

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA
ACCIÓN DE AMPARO INDIVIDUAL

Por FABIÁN OMAR CANDA

SUMARIO

1. Introducción	271
2. <i>Toda persona</i> puede interponer la acción de amparo	272
3. Acción expedita y rápida de amparo	273
4. Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.....	274
5. Contra todo acto u omisión de autoridades públicas	278
6. Que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos.....	280
7. Con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.....	282
8. Derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.....	283
9. El juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva	284
10. Conclusiones	284

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO INDIVIDUAL

Por FABIÁN OMAR CANDA

1. *Introducción*

Se nos ha invitado a participar en una obra colectiva de derecho procesal administrativo, escrita por autores que han sido o son magistrados o funcionarios del fuero contencioso administrativo. Estimamos adecuado responder a dicho honor a través de una colaboración que refleje, fundamentalmente, la labor del fuero (y también la de la Corte Suprema) en el tema propuesto, pues es en dicha jurisprudencia donde se exhiben los problemas concretos que a diario enfrentan quienes litigan y quienes tienen que decidir sobre los requisitos de procedencia de esta central acción.

El método rinde honor, además, al origen del amparo que, como es sabido, es pretoriano.¹

Se pretende dar, pues, un estado de situación de algunas de las cuestiones que suscita la procedencia de la acción de amparo en la jurisprudencia actual del tribunal nacional especializado y del máximo tribunal federal.

A tal efecto seguiremos una metodología sencilla: Iremos desgranando el párrafo primero del art. 43 de la Constitución nacional (CN) reformada en 1994 (amparo individual) para analizar, en cada caso, cuáles han sido las respuestas dadas desde la jurisprudencia a la cuestión que nos ocupa.

¹ CSJN, *Siri*, 1957, *Fallos*, 239: 459 que marca el nacimiento de la acción de amparo contra actos de autoridades públicas (clausura de un diario sin conocerse la autoridad que la dispuso ni las causas) y *Kot*, 1958, *Fallos*, 241: 291 que hace lo propio en relación con actos de particulares. (Ocupación de una fábrica textil propiedad del actor por los obreros.)

2. Toda persona puede interponer la acción de amparo

La redacción del texto constitucional pudo alentar la idea de que el reformista de 1994 procuró ampliar la legitimación para el inicio de la acción de amparo individual,² extendiéndola incluso a quienes no resultasen afectados directos.³

Esta interpretación encontraría sostén no sólo en la literalidad de la redacción sino también en la comparación con el texto de la ley de amparo vigente al momento de la reforma, pues la ley 16.986 establece que la acción puede ser deducida por toda persona “que se considere afectada,” mientras que el art. 43 alude simplemente a “toda persona,” sin exigir explícitamente que el actor deba invocar una afectación en los derechos propios.

La Corte Suprema, sin embargo, reiteró en el marco de acciones de amparo resueltas con arreglo al nuevo texto constitucional que la existencia de un *caso* o *causa* presupone la de *parte*, “es decir, de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso” y que “al decidir sobre la legitimación resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado [por el litigante] y el reclamo que se procura satisfacer. En síntesis, la «parte» debe demostrar la existencia de un «interés especial» en el proceso o que los agravios alegados la afecten de forma «suficientemente directa» o «substancial», esto es, que posean «concreción e inmediatez» bastante para poder procurar dicho proceso,” de manera que no escapa esta particular acción a las reglas de la legitimación propias del sistema procesal argentino, que requieren la afectación como requisito para que proceda la jurisdicción de los tribunales pues “el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa suponen que este requisito de la existencia de «caso o controversia judicial» sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes.”⁴

En suma, no escapa la acción de amparo a las exigencias de la legitimación propias del sistema procesal argentino, pues si no hay *parte* en sentido técnico tampoco hay *caso* ni jurisdicción para la intervención de los tribunales, con lo cual y pese a las diferencias de redacción, la previsión del art. 43 de la CN es análoga a la directiva de la ley de amparo 16986, de modo tal que “[l]a mera

² Sin dudas lo hizo respecto del amparo colectivo, que no es objeto del presente trabajo, al incluir entre los posibles actores a los denominados *legitimados extraordinarios*. (Defensor del Pueblo y asociaciones que propenden a la tutela de los derechos de incidencia colectiva, art. 43 párrafo segundo de la CN.)

