sup> Cfr. doctrina Fallos 307:178; 307: 1953; 310:1542; 310:1548; 316:1837. SAFI, “El amparo...”, cit., p. 176.

<sup>41</sup> Cfr. SAFI, Leandro K., “El amparo...”, cit., p. 183. Los dos primeros recaudos que se señalan en el texto podrían fundirse en uno, la claridad en la agresión a un derecho fundamental en juego (lado activo y pasivo).

<sup>42</sup> Cfr. art. 13 y cc. de Ley 26.854. Desde ya la asociación es meramente didáctica y no autoriza confusión alguna.

<sup>43</sup> LORENZETTI distingue entre derechos primarios y competitivos (“Justicia...”, ob. cit., p. 251); Por su parte la doctrina nacional suele citar la clasificación de derechos (dudosos, verosímiles y líquidos) del profesor brasileño BUZAID en la materia (cfr. RIVAS, Adolfo, “El amparo”, La Rocca, 2003, p.128).

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

*iii- Son indiscutibles en su título:* los DF son innegables en su titularidad (activa), lo que no significa que sea innegable la responsabilidad (pasiva), a cambio de ello los DC son discutibles tanto en su título como en la deuda, estando expuestos a prueba; *iv- Son irreparables in natura:* los DF son normalmente representación de lo que es “frágil” e irreparable, conllevando urgencia objetiva porque una vez violados no se pueden sanear en especie, en cambio los DC patrimoniales suelen ser reparables a través del sustituto económico equivalente, congruente a su naturaleza<sup>44</sup>.

En alguna medida la CSJN ha tenido en cuenta esta nivelación de prerrogativas distinguiendo el trato de los derechos vitales (vida, salud, etc), respecto de aquellos otros que no trascienden el plano puramente patrimonial (reparable), priorizando en relación a los primeros el otorgamiento de una tutela urgente<sup>45</sup>.

Evidentemente la presencia de un derecho fundamental otorga contenido constitucional al conflicto, calificando la controversia, resultando tal circunstancia razón necesaria –no suficiente- para que se vaya perfilando la tutela del amparo. Claro que la impronta constitucional del caso no surge por mero voluntarismo o invocación nominal. *La sola invocación de artículos constitucionales con motivo de situaciones regladas por la ley común no tiene la aptitud de otorgar contenido constitucional a un conflicto que por sí no lo tiene*<sup>46</sup>. Será necesario que el caso tenga relación directa con el derecho humano que se defiende, más allá de lo retórico.

A partir de allí para la procedencia del proceso de amparo se requerirá:

- i- la presencia efectiva de un derecho fundamental primario, inherente a la persona;
- ii- que el mismo trascienda –por regla- el plano meramente patrimonial-reparable<sup>47</sup>;
- iii- la presencia de una agresión manifiestamente ilegítima y arbitraria del derecho;
- iv- la justificación de una urgencia, que en casos extremos se encontrará in re ipsa;
- v- la persecución de un objetivo acotado, inhibitorio o restitutorio, no indemnizatorio.

Bajo estas condiciones excepcionales el conflicto adquiere los rasgos distintivos y diferenciados que le permitirán transitar procesalmente por el carril del amparo como la vía principal y más idónea a los fines pertinentes.

<sup>44</sup> CARRIO, ob. cit., p. 1959, p. 129, 165, 200; LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de derecho civil”, t. I, p. 254 y ss.

<sup>45</sup> Si bien la jurisprudencia tradicional pareció rechazar la idea de jerarquía (cfr. Fallos 272:231; 308:789), la CSJN estaría reconociendo la prioridad de derechos vitales sobre los patrimoniales (cfr. Fallos 335:44; 335:705).

<sup>46</sup> Cfr. CARRIO, ob. cit., p. 150/151.

<sup>47</sup> No desconocemos que la CSJN ha reconocido que el derecho de propiedad, en el sentido constitucional del término, también es susceptible de amparamiento, pero ello así en tanto conexo a derechos inherentes a las personas, y no en cuanto se vincula a intereses exclusivamente patrimoniales o económicos (Fallos 294:152).

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

c- Surge claro que no puede resolverse en abstracto la cuestión de si el amparo es una vía excepcional o directa. No obstante ello, y frente a la necesidad de un cierto protocolo de actuación en el tema, en el marco de la CSJN se sugirió la aplicación de un doble estándar: el estándar de excepcionalidad y el de idoneidad.

*“El estándar de excepcionalidad establece que si existe una vía procesal alternativa, el amparo no es procedente... La finalidad de esta interpretación ha sido evitar la desnaturalización de la vía que se ha considerado excepcional dentro de las acciones procesales ordinarias disponibles para la protección de los derechos. El estándar de idoneidad, incorporado con la reforma del art. 43... tiene por finalidad evitar la desnaturalización...de un derecho tutelado de un modo especial. Cuando se trata de derechos fundamentales protegidos de tal modo en la Constitución o en tratados internacionales, toda interpretación debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva... la Constitución Nacional regula al amparo como un instrumento propio de la jurisdicción que ella crea y como una garantía confiriéndole una autonomía típica a un proceso de carácter urgente. De tal modo, dentro del derecho procesal constitucional el amparo constituye un instrumento que es presuntivamente el más idóneo toda vez que se trate de la tutela de un derecho fundamental”<sup>48</sup>.*

Doble sería entonces el alma del amparo: i- “por principio, excepcional”, atento el umbral de acceso calificado que lo separa de los conflictos corrientes relegados a los carriles ordinarios; ii- “por excepción, principal”, frente a derechos fundamentales de naturaleza vital, para los cuales goza de la mayor atingencia (idoneidad) como carril de acceso directo constitucionalmente asignado para tal finalidad.

Precisamente en atención a estos parámetros la CSJN habría señalado que el carril del amparo se abre especialmente frente a las situaciones conflictivas más sensibles, que trascendiendo el plano común de los derechos puramente patrimoniales, están ligadas a la tutela elevada de derechos fundamentales de naturaleza vital (como los referidos a la vida, la salud y la subsistencia en general –DESC-)<sup>49</sup>, viniendo a coincidir ese campo sensible con el espacio de actuación de la tutela procesal diferenciada establecida ahora en materia cautelar (cfr. Ley 26.854), por resultar que en tales casos la sola presencia del derecho fundamental involucrado suele conllevar la claridad y urgencia que habilita el uso de los carriles más urgentes.

<sup>48</sup> Ver voto de LORENZETTI, en Fallos 329:4902; 330:4144 (el subrayado me pertenece).

<sup>49</sup> Fallos 335:44; 335:705; 335:452.