³ Se ha sostenido en algún fallo que del texto frío de la norma constitucional al decir: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo” resulta claro que tanto el abogado como el Colegio Público de Abogados se encuentran legitimados para cuestionar constitucionalmente la existencia de las llamadas *Leyes Secretas*. (CNFed. CA, Sala V, 14/VI/06, *Monner Sans Ricardo c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*.) Se le otorga así al sintagma *toda persona* un alcance literal, sin exigirse del amparista un interés especial en el proceso.

⁴ CSJN, *Mosquera*, 2003, *Fallos*, 326: 1007. (Del dictamen de la Procuradora Fiscal al que remite la Corte.)

eventualidad de un daño, el agravio meramente conjetural o hipotético no basta para reconocer la existencia de legitimación procesal en quien pretende, ni para la procedencia de esa vía.”⁵

3. Acción *expedita* y *rápida* de amparo

Estas características de la acción de amparo implican que se trata de una vía regia, franqueada de todo obstáculo de naturaleza procesal que pueda obstaculizar la defensa del derecho constitucional en juego. El carácter *expedito* y *rápido* deriva de su condición de proceso urgente: El amparista no puede ver detenida y ni siquiera demorada su necesidad de protección procesal urgente, pues el derecho constitucional lesionado o amenazado no admite que se aguarde la resolución de cuestiones incidentales de ninguna índole.

Es con arreglo a ello que la jurisprudencia del fuero ha sostenido que en el marco de la acción de amparo no se admite la articulación de excepciones previas, obediendo tal previsión a la necesidad de brindar a los administrados una vía *expedita* y *rápida*, libre de trabas, para la protección de sus derechos.⁶

Esta característica de la acción no juega sólo para aventar toda posibilidad de demora en el proceso, sino que se aplica también para exigir del actor una prudencia y adecuada diligencia en su articulación, pues —como se ha sostenido jurisprudencialmente— si la demanda es interpuesta *casi seis meses después* de haberse tomado conocimiento del acto impugnado, cabe razonablemente conjeturar que desaparecieron las condiciones para la procedencia de una acción *expedita* y *rápida* como la del amparo y que el afectado podrá acudir a los demás trámites procesales para plantear su reclamo.⁷

En suma, la demora injustificada en iniciar el amparo es indicativa de la inexistencia de urgencia objetiva y, consecuentemente, de la necesidad de una tutela *expedita* y *rápida* como la que la acción provee.

Al no prever expresamente la Constitución reformada un plazo para el inicio de la acción, corresponde plantearse si resulta de aplicación el de 15 días hábiles fijado por la ley 16.986, cuestión a la que ha dado respuesta la jurisprudencia al sostener que dicho plazo constituye uno de los recaudos de admisibilidad que permanecen vigentes aún después de la reforma de la Constitución nacional pues impresiona como una reglamentación razonable de la facultad que confiere el art. 43 de la CN. Este criterio ha sido recogido por distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.⁸

⁵ CNFed. CA, Sala IV, 20/IV/04, *Asociación de los Derechos Civiles -ADC- y otros v. Estado Nacional*, JA, 2005-I, 396.

⁶ CNFed. CA, Sala IV, 21/III/06, *Lonigro*, entre muchos otros.

⁷ CNFed. CA, Sala I, 26/X/95, *Ositiansky, Alberto c/ Secretaría de Industria s/ amparo ley 16.986*.

⁸ CNFed. CA, Sala II, 10/II/04, *Aballay Pablo*; 25/III/04, *Mazutiz y Bárbara SH*; Sala III, 05/IV/05, *Falconi*; Sala V, 18/X/04, *Sindicato de Luz y Fuerza Capital Federal*.