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

#### **IV- NUEVAS TENDENCIAS.**

Analizadas las cuestiones de referencia, utilizadas como excusa para revisar los aspectos tradicionales (sustanciales y procesales) que siguen en debate respecto del amparo, a esta altura corresponde que nos aboquemos a lo que hemos considerado las cuestiones más novedosas de la figura, como son las vinculadas: i- al paradigma de la jurisdicción protectoria; ii- a la operatividad del amparo social; iii- al régimen del amparo colectivo; iv- al reconocimiento del amparo institucional.

Conviene adelantar desde ya que estas nuevas manifestaciones del amparo no rompen la unidad de la figura, cuyo núcleo de actuación se respeta con los retoques necesarios, utilizándose la clasificación aludida con fines sistemáticos, como esquema de trabajo que permite un desarrollo ordenado, aclarando que se califican a estas figuras como nuevas tendencias, porque vinieron a representar un avance, al permitir el enjuiciamiento de asuntos que antes no tenían cabida en los tribunales.

##### **1) Paradigma protectorio.**

Uno de los mayores logros axiológicos alcanzados a nivel general en la búsqueda de un orden social más justo, que trasciende lo reglado y se inscribe en la idea superior de igualdad sustancial y justicia distributiva (destinada a nivelar asimetrías sociales en tutela de los más necesitados), se encuentra precisamente en el reconocimiento actual del “*paradigma protectorio*”, establecido como principio general del ordenamiento, que inclina un resguardo de tutela en favor de personas vulnerables, para garantizar un núcleo duro de derechos fundamentales a su respecto.

La base axiológica de este principio se encuentra en la necesidad de organizar una sociedad más justa e igualitaria en la que, en el reparto de bienes, se pueda garantizar un “piso mínimo” de derechos básicos para los más necesitados, a partir del cual –niveladas las oportunidades y corregidas las diferencias arbitrarias– cada cual pueda desarrollar su plan de vida conforme sus esfuerzos, sin el riesgo de brechas inaceptables. Esto conlleva una discriminación positiva en favor de las personas vulnerables, a tener en cuenta la situación de los más desventajados<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Cfr. RAWLS John, “Teoría de la Justicia”, México, 2006, p. 27, 28, 62, 68, 78, 79, 84, 95, 96. El autor sostiene que “La interpretación democrática... se obtiene combinando el principio de la justa igualdad de oportunidades con el principio de diferencia...” (p.80); la sola libertad “...conduce a una endurecida sociedad meritocrática...(por ello)...el principio de diferencia da algún valor al... principio de compensación. Este principio afirma que las desigualdades inmerecidas... (biológicas, naturales, azarosas, sociales)...requieren una compensación...(para)... proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades” (p. 103); “...la arbitrariedad del mundo tiene que ser corregida mediante el ajuste de las circunstancias...” (p. 139); “...las desigualdades permitidas ... contribuyen al bienestar de los menos favorecidos...(al)...principio de fraternidad...” y por su intermedio al bienestar general (p. 108).

SAFI, Leandro K., "El amparo y sus aspectos actuales en debate", publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

En este sentido la doctrina ha dicho que el paradigma protectorio tutela a los más débiles y su fundamento convencional y constitucional es la igualdad. Los textos tradicionales regulaban los derechos de las personas sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. Superando esa visión tradicional ahora se busca una igualdad real de oportunidades y a esos efectos se desarrollan una serie de normas sustanciales y procesales destinadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables<sup>51</sup>.

Partiendo de lo expuesto, luego aparecen algunas dudas sobre cómo definir al grupo vulnerable y a las personas más débiles (aspecto subjetivo), y cómo delimitar el alcance de la tutela que se sugiere a su respecto (aspecto objetivo)<sup>52</sup>.

En relación a lo primero, se ha propuesto considerar tres contingencias sensibles que despiertan especial consideración, a saber: i- personas cuyo origen familiar o clase social es menos favorecido; ii- personas cuyas condiciones naturales las colocan en situación de desventaja; iii- personas que en el curso de su vida tuvieron suerte adversa<sup>53</sup>. En relación a lo segundo, el criterio se extiende a nivelar el acceso a un piso mínimo de bienes primarios relativos a derechos fundamentales, indispensables para la inclusión social de esas personas en situación vulnerable<sup>54</sup>.

De alguna manera estas pautas encuentran anclaje en nuestros textos convencionales, constitucionales y legales requirentes de tutela diferenciada para los derechos fundamentales en especial de personas desventajadas. Entre ellos se destacan la convención sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), las referidas a la tutela de grupos vulnerables (niños, mujeres, ancianos, etc), y las pautas receptadas en las Reglas de Brasilia<sup>55</sup> y en el art. 75 inc. 22 y 23 de la CN, así como en leyes especiales como serían la Ley de Medidas Cautelares contra el Estado (Ley 26.854) y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994).

---

Ver también LORENZETTI, Ricardo L., "Justicia colectiva", 2010, p. 249; BERIZONCE, Roberto O., "La jurisdicción protectora o de 'acompañamiento'", RDP, Rubinzal y Culzoni, 2014-2, p. 176.

<sup>51</sup> LORENZETTI, Ricardo L., en "Código Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal y Culzoni, 2012, p. 13.

<sup>52</sup> Resulta necesaria la fijación de criterios porque la tutela no puede ser ilimitada (BERIZONCE, Roberto "Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas", RDP, 2008-2, p 47). La concesión de un paquete básico de derechos involucra un costo comunitario que no puede ser ignorado (LORENZETTI, "Justicia...", cit., p. 253).

<sup>53</sup> Cfr. RAWLS, John, ob. cit., p. 100.

<sup>54</sup> Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., "Justicia colectiva", ob. cit., p. 251. El autor señala "...los derechos no pueden ser insaciables, porque si no tienen límites pueden devorar la democracia. (cfr. LORENZETTI, cit., p. 253/254).

<sup>55</sup> Las Reglas de Brasilia sobre "Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad", aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008, a las que adhirió la CSJN (Acordada 5/2009).

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

Todo este bloque normativo traduce un conjunto de reglas que tienden a hacer efectivo el principio de “*tutela sustancial diferenciada*” (TSD), surgiendo desde allí también el fundamento de la llamada “*tutela procesal diferenciada*” (TPD).

El proceso de amparo, enfocado como está a la tutela de derechos fundamentales (de primera, segunda y tercera generación), resulta una manifestación paradigmática de la tutela procesal diferenciada, siendo instrumento de realización del principio protectorio en materia constitucional, máxime cuando lo que se defienden por su intermedio son bienes primarios de personas necesitadas. En este tipo de pleitos cede la jurisdicción dirimente, típica de un conflicto entre iguales, y se aplica la jurisdicción protectoria, típicas de conflictos asimétricos, de sentido tuitivo especial.