Ello no obstante, el plazo no es de aplicación cuando se trata de agravios provenientes de conductas lesivas continuadas en el tiempo. Al respecto, la Corte ha sostenido que “el escollo que se deduce de la prescripción del artículo 2º, inciso e), de la ley 16.986, no es insalvable en la medida en que con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada, es verdad, tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente. No es un hecho único, ya pasado, ni un hecho consentido tácitamente, ni de aquellos que en virtud de su índole deben plantearse en acciones ordinarias [...] Pensamos que en la especie la lesión es a la vez, inescindiblemente, actual y pasada.”⁹

4. Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo

Verdadera clave de bóveda de la acción, este requisito significa que si existe otra vía judicial capaz de dar respuesta útil a la pretensión procesal debe optarse por ella, pues el amparo sólo procede cuando el sistema procesal ordinario se revela inidóneo.

Esto se explica, pues como ha señalado el constituyente en oportunidad de fundar la redacción que en definitiva se impusiera en el seno de la Convención de 1994, “[e]l dictamen de la mayoría considera la acción de amparo como una vía excepcional [...] Parte del supuesto de la eficiencia de todo el orden jurídico en la protección de los derechos”¹⁰ Por ello, resulta indispensable para la admisión del remedio sumarísimo y excepcional del amparo, que quien solicita la protección judicial acredite en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado.¹¹

La Corte ha sostenido que cabe exigir la demostración de la carencia de otras vías o procedimientos aptos para solucionar el conflicto, y, en su caso, su ineficacia para contrarrestar el daño concreto y grave, pues el amparo es un remedio excepcional que no tiene por objeto obviar los trámites legales ni alterar las jurisdicciones vigentes,¹² ya que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios,

⁹ CSJN, *Mosquera*, 2003, *Fallos*, 326: 1007. (Del dictamen de la Procuradora Fiscal al que remite la Corte.)

¹⁰ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 290ª, 11-8-94, Informe del dictamen de mayoría, pp. 4047-4049.

¹¹ CSJN, *Cía de Perforaciones Río Colorado S.A.*, 1993, *Fallos*, 316: 1837.

¹² CSJN, *Juárez, Rubén Faustino y otro c/ Mrio. de Trabajo y Seguridad Social (Direc. Nac. de Asoc. sindicales) s/ acción de amparo*, 1990, *Fallos*, 313: 433; ver, asimismo, CSJN, *FRECA. S.A c/ SE.NA.SA. (Estado Nacional) s/ amparo*, 1994, *Fallos*, 317: 655.

originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita.¹³

A efectos de cumplir con la carga demostrativa de la inidoneidad del sistema procesal ordinario, resulta insuficiente la mera afirmación acerca del “daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos comunes de conocimiento.”¹⁴

En suma, no se trata solamente de invocar un perjuicio o agravio concreto (pues éste es un requisito común a todo caso, causa o controversia en los términos del art. 116 de la CN), sino de acreditar que a quien lo padece *no le sirven* los medios judiciales que el sistema procesal ordinario pone a su alcance, pues en razón del grado de concreción y gravedad de la lesión, los remedios procesales comunes se exhiben inidóneos para brindar una respuesta jurisdiccional útil, de modo que el daño resultará sólo efectivamente reparable por la vía sumarísima y expedita de la acción de amparo que, como lo ha puesto de relieve la Corte, continúa siendo, luego de la reforma constitucional de 1994, una vía excepcional.¹⁵

Al establecer el constituyente que el amparo procede siempre que no exista otra vía *judicial* más idónea, descarta que dicha idoneidad pueda provenir de una vía *administrativa*; descarte que, en cambio, no se hacía en la ley 16.986, que preveía que el amparo no era admisible cuando existan “recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate.”¹⁶

Al respecto, la jurisprudencia del fuero ha dicho que si bien es cierto que frente al nuevo texto constitucional, no puede sostenerse ya como requisito para la procedencia de este remedio sumarísimo y excepcional, la inexistencia de vía administrativa idónea para la tutela del derecho que se invoca como conculcado, no lo es menos que quien solicita la protección a través de la acción de amparo debe demostrar, en debida forma, la inexistencia de otras vías judiciales idóneas para la protección del derecho lesionado o que la remisión a ellas produzca un gravamen insusceptible de reparación ulterior.¹⁷

¿En qué casos se ha entendido que existían otras vías judiciales idóneas?