Al decir de la doctrina, en esta clase de procesos diferenciados gravitados por el principio protectorio, la jurisdicción “...*debe operar en conflictos entre sujetos desiguales o colocados en especiales situaciones en las que el orden jurídico impone brindar especial tutela ... Se trata de una modalidad operatoria que motiva al juez a obrar con un sentido tuitivo, destinado a lograr la salvaguarda del derecho de la persona privilegiada por el orden jurídico, sin que ello signifique que desaparezca la función dirimente... (la imparcialidad judicial)... y la igualdad de partes*”<sup>56</sup>.

La consecuencia de este reconocimiento conlleva la aplicación de un estatuto especial para el tratamiento del conflicto, un catálogo de medidas y técnicas procesales diferenciadas, entre ellas: i- la gratuidad del acceso a la justicia; ii- la accesibilidad a procesos urgentes; iii- la operatividad del amparo; iv- la admisión cautelar y de tutelas anticipadas; v- la aceleración y simplificación del trámite; vi- la ampliación de poderes del juez; vii- la primacía de verdad objetiva; viii- la colaboración informativa entre partes; ix- la carga probatoria dinámica; x- soluciones consensuadas, etc<sup>57</sup>.

Este esquema procesal resultará de aplicación al proceso de amparo sobre derechos fundamentales, en la medida que se den sus presupuestos de actuación, y con las limitaciones que serán señaladas casi al final de este trabajo.

## **2) Amparo social.**

Una de las manifestaciones actuales del proceso de amparo enfocado a la realización del principio protectorio se encuentra en los llamados “*amparos sociales*”,

---

<sup>56</sup> Cfr. RIVAS, Adolfo A., “El amparo”, ob. cit., p. 59.

<sup>57</sup> Cfr. BERIZONCE, Roberto O., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, cit., p. 40; “Técnicas orgánico funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas”, RDP, Rubinzal y Culzoni, 2009-1, p. 29.

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

destinados a conferir operatividad, no ya a los derechos civiles y políticos de impronta liberal, sino a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), de impronta social, relativos a bienes primarios (salud, alimentación, asistencia social, vivienda, etc), ligados a personas vulnerables, en situación de necesidad, colocados por debajo de las condiciones mínimas aceptables para la subsistencia, sea que tales prerrogativas se vinculen con derechos de primera, segunda o tercera generación constitucional.

En este sentido se registran especialmente algunos fallos de la CSJN en los que se abrió el enjuiciamiento de este tipo de reclamos sociales, entre otros: i- para la provisión de alimentos en favor de una madre y sus niños que se encontraban en situación de extrema indigencia y desnutrición<sup>58</sup>; ii- para garantizar el acceso a una vivienda digna en favor de una madre y su hijo menor discapacitado, en situación de calle y condición de desamparo<sup>59</sup>; iii- para lograr la provisión de cobertura de salud integral a personas con discapacidad<sup>60</sup> iv- para la provisión de medicamentos en favor de personas afectadas por enfermedad<sup>61</sup>; v- para modificar la condición de vida de una comunidad indígena de una región del Chaco en situación de emergencia extrema, con sus necesidades básicas y elementales insatisfechas<sup>62</sup>; etc.

El gran salto conceptual que permitió el enjuiciamiento de este tipo de casos se dio a partir del abandono del carácter “programático” tradicionalmente asignado a los derechos sociales (supeditados a implementación discrecional del Estado), y el reconocimiento de su “operatividad derivada”, lo que implicó una obligación activa y prioritaria en cabeza del Estado para implementar necesariamente su cumplimiento, conforme sus propios criterios, pudiendo en caso de contrario, frente a la omisión o insuficiencia de dicha actividad, ser reclamados indirectamente por la vía judicial.

Correlativamente esto implicó ampliar el campo del enjuiciamiento estatal, permitiendo el reproche no sólo ya de incumplimientos concretos, sino de omisiones genéricas en la implementación de políticas públicas en materia social<sup>63</sup>.

La explicación de este cambio fue realizada por la propia CSJN en uno de los casos de referencia. Allí se dijo “*Que la primera característica de esos dere-*

---

<sup>58</sup> Fallos 329:553 (Rodríguez Karina).

<sup>59</sup> Fallos 335:452 (Q.C.S.).

<sup>60</sup> CSJN, “Asociación para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos”, s. 10/02/2015.

<sup>61</sup> Fallos 323:1339 (Asociación Benghalensis).

<sup>62</sup> Fallos 330:4134 (Defensor del Pueblo). Si bien el proceso no figura como amparo, en su marco la CSJN ordenó en forma urgente al Estado Nacional y Provincial el suministro de agua potable y alimentos y asistencia.

<sup>63</sup> Esta aclaración es importante no bien se advierte la distinta intensidad del reproche estatal según se enjuicie su actividad lesiva, una omisión concreta, o una omisión general, contemplando la CSJN que en este último caso el Estado no está obligado sino a cumplir objetivos generales de la ley, en la mejor medida posible (Fallos 330:563).



SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNBP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

*chos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad... Que el segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado... Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo... Ello así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos... así como los recursos necesarios... no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno...”*

*Agregándose “Que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar ...(vgr)... la provisión de una vivienda por la vía judicial... Que la tercer característica ... es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial... ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos... La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables...Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces...”<sup>64</sup>.*

Bajo estas condiciones de equilibrio se entiende habilitado el nuevo campo de actuación del amparo en materia de derechos sociales, cuya operatividad derivada se aparta de la mera declaratividad programática (carente de acción), pero tampoco se confunde con la operatividad directa (acción inmediata), confirmando una prioridad en la implementación concreta en favor del poder político, y sólo en su defecto la posibilidad de provocar el enjuiciamiento respectivo (acción indirecta).

Este enjuiciamiento derivado o indirecto estaría sugiriendo la posibilidad de tener que tentar una respuesta previa –aún urgente- en sede extrajudicial respecto de la necesidad acuciante, a fin de permitir a la autoridad pública el conocimiento inmediato del asunto y el ejercicio directo de la competencia prioritaria que se le reconoce en la materia, en procura de la solución del caso, con aplicación de las políticas públicas y planes sociales que se encuentren implementados, reservándose la acción

---

<sup>64</sup> Fallos 335:452 (Q.C.S.).

SAFI, Leandro K., "El amparo y sus aspectos actuales en debate", publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

judicial para el supuesto en que dichos planes no se encontraran implementados, o fueran denegados o resultaran insuficientes o irrazonables para cubrir la necesidad.

En este sentido se ha dicho *"En situaciones conflictivas como la tramitada en autos, el reconocimiento práctico de los derechos sociales comprometidos o afectados exige una adecuada interpretación de las normas que los consagran, previstas en textos constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos... De ellas se desprenden mandatos genéricos, básicamente dirigidos al Estado, por lo que se le asigna el cometido de brindar cobertura adecuada a las necesidades primordiales de la sociedad...(de modo que)... la satisfacción de estos derechos demanda una intermediación institucional indispensable, la adopción de programas y órganos destinados a su implementación... Sin duda, una labor asaz compleja...Ello explica que sea preciso ocurrir inicialmente ante las autoridades administrativas"*<sup>65</sup>.

Por su parte el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy ha reflejado este criterio, rechazando una demanda directa de amparo por reclamo de vivienda familiar cuando el actor *"...no acredita haber tentado su inclusión en programas para la regular adjudicación de una y, mucho menos, haber sido excluido de alguno en forma ilegal o arbitraria... debió el actor transitar por las vías regulares... porque ...(ello)... es un postulado en principio ineludible para la ulterior intervención del Poder Judicial ... (atento que)... la materia... se inscribe entre las prerrogativas del Poder Ejecutivo provincial, como es la administración de los recursos para... la implementación y ejecución ... de políticas habitacionales y planes de vivienda, cuyo diseño es confiado al Poder Legislativo en el ámbito de su también indiscutible competencia"*<sup>66</sup>.

La gestión previa de estos problemas en sede administrativa pone en alerta a la autoridad y permite tratar la situación con urgencia, sin necesidad de judicializar el reclamo. En cualquiera de los casos esa gestión debiera tener respuesta inmediata y no usarse con fines dilatorios, pudiendo llegar a dispensarse en casos en donde fuera manifiesta la inexistencia de políticas públicas sobre la necesidad concreta.

### **3) Amparo colectivo.**

El proceso de *"amparo colectivo"*, destinado a la defensa de los llamados derechos de incidencia colectiva correspondientes a una pluralidad relevante de personas, ya no resulta una novedad, pero mantiene actualidad suficiente debido al

<sup>65</sup> Cfr. SCBA, A-70.138, "B.A.F.", S. 03/07/13, voto del Dr. SORIA.

<sup>66</sup> Cfr. STJ de Jujuy, "Mamani Víctor", s. 23/04/10, LLNOA 2010-559.

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

protagonismo que ha tenido esta acción judicial en nuestra realidad concreta. Si bien es cierto que la regulación de esa vía continua replegada en el art. 43-2 de la CN, sin haber encontrado en sede nacional el desarrollo legislativo que merece<sup>67</sup>, lo cierto es que a cambio de ello mucho ha sido lo aportado por vía de la jurisprudencia.

Particularmente ha sido la CSJN quien, señalando la omisión legislativa en la materia, ha tomado la iniciativa de desarrollar algunas pautas para el funcionamiento de este proceso constitucional, reivindicando su fundamental trascendencia<sup>68</sup>.

Por empezar ha quedado deslindado el ámbito del amparo individual y el amparo colectivo: i- mientras *el “amparo individual”* se dirige a la tutela de los derechos tradicionales de primera y/o segunda generación cerrándose allí la legitimación activa sobre el titular, con el fin de lograr una tutela acotada y personal (inter partes); ii- el *“amparo colectivo”* se dirige a la tutela de los derechos de tercera generación, ligados a bienes difusos o individuales homogéneos, ampliando la legitimación activa hacia un catálogo de personas, que se presumen representativas del resto, con el objeto de lograr una tutela impersonal y colectiva en beneficio de todos (erga omnes).

No obstante el deslinde, corresponde aquí tener presente que el amparo colectivo no es sino una especie derivada del amparo tradicional, que comparte las características esenciales de esa figura, con las particularidades propias que le imprime la naturaleza de la materia<sup>69</sup>. No por colectivo el amparo deja de ser un proceso rápido y comprimido destinado a suprimir una agresión claramente ilegítima de un derecho fundamental, cuando no existan vías judiciales más idóneas. La silueta ligera de este proceso no se conserva sino a base de reducir el amparo a pretensiones claras y líquidas, dejando para otras vías las que resulten más complejas<sup>70</sup>.

Ahora bien como todo proceso colectivo, el amparo de incidencia colectiva, propone una simplificación subjetiva del enjuiciamiento de un conflicto masivo,

---

<sup>67</sup> Lo dicho va expuesto sin perjuicio de señalar que el amparo colectivo tiene cierta regulación bajo las figuras del amparo ambiental (art. 30 LGA - Ley 25.675) y el amparo consumeril (art. 53 LDC – Ley 24.240 y 26.361). No incluimos aquí al nuevo CCyCN porque si bien enunció la existencia los derechos de incidencia colectiva (art.14), enfatizando la tutela preventiva (art. 1710), en las relaciones entre privados (art. 1765), luego no reguló aspecto de trámite que estuviera ligado al amparo colectivo, siendo ajeno a esta vía el régimen de tutela resarcitoria de daños colectivos, proyectado tipo *class actions*, que fuera suprimido por el Ejecutivo Nacional (ex arts. 1745 a 1748); (ver el tema en GIANNINI, Leandro, “La tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos en la Argentina (Marchas y contramarchas del Proyecto de Código Civil y Comercial)”, RDP, Rubinzal y Culzoni, 2013-1, p. 253).

<sup>68</sup> CSJN, “Halabi”, s. 24/02/09 (Fallos 332:111).

<sup>69</sup> En el XXIII CNDP (2005) se concluyó “La vía del amparo colectivo sólo es admisible cuando se den las causales del artículo 43, primera parte... en los demás casos corresponde el trámite del proceso de conocimiento” (ver conclusiones en AAVV, “Procesos colectivos”, OTEIZA Eduardo, Coord., Rubinzal y Culzoni, 2006, p. 481).

<sup>70</sup> SAFI, Leandro K., “El amparo como trámite para el conflicto colectivo”, Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados del XXIII CNDP, p. 121; “El amparo colectivo y las vías paralelas”, Libro de Ponencias Generales, y Trabajos Seleccionados del XXIV CNDP, p. 578; “El amparo ambiental”, Abeledo Perrot, 2012, p. 91

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

mediante un solo proceso, permitiendo que el reclamo de muchos sea llevado a juicio a través de unos pocos, que actúan en virtual representación del resto, sin necesidad de intervención personal de aquellos, ni de contar con mandato judicial expreso, ello así a fin de hacer valer una pretensión de tutela impersonal de derechos difusos o individuales homogéneos, a los efectos de obtener una sentencia única, cuya cosa juzgada sea extensible en favor de todos, sin necesidad de multiplicar los procesos.

Varias son las particularidades del amparo colectivo analizado bajo estos términos, manifestándose -entre otras- en la naturaleza de los derechos defendidos, la legitimación activa, las particularidades del procedimiento, y la cosa juzgada.