La jurisprudencia ha entendido que cuando es el propio amparista el que “en-caminó su reclamo a través de la vía administrativa y recién después acudió a

¹³ CSJN, *Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo*, 2005, *Fallos*, 328: 1708.

¹⁴ CSJN, *Serrano, Julio Alberto y otro s/ amparo*, 1991, *Fallos*, 314: 996.

¹⁵ CSJN, *Servotrón*, 1996, *Fallos*, 319: 2955; cfr. asimismo *Fallos*: 322:1733; 323:183; 323:2536; 324: 343, entre otros.

¹⁶ Art. 2º, inc. a) de la ley 16986.

¹⁷ CNFed. CA, Sala I, 23/VIII/10, *Andreotti Andrés c/ EN -Mº Defensa- EMGE s/amparo ley 16.986*, con cita de Sala I, 22/V/96, *Aydín SA* y Sala II, 26/VIII/97, *Nieva Alejandro y otros*.

la justicia [...] no demostró las razones que le impidieran encauzar su pretensión a través de las vías ordinarias.”¹⁸

A partir de la reforma, el amparo ha pasado a ser una vía regia o directa que no exige el previo recorrido de la instancia administrativa, pues de ser posible transitarla ello resultaría demostrativo de la inexistencia de urgencia y de la consecuente improcedencia de la acción.¹⁹

Tampoco es la vía el amparo cuando lo que se pretende es utilizarlo con una finalidad claramente cautelar como lo es la obtención de la suspensión de un acto administrativo²⁰ o cuando existe la posibilidad de que el juicio tramite por un proceso de conocimiento propio del Código Procesal Civil y Comercial, aunque sea el del juicio sumarísimo.²¹

Asimismo, no procede el amparo cuando la pretensión tiene un carácter esencialmente declarativo, apropiado, en consecuencia, para ser ventilado bajo los cánones de la acción homónima,²² ni cuando existe una vía procesal específica, tal como un recurso judicial directo.²³

Desde una mirada que pone el acento en el derecho constitucional lesionado o amenazado, se ha entendido que el amparo no es, en principio, la vía adecuada cuando el daño que se alega es esencialmente patrimonial y cuya composición por vías ordinarias no está demostrado que ocasionare un perjuicio grave, irreparable o de ilusoria reparación sobre la esfera de derechos del actor²⁴ y que están exclu-

¹⁸ CNFed. CA, Sala II, 27/II/07, *Polverini, Perla M. v. Estado Nacional Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal*. En sentido similar, CSJN, *Granillo Fernández, Héctor Manuel c/ Universidad Nacional de La Plata s/ amparo*, 2007, Fallos, 330: 1407.

¹⁹ No obstante ello, en algún fallo posterior (y aislado) a la reforma constitucional, la Corte Suprema rechazó la acción por no haberse agotado, previamente, la vía administrativa. (CSJN, 3/XI/98, *Neuquén para el Mundo c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ amparo*, no publicado en la colección de fallos.)

²⁰ CSJN, *Hughes Tool Company*, 1985, Fallos, 307: 178 y sus citas.

²¹ En un caso en que se había iniciado una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, la Cámara tuvo en cuenta que la cuestión planteada aparentaba una complejidad que excedía el limitado marco cognoscitivo de la acción de amparo, por lo cual dispuso que la causa tramite por la vía del proceso sumarísimo. (CNFed. CA, Sala II, 24/XI/09, *Unión Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Argentina S.A s/ amparo ley 16.986*.)

²² Así, debe tramitar como acción declarativa la pretensión tendiente a la determinación de las órbitas de competencia entre los poderes estatales, pues tal índole de cuestiones no pueden ser ventiladas por la vía del amparo ya que “parecen poco compatibles el régimen legal y los mecanismos previstos en la ley 16.986” (cfr. Fallos: 307:1379; 310:877; 319:1968; 322:1135; 323:2107; 323:3326; 325:388; 325:3525; 326:973; 326:2254; 327:3010; 327:3852), siendo más indicada la acción declarativa, en tanto medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora, bajo las reglas del juicio ordinario. (Fallos: 319:1968; 325:3525; 326:973; 326:2254.)