En lo tocante a la naturaleza de los derechos de grupo cabe tener presente que en el amparo colectivo se pueden defender: i- tanto los “*derechos difusos*”, referidos a bienes indivisibles pertenecientes a una comunidad de personas como tal (vgr. ambiente, consumo, institucionalidad democrática); ii- como los “*derechos individuales homogéneos*”, referidos a bienes individuales pero similares a una pluralidad relevante de personas, afectados por una causa común (vgr. salud, seguridad, etc)<sup>71</sup>. En este último caso el enjuiciamiento colectivo exige causa común (comunidad), pluralidad de afectados (numerosidad), uniformidad de intereses (homogeneidad), pretensión concentrada en los efectos comunes (tipicidad), existencia de dificultad en el ejercicio de la acción individual (dificultad)<sup>72</sup> y/o presencia de grupos postergados o débilmente tutelados que supongan afectación del acceso a la justicia (vulnerabilidad)<sup>73</sup>, y/o de un fuerte interés estatal en la protección (trascendencia). Además de ello se exige identificar al grupo, representatividad, notificación, publicidad, etc<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> CSJN, “Halabi”, s. 24/02/09 (Fallos 332:111). Unos serían los *rights without a holder* (derechos sin titular, pues toda la sociedad lo es), otros los *rights too small* (derechos demasiado pequeños para su defensa singular); (QUIROGA LAVIE, Humberto, “El amparo colectivo”, 1998, p. 181). Entendemos que la eliminación de la variante de los DIH en el CCyCN, si bien marcó disconformidad con su regulación, no implicó eliminarlos del art. 43 CN.

<sup>72</sup> Este recaudo de la dificultad se ha considerado crucial en nuestro régimen para permitir el enjuiciamiento colectivo de DIH sobre bienes patrimoniales, porque permite armonizar con el principio de disponibilidad del derecho por su titular (art. 19 CN), autorizando la dificultad individual su tutela grupal. De modo que si no existe esa dificultad en temas patrimoniales debería estarse a la autonomía individual, no pudiendo un tercero subrogarse al titular, ni obligar a la demandada a asumir efectos de una relación de la que pudo liberarse. En estos casos la legitimación colectiva encontraría límite constitucional en el art. 19 CN (voto de LORENZETTI en Fallos 329:4593).

<sup>73</sup> Para justificar la acción colectiva CSJN señaló “...*aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente, justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional...*” (“Asociación DE.FE.IN.DER.”, s. 10/02/15).

<sup>74</sup> CSJN sentó estas pautas y concedió amparo colectivo en “Halabi”, s. 24/02/09 (Fallos 332:111); PADEC”, s. 21/08/13; “Unión de Usuarios y Consumidores”, s. 06/03/14; “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos”, s. 10/02/15. En cambio rechazó: “Cavaliéri”, s. 23/06/12 (Fallos 335:1080); “Municipalidad de Berazategui”, s. 23/09/14; “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur”, s. 10/02/15.

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

En lo relativo a la legitimación colectiva corresponde tener presente que desde lo más particular a lo más general se ha reconocido dicha aptitud en favor de: i- la *Persona Individual* (con base en la condición de afectado, alcanzando también al propio damnificado, sin descartar al ciudadano en casos de relevancia institucional)<sup>75</sup>; ii- las *Asociaciones Intermedias* (las ONG -asociaciones civiles y fundaciones- cuyos fines estatutarios tengan previsto la defensa de los bienes que son objeto del caso)<sup>76</sup>; iii- el *Defensor del Pueblo* (reconociéndose la representatividad institucional de este funcionario para iniciar amparos colectivos en resguardo de derechos de grupos)<sup>77</sup>; iv- el *Ministerio Público Fiscal* (siendo clara su intervención en interés de la ley, se ha dudado de su aptitud para accionar, hallándose habilitado en la ley del consumo)<sup>78</sup>; v- el *Estado Lato Sensu* (finalmente la representatividad institucional podría llegar a tenerla la propia autoridad estatal, encontrándose habilitada en la ley del ambiente)<sup>79</sup>.

En lo que refiere al trámite del procedimiento se registrarían las siguientes particularidades: i- que una vez iniciado el amparo colectivo por alguno de los legitimados, luego se consumaría la acción y no podrían interponer la misma demanda los restantes interesados, en especial en materia ambiental (cfr. art. 30 LGA)<sup>80</sup>; ii- que una vez recibido el amparo el juez debe efectuar un control de admisión y fiscalizar si se dan los recaudos de la acción colectiva, identificando al grupo, la idoneidad del representante y la adecuada notificación de los terceros (cfr. Ac. 32/14)<sup>81</sup>; iii- que una vez dictada la resolución que admite el amparo colectivo debe comunicar tal circunstancia a la autoridad del Registro Público de Procesos Colectivos para inscribirlo, brindando información sobre la pretensión y el proceso (cfr. Ac. 32/14); iv- que la autoridad del Registro verificará los recaudos y, de corresponder, mandará a efectuar la inscripción pertinente, haciendo saber de la existencia de otras acciones con similar o idéntico objeto a sus efectos (cfr. Ac. 32/14); v- que de esa forma se controlará la litispendencia por identidad o conexidad, para extinguir o acumular los procesos

<sup>75</sup> Cfr. art. 43-2 CN; art. 30 LGA; 52 LDC. Con base en la condición de afectado la CSJN admitió amparos en los casos “Daneri” (Fallos 323:1261); “Salas” (Fallos 332:663); “Pla” (Fallos 331:1243); entre otros.

<sup>76</sup> La CSJN ha admitido múltiples amparos de ONG, entre ellos: “AGUEERA” (s. 22/04/97); “Asociación Benghalensis” (Fallos 323:1339); “Portal de Belen” (Fallos 325:392); “PADEC”, s. 21/08/13; entre otros.

<sup>77</sup> La CSJN admitió la legitimación del DPN en Fallos 328:1652; 330:1915; 330:4134; entre otros.

<sup>78</sup> Cfr. art. 52 LDC. A la CSJN registra amparo consumeril del Ministerio Público de la Defensa de La Rioja in re “Ministerio Público s/ amparo colectivo”, PGN, S.C.M.726.L.XLV, d. 31/05/11 y CSJN, M. 726.XLV, s. 11/11/14.

<sup>79</sup> Cfr. art. 30 LGA. La CSJN registra amparos ambientales iniciados por el Estado en sus distintos niveles, entre ellos Fallos 327:5246; 329:2212; 332:1600; “Municipalidad de Rosario v. Entre Ríos”, s. 09/12/09; entre otros.

<sup>80</sup> Cfr. art. 30-2 LGA. La CSJN hizo valer el referido cierre en “Fundación Ambiente y Desarrollo”, s. 17/09/13 y en “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas”, s. 06/03/14 (esta última en función de la causa “ASSUPA”).

<sup>81</sup> Con fecha 01/10/14 la CSJN dictó la Acodada 32/14 por medio de la cual reglamentó el Registro Público de Procesos Colectivos, regulando aspectos de la inscripción y también del modo de tramitar el proceso.