²³ CNFed. CA, Sala I, 27/II/01, *Proconsumer c/ America On Line Argentina S.R.L. y otro s/ amparo ley 16.986*. En igual sentido, CNFed. CA, Sala I, 6/III/01, *Selva Graciela Susana del Luján c/ Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria s/ amparo ley 16.986*; 10/VI/06, *Heler Mario Bernardo y otro c/ UBA - Secretaría Ciencia y Técnica - Resol 1.542/03 s/ amparo ley 16.986*; Sala III, 21/V/96, *Pallasa, Manuel c/ C.P.A.C.F. s/ amparo*.

²⁴ CSJN, *SRL Aserradero Clipper*, 1961, Fallos, 249: 221; *Benjamin Garfinkel*, 1960, Fallos 248: 443.

dos de la vía expedita del amparo los casos en que se pretende tutelar derechos de naturaleza patrimonial que puedan asistir al particular en función de una relación contractual que lo vincularía con el Estado.²⁵

También desde un punto de vista material se ha sostenido que por regla el amparo no es la vía cuando lo que se pretende es el cumplimiento de contratos administrativos.²⁶

Inversamente, se ha sostenido que la acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física y que en esos casos no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole. En el importante precedente que venimos refiriendo, la Corte postula que corresponde evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan **con especial resguardo constitucional**, sobremanera cuando el nuevo art. 43 de la Constitución nacional establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio *judicial* más idóneo.²⁷

No obstante todo lo antedicho, es doctrina tanto de la Cámara como de la Corte que si la causa tramitó en su totalidad por la vía del amparo rechazarla en la segunda instancia o en la instancia extraordinaria por considerar que el amparo no era la vía más idónea implica un dispendio jurisdiccional del que corresponde prescindir²⁸ por constituir un exceso ritual²⁹ que agravia la tutela judicial efectiva.³⁰

²⁵ CNFed. CA, Sala V, 28/V/01, *Tattersall de Palermo S.A. y otro c/Lotería Nacional Sociedad del Estado y otro s/amparo ley 16.986.*

²⁶ CNFed. CA, Sala III, 14/XII/87, *Franmar, S. A. c. Banco de la Nación Argentina, LL*, 1988-B, 241.

²⁷ Confirma así la especial idoneidad del amparo para la tutela de los derechos del más alto rango, como el derecho a la vida y a la salud y el carácter de vía regia o directa de la acción luego de la reforma de 1994. (CSJN, *María, Flavia Judith c/Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial*, 2007, *Fallos*, 330: 4647.)

²⁸ “Rechazar en esta causa la procedencia formal de la acción de amparo, luego de tramitadas las dos instancias anteriores en las que se produjo un debate adecuado y cuando el Tribunal cuenta con elementos suficientes para resolver la cuestión, significaría un dispendio de actividad jurisdiccional contradictorio con el mencionado interés institucional en juego.” (CSJN, *Molinas*, 1991, *Fallos*, 314: 1091.)

²⁹ “La remisión efectuada por a quo a la acción contencioso-administrativa traduce el exceso ritual manifiesto, pues resulta irrazonable prescindir de la abundante prueba documental e informativa agregada en autos, para someter la cuestión a los procedimientos ordinarios, cuando las partes no han alegado la existencia de otros argumentos o pruebas para ser considerados en aquéllos.” (CSJN, *Mases de Díaz Colodrero, María A. v. Provincia de Corrientes*, 1997, *Fallos*, 320: 1339.)

³⁰ En tales casos, ha dicho la Cámara, “exigir el retorno a las vías comunes supondría un dispendio procesal que se opone a la tutela efectiva de los derechos y garantías de los administrados.” (CNFed. CA, Sala I, 21/III/97, *Fund Patron*; 13/IX/05, *Runfa*.)

5. *Contra todo acto u omisión de autoridades públicas*

Es sabido que en la Constitución reformada en 1994 se incorporó expresamente el amparo contra actos de particulares que, en razón del objeto del presente trabajo, no es de interés para nosotros.