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

que resulten paralelos, evitando la multiplicación de acciones superpuestas<sup>82</sup>; vi- que luego debe sustanciarse el procedimiento conforme la legislación de amparo vigente, con las particularidades de la materia (cfr. Ley 16.986); vi- que el ingreso voluntario de terceros para sumarse al frente activo del reclamo no es ilimitado y debe restringirse en función del carácter representativo y sumarísimo del proceso<sup>83</sup>; entre otras.

Finalmente, en lo que hace a la cosa juzgada del amparo colectivo cabe recordar que la CSJN se encargó de señalar que el efecto *erga omnes* del fallo es un imperativo constitucional inherente a los procesos colectivos<sup>84</sup>, que no podrían estar reconocidos como mecanismos adecuados para la resolución de conflictos masivos, si no previeran la extensión automática de lo fallado en beneficio de terceros. A partir de allí las leyes suelen regular la extensión de la cosa juzgada colectiva en forma diferenciada: i- si la acción colectiva prospera beneficia al grupo reclamante contra el demandado, favoreciendo incluso las acciones individuales conexas; ii- si la acción colectiva no prospera, impide el inicio de otro proceso grupal, salvo que el rechazo fuera por insuficiencia de pruebas, sin afectar en ningún caso la acción individual<sup>85</sup>.

Los casos más comunes de amparos colectivos se encuentran relacionados con el amparo ambiental, el amparo del consumo y/o el amparo administrativo (que incluye todo pleito colectivo contra la autoridad estatal), apareciendo incluso en la escena actual el llamado amparo institucional como una manifestación adicional.

#### **4) Amparo institucional.**

Una de las proyecciones más actuales del amparo colectivo se encuentra en lo que podríamos llamar el “*amparo institucional*”. Este proceso no pondría tanto el acento en la tutela de un derecho fundamental (que indirectamente también lo está), como en la defensa general del correcto desempeño institucional y democrático de la autoridad estatal (cuyos desvíos graves nos afectan a todos), permitiendo la defensa de los principios fundamentales del sistema republicano de gobierno, así como de la arquitectura del poder, programada en la parte orgánica de la Constitución Nacional.

---

<sup>82</sup> La CSJN llamó la atención sobre la multiplicación de acciones colectivas paralelas, aludiendo al escándalo jurídico que eso genera, contrariando los fines de estos procesos (“Municipalidad de Berazategui”, s. 23/09/14).

<sup>83</sup> La CSJN ha sabido cerrar el ingreso voluntario de terceros en amparos ambientales cuando el frente activo del proceso estuvo suficientemente integrado (Fallos 330:1158; 335:277). A ello se añade que recientemente revocó la decisión de admitir en calidad de litisconsortes a 2641 terceros en un amparo ambiental, señalando que ello desnaturaliza el funcionamiento representativo y sumarísimo del amparo colectivo (CSJN, “Kersich”, s. 12/12/14).

<sup>84</sup> Cfr. Fallos 332:111 (Halabi, cons. 21); ver también Fallos 332:1759.

<sup>85</sup> Cfr. arts. 33-2 LGA; 54-2 LDC. La última norma excluye del fallo favorable a quien hubiera ejercido un *opt out*.

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

Tradicionalmente no se aceptaba que estas cuestiones institucionales vinculadas al desempeño republicano de las autoridades del gobierno pudieran ser enjuiciadas en los tribunales (salvo el caso de violación directa a un derecho singular), porque se entendía que el “interés simple” de todo ciudadano en el respeto objetivo del ordenamiento jurídico, en la defensa de las instituciones democráticas y en el ejercicio reglamentario del poder, no confería legitimación suficiente para iniciar un proceso judicial, desafiante del mandato popular conferido a los gobernantes<sup>86</sup>.

Con base en este criterio no sólo se rechazaban amparos tendientes a cuestionar la constitucionalidad de medidas concretas del gobierno<sup>87</sup>, sino también los que tenían por objeto exclusivamente lograr el acceso a la información pública<sup>88</sup>.

De modo que no existían las denominadas acciones públicas subjetivas que permiten la participación ciudadana en el control del obrar del gobierno, para acceder a la información pública, obligar al respeto de las instituciones por parte del poder político, lograr el respeto de los principios democráticos y republicanos, etc<sup>89</sup>. Este escenario restrictivo parece estar mutando de a poco, no sólo a partir del incremento de conductas públicas justiciables, sino por el reconocimiento de la legitimación para accionar por temas institucionales, con límites que aún deben precisarse.

Un campo propicio para estos amparos institucionales vino de la mano del acceso a la información pública concerniente a datos estatales de interés general, presupuesto indispensable para inspeccionar los actos del gobierno y para la preparación de eventuales planteos en defensa de otros derechos de exigencia social<sup>90</sup>.

En este sentido la CSJN dijo que “toda persona” tiene derecho de acceso a la información pública: *“El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan... El Estado está en la obligación de promover una cultura de la transparencia en la sociedad y el sector público... dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal...”*<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Ver por todos Fallos 317:335.

<sup>87</sup> Vgr. Fallos 317:335 (“Polino”, s. 07/04/94).

<sup>88</sup> Vgr. Fallos 329:4066 (“Monner Sans”, s. 26/09/06).

<sup>89</sup> QUIROGA LAVIE, Humberto, ob. cit., p. 57. Esta ausencia de control institucional es grave en tiempos en que, si bien en teoría relucen derechos fundamentales, en la práctica existe riesgo de que se oscurezcan por la concentración del poder que a menudo los niega (cfr. BERIZONCE, Roberto O., “La jurisdicción...”, cit., p. 175/176).

<sup>90</sup> Es importante no confundir el acceso a la información pública concerniente al Estado (protegido por amparo), con el acceso a la información privada concerniente a datos de las personas (protegido por habeas data).

<sup>91</sup> Cfr. CSJN, “CIPPEC”, s. 26/03/14.

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

Fuera del amparo con fines informativos, aparecen otras acciones públicas de fondo tendientes a controlar medidas concretas en el desempeño constitucional de las autoridades del gobierno. En este sentido podría citarse lo resuelto por la CSJN en el fallo “Rizzo”<sup>92</sup>, en el que a pedido de un abogado se declaró la inconstitucionalidad de la llamada ley de democratización de la justicia tendiente a lograr la elección popular de los miembros del Consejo de la Magistratura, así como lo resuelto en el caso “Colegio de Abogados de Tucumán”<sup>93</sup>, en donde se invalidó una ley local similar a la normativa nacional que fuera descalificada en el citado precedente Rizzo.

Expresamente en este último caso la CSJN resolvió que *“..Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé...Que cuando se alega una ilegitimidad de la gravedad de la argüida en autos, que importaría... el avasallamiento de las reglas fundamentales de funcionamiento republicano, la intervención del poder judicial no puede entenderse como una desnaturalización de sus atribuciones con relación al Poder...”*.