Respecto del amparo contra órganos o entes estatales, el art. 43 en análisis dispone que la acción procede “contra todo acto u omisión de autoridades públicas.”

El concepto de *acto* está utilizado en un sentido genérico, que abarca tanto al acto administrativo como a los hechos administrativos, siendo la nota común en ellos la producción de efectos jurídicos directos respecto de terceros.

En efecto, sería absurdo sostener que los *hechos* lesivos de derechos constitucionales pudieren quedar fuera del radio de la acción, cuando han sido hechos manifiestamente inconstitucionales los que han dado origen a la acción. Máxime cuando se trate de comportamientos materiales groseramente contrarios a garantías constitucionales, tal es la definición de “vías de hecho” que surge del art. 9º de la LNPA. Recuérdese, por caso, que el señero precedente *Siri* versó sobre una *vía de hecho*.³¹

En alguna oportunidad el fuero ha interpretado a la vía de hecho conforme su origen continental europeo (francés, para ser más precisos) y a resultados de ello entendió que la conducta groseramente inconstitucional hacía perder a la autoridad administrativo su derecho al fuero especializado, por lo cual el amparo debía tramitar ante los tribunales civiles y comerciales.³²

La acción procede contra actos u omisiones de *autoridades públicas*, es decir, contra conductas provenientes de cualquiera de los poderes estatales.³³

En tal orden de ideas, el fuero contencioso ha resuelto (rechazándola) una acción de amparo iniciada por dos organizaciones no gubernamentales contra una omisión imputada a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los actores solicitaban se declarara ilegítima la omisión de exhibir las declaraciones juradas

³¹ CSJN, *Siri*, 1957, *Fallos*, 239: 459, sobre clausura de un diario sin acto administrativo que lo dispusiese.

³² Sostuvo la Cámara que “uno de los efectos primordiales de la configuración de una vía de hecho administrativa es la paralización de la jurisdicción contenciosoadministrativa para entender en el juzgamiento de todas las cuestiones que de ella se sigan (cfr. AUBY-DRAGO: *Traite de Contentieux Administratif*, I, París 1975, p. 55), no pareciendo ocioso puntualizar que, radicando la vía de hecho en una «salida» de los poderes de la Administración Pública, la regulación de la responsabilidad viene primordialmente disciplinada por el derecho común, lo cual justifica el consiguiente desplazamiento jurisdiccional, aunque, la exoneración de la competencia del Juez Contencioso Administrativo no provoque correlativamente la exoneración de la jurisdicción federal, debiendo, por lo tanto, intervenir en el juzgamiento de las vías de hecho, el Tribunal del orden federal que deba aplicar el régimen general del derecho común de la responsabilidad, conforme al ámbito territorial pertinente y excepción hecha de la esfera local (cfr. CARLOS M. GRECCO, «Vías de hecho administrativas», L.L. -1980, págs. 1203 y siguientes, Cap. VI, p. 1211.)” (CNFed. CA, Sala V, 7/VIII/96, *Gil Navarro Luis Miguel c/ Administración Nacional de Seguridad Social y otros s/ amparo*.)

³³ La segunda parte de la Constitución (parte orgánica) se denomina *Autoridades de la Nación* y como es sabido regula la organización y facultades de los tres poderes estatales y, para quienes así lo aceptamos, la de los denominados órganos extrapoderes, como el Ministerio Público de la Nación.

patrimoniales de la totalidad de los magistrados del Poder Judicial de la Nación; se emplazara a la demandada para que le concediera vista y le permitiera sacar fotocopias de las aludidas declaraciones y se declarara la invalidez de varios artículos del reglamento sobre declaraciones juradas patrimoniales aprobado por acordada del Alto Tribunal. Se trata, pues, de un amparo contra una omisión de una autoridad estatal, a la sazón la cabeza del Poder Judicial de la Nación.³⁴

También se ha dado trámite a amparos dirigidos contra conductas del Ministerio Público Fiscal³⁵ e inclusive a una acción de amparo iniciada por el propio Ministerio Público Fiscal contra el Poder Ejecutivo, ordenando el tribunal que el accionado arbitre los medios para proveer los fondos necesarios para que el Ministerio Público pueda afrontar el gasto que demandaría el pago de un incremento salarial.³⁶