*“...Que esta interpretación no debe equipararse a la admisión de la acción popular que legitima a cualquier persona, aunque no titularice un derecho, ni sea afectada, ni sufra perjuicio. En abierta contradicción a ella, la legitimación en este caso presupone que el derecho o el interés que se alega al iniciar la acción presentan un nexo suficiente con la situación del demandante”* aunque no sea exclusivo<sup>94</sup>.

De modo que en supuestos excepcionalísimos, cuando el poder político avasalle las instituciones fundamentales de la república y los pilares constitucionales del sistema de gobierno, cualquier ciudadano puede considerarse “afectado” e iniciar una acción judicial para la defensa de la parte orgánica de la Constitución Nacional.

De todos modos, cabe destacar que la CSJN se ha cuidado de no abrir en forma abstracta la legitimación activa hacia el modelo de la acción popular en cabeza de cualquier ciudadano (carente de mayor interés personal), optando en estos casos trascendentes por extender el modelo de la acción colectiva y la legitimación del afectado en favor de cualquier persona alcanzada por el agravio general, conservando de esa manera la necesidad de evidenciar un interés directo en el pleito, a fin de man-

<sup>92</sup> Cfr. CSJN, “Rizzo”, s. 18/06/13.

<sup>93</sup> Cfr. CSJN, “Colegio de Abogados de Tucumán”, 14/04/15.

<sup>94</sup> Cfr. CSJN, “Colegio de Abogados de Tucumán”, 14/04/15.



SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

tener ciertos límites en el enjuiciamiento, evitar la acción de buscapleitos, la sobrejudicialización de la política y la ruptura del principio de división de poderes<sup>95</sup>.

En suma, dada la magnitud del bien protegido cualquier persona podría llegar a quedar agraviada por su lesión e invocar la condición de “afectado” para su defensa, sin que tal extensión de la legitimación signifique conferir acción popular<sup>96</sup>.

## **V- LIMITES FUNCIONALES.**

En base a lo expuesto a esta altura podría afirmarse que el proceso de amparo actual ha venido ganando un campo de actuación superior al tradicional, ello así a partir del reconocimiento de una gama ampliada de derechos fundamentales, que exigen de un mecanismo procesal adecuado y enérgico para su implementación concreta, mostrando el amparo un potencial de crecimiento acorde con las exigencias convencionales y constitucionales que son inherentes en la materia.

No obstante ello, existe algún riesgo de que, frente a la ausencia de una ley reglamentaria, y por falta de establecimiento de límites, el funcionamiento del amparo devenga desordenado o caótico, provocando agravios del mismo nivel constitucional de los que tutela, ora en el derecho de defensa, ora en la división de poderes. De allí que consideremos necesario concluir señalando algunas fronteras a debatir y en su caso tener en cuenta para mantener la figura dentro de un cauce correcto.

**1)** El inicio del amparo sigue exigiendo en el actor una legitimación concreta que: i- se cierra sobre el titular del derecho, en el caso del amparo individual; ii- se amplía hacia el afectado, las ONG y el Defensor del Pueblo (e/o), en el caso de amparos colectivos sobre derechos de grupo; iii- pudiendo llegar a coincidir la calidad de afectado con la de cualquier ciudadano, en caso de presentarse una afectación institucional, sin que ello implique reconocer una acción popular en la materia<sup>97</sup>.

**2)** La procedencia del amparo está sujeta a un doble estándar: i- sigue siendo excepcional en cuanto a la necesidad de sortear un umbral de acceso, acreditando la configuración de sus tarifados presupuestos (estándar de excepcionalidad);

---

<sup>95</sup> De hecho la propia CSJN ha rechazado amparos institucionales iniciados para impugnar cuestiones presupuestarias cuando no se demostraba el agravio a un interés concreto del actor y/o la presencia de derechos de incidencia colectiva (cfr. “ADC c/ EN – Ley 26.124”, s. 333:1212, Fallos 333:1212).

<sup>96</sup> Ver SAFI, Leandro K., “El amparo ambiental”, ob. cit., ps. 112, 254/255.

<sup>97</sup> Así como la CSJN reconoció que la reforma constitucional de 1994 amplió –para los derechos de grupos- el espectro de sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitaba a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual (Fallos 329:4593); así también señaló que ello no implicó el abandono del requisito de “caso”, y que la alusión del art. 43 a la palabra “afectado” descartaría la acción popular (Fallos 327:1890).

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

ii- no obstante lo cual, evidenciados los mismos, se presume la vía más idónea para la tutela constitucional, aunque haya otras vías (estándar de idoneidad), en tanto la causa sea sencilla y su objeto acotado (preventivo o correctivo, no resarcitorio)<sup>98</sup>.

**3)** A partir de allí el criterio de admisión del amparo debe ser moderado:

i- ni demasiado severo como para privar de amparo a los derechos constitucionales urgentes que así lo requieren; ii- ni demasiado indulgente como para encauzar por esta vía sumarásimos conflictos complejos que requieren de una estructura procesal más extensa; iii- no pudiendo forzarse esta vía en detrimento de las facultades procesales de la defensa; iv- debiendo en su caso reconducirse por las vías paralelas<sup>99</sup>.

**4)** Que a esos efectos se recuerda que no basta con la mera invocación de afectación sobre derechos constitucionales para que se torne procedente el amparo, *“...para alegar la garantía del amparo no es suficiente con la invocación de derechos fundamentales en forma genérica, pues, de ser así, toda actividad humana estaría comprendida en esa categoría. Por el contrario, es necesario aportar evidencia clara y directa sobre la existencia de la idoneidad requerida por la Constitución”*<sup>100</sup>.

**5)** Si bien en el amparo se debe tratar de llegar a la sentencia con el mínimo de proceso<sup>101</sup>, *no cabe presumir que quien plantea un amparo tiene razón*<sup>102</sup>, debiendo garantizarse la posibilidad del demandado de incidir en el resultado del proceso, habiendo la CSJN señalado que la deducción de un amparo no justifica la expedición de la sentencia sin trámite alguno y sin forma de audiencia de quien aparece obligado por la decisión, recaudos mínimos de la defensa en juicio (art. 18 CN)<sup>103</sup>.

**6)** La sola invocación en la demanda de un problema grave no releva al actor de la carga de la prueba<sup>104</sup>, ni conlleva una necesaria condena del demandado, resultando que si bien la presencia de intereses superiores en juego refuerza la finalidad tuitiva del proceso, esos criterios hermenéuticos no pueden privar al demandado de su defensa, ni lesionar *“...derechos amparados por otras cláusulas constitucionales, tan merecedoras de protección como los invocados por la demandante”*<sup>105</sup>.

<sup>98</sup> Ver voto de LORENZETTI, Ricardo en Fallos 329:4902; 330:4144.