Ciertamente, es abundante el repertorio jurisprudencial de acciones dirigidas contra las Cámaras del Congreso.³⁷

Cuando el amparo se dirige contra una omisión estatal, no es menester, para la procedencia de la acción, que la norma que establece la conducta debida haya fijado expresamente un plazo para su cumplimiento pues ello no es óbice para determinar la existencia de una omisión en cabeza de la administración accionada, toda vez que es facultad del Poder Judicial controlar la razonabilidad del actuar de la administración, incluso en el ejercicio de sus facultades discrecionales.³⁸

Con similar criterio, el tribunal ha señalado que la obligación de hacer que ha asumido el Poder Ejecutivo de reglamentar el régimen de portabilidad numérica de los usuarios del servicio de telecomunicaciones se encontraba claramente establecida en la reglamentación, por lo cual dicho derecho se encuentra reconocido de modo concreto y específico y la omisión de reglamentarlo no puede constituir un valladar para su operatividad, ya que interpretarlo como una mera enunciación de carácter orientador se traduciría en el desconocimiento de la obligación asumida por el Estado.³⁹

³⁴ CNFed. CA, Sala IV, 8/VI/06, *Fundación Poder Ciudadano -Dr. Luis Moreno Ocampo c/ CSJN Administración Gral Ac 1/00 s/amparo ley 16.986.*

³⁵ CNFed. CA, Sala III, 28/VI/05, *Andrades, Estela Gloria y otros c/ EN -M° Público- Art. 110 y 120 CN s/ amparo ley 16.986.*

³⁶ CNFed. CA, Sala III, 24/II/04, *E.N. -M° Público de la Nación- c/ E.N. (Resol. 121/03 Consejo) y Otro s/ amparo ley 16.986.*

³⁷ CNFed. CA, Sala I, 14/X/04, *AMPL c/ Senado de la Nación- Expte 3440/01 s/ amparo ley 16.986; 8/VI/04, Binotti, Julio César c/ EN-Honorable Senado de la Nación (mensaje 1412/02) s/ amparo ley 16.986; 23/XII/96, Asociación Mutual del Personal Legislativo c/ Honorable Senado de la Nación s/ amparo ley 16.986; Sala IV, 12/VI/08, Patti Luis Abelardo c/EN-H. Congreso- Cámara de Diputados s/amparo ley 16.986; Sala III, 28/XII/07, Rodríguez, Marcela y otros c/ E.N. -PLN- Cámara de Diputados y otros s/ amparo ley 16.986; 18/IV/05, Stutz, Oscar c/ EN -PJN- Cámara de Diputados- Resol. 1077/03 s/Amparo Ley 16.986; Sala II, 27/X/05, Pedemonte, Carlos Roberto c/ H. Cámara de Diputados de la Nación resol. 461/04 s/ amparo ley 16.986.*

³⁸ CNFed. CA, Sala V, 30/VI/09, *Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN Secretaría de Comunicaciones Dto. 764/00 s/ amparo ley 16.986.*

³⁹ *Idem.*

6. *Que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos*

El amparo es un proceso urgente que brinda respuesta procesal frente a un acto, hecho u omisión de la autoridad estatal que lesiona o amenaza lesionar con inminencia un derecho.

De este requisito se desprende que el amparo procede sólo en el caso de haberse sucedido la lesión constitucional al derecho, con el objeto de restituirlo *in natura* o en el supuesto de tratarse de una amenaza de daño inminente. (Amparo preventivo.) Quedan fuera del radio de cobertura de la acción los daños futuros, hipotéticos y conjeturales.

La jurisprudencia ha sostenido desde antiguo que “en los juicios de amparo debe atenderse a la situación del momento en que se decide,”⁴⁰ y que todo posible reclamo distinto a la restitución del derecho en su naturaleza, como podría serlo una reparación patrimonial accesoria a la pretensión principal, debía ser objeto de otro proceso.⁴¹

La situación a tener en cuenta al momento de decidir es tanto la fáctica como la jurídica, por lo cual hay que tener presente no sólo los factores iniciales sino los sobrevinientes,⁴² ya que un cambio en cualquiera de ellas puede tornar abstracto el pronunciamiento.