<sup>99</sup> Cfr. SAFI, Leandro K., “El amparo ambiental”, ob. cit., p. 308.

<sup>100</sup> Ver voto de LORENZETTI, Ricardo en Fallos 330:4144. (voto Dra. ARGIBAY, Fallos 329:4593).

<sup>101</sup> Cfr. LAZZARINI, José L., “El juicio de amparo”, La Ley, 1987, p. 325.

<sup>102</sup> SAGÜES, Nestor P., “Derecho procesal constitucional”, ob. cit., p. 390.

<sup>103</sup> Cfr. Fallos 254:287

<sup>104</sup> Cfr. SCBA, C-92.711, “F.R.O.”, s. 26/09/07.

<sup>105</sup> Cfr. Fallos 329:3493, “ASSUPA”, s. 29/08/06, cons. 23.

SAFI, Leandro K., “El amparo y sus aspectos actuales en debate”, publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

**7)** Que el ejercicio más intenso de las potestades jurisdiccionales (instructorias y ordenatorias) reconocidas a los jueces en el marco de estos procesos, gravitados por la finalidad tuitiva y el principio protectorio, si bien autoriza a flexibilizar las reglas procesales, poniendo énfasis en su carácter meramente instrumental de medio a fin<sup>106</sup>, no autoriza a prescindir de ciertas reglas de juego inherentes al debido proceso<sup>107</sup>, ni permite convertir al proceso judicial en una actuación anárquica<sup>108</sup>.

**8)** Que más allá de cierta flexibilidad de trámite, el amparo debe permitir a las partes conocer de antemano cuáles serán las reglas a las que habrán de atenerse<sup>109</sup>, debiendo recordarse que *“Ni el amparo, ni las medidas cautelares son campos de discrecionalidad absoluta de los magistrados, donde éstos puedan obrar sin sujeción al derecho vigente, mucho más cuando en el ordenamiento normativo están básicamente reglamentados los presupuestos para el ejercicio de esos derechos”*<sup>110</sup>.

**9)** Que si bien todo amparo público supone la posibilidad jurisdiccional de controlar el desenvolvimiento de los otros poderes del Estado en orden a garantizar la satisfacción de los derechos fundamentales, autorizándose incluso a escrutar la implementación de políticas públicas, sin que pueda verse en ello una intromisión indebida del poder judicial en temas del gobierno, tal posibilidad no resulta ilimitada y se ve enmarcada por distintos parámetros ligados al respeto de la división de poderes<sup>111</sup>.

**10)** En los amparos sociales, colectivos y/o institucionales puede ocurrir que la acción se enfrente a problemas estructurales, con causas de largo arrastre, cuya sanación no admita soluciones mágicas o instantáneas, sino que exija cambios de considerable magnitud, resultando que lo difícil en tales casos no es llegar a la sentencia, sino lograr su ejecución, para lo cual suele aconsejarse la apertura de un marco institucional de implementación del fallo que permita acceder gradualmente a los objetivos encomendados, y preserve la supervisión jurisdiccional en el trámite, aunque respetando las acciones gubernativas en la materia, sin indebidas interferencias<sup>112</sup>.

La referencia a estos parámetros en modo alguno pretende restringir la operatividad del amparo, y mucho menos la de los derechos fundamentales defendi-

<sup>106</sup> Cfr. CSJN, “ASSUPA”, s. 29/08/06, Fallos 329:3493, cons. 23.

<sup>107</sup> Cfr. CSJN, “Kersich”, s. 02/12/14, cons. 11.

<sup>108</sup> Cfr. CSJN, “La Pampa”, s. 17/03/09, Fallos 332:582, cons. 6.; ver también Fallos 329:3445; 330:1158.

<sup>109</sup> Cfr. CSJN, “Kersich”, s. 02/12/14, cons. 11.

<sup>110</sup> Cfr. JEMF, LP., “Vara Amilcar Benigno s/Enjuiciamiento”, s. 12/05/98.

<sup>111</sup> Ver pautas en BERIZONCE, Roberto O., “La jurisdicción...”, ob. cit., p. 171/172.

<sup>112</sup> Ver desarrollo en BERIZONCE, Roberto O., “Procesos de interés público y función de garantía para la efectividad de los derechos fundamentales”, RDP, Rubinzal y Culzoni, 2012 Número Extraordinario, p. 481 y ss.

SAFI, Leandro K., "El amparo y sus aspectos actuales en debate", publicada en Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXVIII CNDP, Jujuy 2015, Imprenta Lux SA, 2015, pág. 780 y ss.

dos por su intermedio. La intención es resguardar esa eficacia y preservar al amparo de los posibles desbordes que pudieran llegar a desnaturalizarlo, fomentando a su vez de esa manera la funcionalidad del instituto dentro de un equilibrio racional de división de poderes, evitando situaciones extremas, que van desde la judicialización de la política a la politización de la justicia, recientemente planteada por el gobierno como reacción indebida a lo que estimó un avance judicial sobre sus incumbencias.

## **V- CONCLUSIONES.**

Después de todo lo expuesto llegamos al final de la tarea imponiéndose a esta altura señalar algunas conclusiones sintéticas que sirvan de mera referencia.

- 1) El amparo resulta la vía de mayor atingencia y relevancia para brindar tutela jurisdiccional a los derechos fundamentales de linaje convencional y constitucional.
- 2) Su operatividad es esencial para la construcción de un núcleo duro y equitativo de derechos fundamentales y para el respeto de las instituciones republicanas.
- 3) Después de la inclusión del amparo en la reforma constitucional de 1994, subsisten aspectos en debate, agravados por la falta de una legislación nacional actualizada.
- 4) Resulta cuestionable la demora legislativa en este aspecto, debiendo propiciarse una legislación moderna que recepte el perfil del amparo en su versión constitucional.
- 5) Dicha regulación deberá reflejar los presupuestos sustanciales de la figura, destrabando al amparo de los lastres tradicionales que perjudicaran su operatividad.
- 6) Para el deslinde del amparo con las vías ordinarias rige un doble estándar: es excepcional por los recaudos de acceso, pero el más idóneo frente a tales presupuestos.
- 7) En relación al trámite deberá priorizarse la celeridad, sin mengua del debido proceso y la defensa en juicio, regulando al amparo público y privado, individual y colectivo.
- 8) El amparo es manifestación de una tutela privilegiada, gravitada por el principio protectorio, aplicándose un esquema procesal diferenciado para su enjuiciamiento.
- 9) Dicho principio adquiere particular relevancia frente a la ampliación de derechos susceptibles de amparamiento, como son los sociales, colectivos e institucionales.
- 10) El amparo se encuentra inclinado hacia una finalidad de tutela, no obstante lo cual existen límites en resguardo de la división de poderes y el derecho de defensa.

Leandro K. SAFI.