Refiriéndose a la actualidad del daño, la Corte ha sostenido que “el juicio de amparo constituye un remedio excepcional cuyo objeto se agota en ordenar el cese inmediato de la conducta estatal manifiestamente ilegítima,” por lo cual al no subsistir el comportamiento tachado de lesivo “resultaría inoficioso pronunciarse al respecto.”⁴³

El daño no sólo debe ser actual, también debe ser cierto. La Corte Suprema rechazó un amparo tendiente a evitar que se eleve la cota del embalse de Yaciretá, pues de la documentación agregada por los mismos interesados se desprendía la ausencia de certeza —situación que el tribunal calificó de “opuesta a la exigida por este tipo de procesos”— al considerar que las explicaciones científicas no eran coincidentes y la documental técnica revelaba la complejidad del tema.⁴⁴

En similar orden de ideas, la Corte ha ensayado el test de la *utilidad* de la sentencia dictada en el amparo. Lo que se resuelva tiene que ser apto para modificar la situación de quien invoca la lesión. Si se hace lugar a la pretensión y la

⁴⁰ CSJN, *Centro de Estudiantes de Ingeniería “La Línea Recta” y otros*, 1976, *Fallos*, 295: 90.

⁴¹ Cfr. criterio sostenido por la CNCiv., Sala A, *Serrano c/MCBA s/amparo, LL*, 1998-C, 528, seguido asimismo por las Salas B, C y G de ese fuero. (Jurisprudencia citada por SAMMARTINO, PATRICIO, *Principios constitucionales del amparo administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p. 301.)

⁴² CSJN, *Colegio Público de Abogados de la Capital c/EN -Poder Ejecutivo y Poder Judicial*, 1993, *Fallos*, 316: 2016.

⁴³ CSJN, *Sargenti*, 1999, *Fallos*, 322: 2220.

⁴⁴ CSJN, *Intendente de Ituzaingo y ot. c/ EBY*, 2004, *Fallos*, 327: 5246.

esfera de derechos del actor no se ve directamente incidida por la sentencia, es claro que el amparo no es la vía. Así, en un caso en el que se requería el cese de la intervención (calificada por la actora de *irregular*) de un organismo regulador, el tribunal rechazó la acción porque de hacerse lugar a ella no se verificaba una consecuencia directa en la esfera de derechos de los usuarios a los que se venía a proteger con la acción. La sentencia eventualmente estimatoria de la pretensión amparista debe resultar idónea y autosuficiente para restablecer en su naturaleza el derecho que se expresa agraviado pues es preciso verificar si asumiendo la justiciabilidad de un caso, un pronunciamiento favorable al demandante podría reparar el daño invocado.⁴⁵

Respecto del *amparo preventivo*, la Corte puntualizó que el uso prematuro de la vía excepcional del amparo sólo es posible cuando la inminencia del daño torna ilusoria su reparación.⁴⁶

En suma, el amparo procederá cuando se logre acreditar un daño cierto, concreto, actual (o inminente) a un derecho del cual es titular el amparista. No procede, en cambio, cuando el agravio sea conjetural o hipotético, no inminente (es decir, situado en un futuro no inmediato) o sea aducido por quien no acredite una situación jurídica calificada, pretendiendo el mero restablecimiento de la legalidad.

El objeto de la sentencia en esta particular acción reside en hacer cesar, remover o eliminar la interferencia o intromisión manifiestamente ilegítima y lesiva, **preservando la sustancia del derecho constitucional en juego, hacia el futuro.**⁴⁷

Con arreglo a ello, la Cámara entendió que no había devenido abstracta una acción de amparo en la cual la accionada al contestar el informe del art. 8º de la ley 16.986 había manifestado que se allanaba a la pretensión de la actora, si al momento de dictarse la sentencia no lo había hecho y —pese a lo contestado en dicho informe— se mostraba luego reticente a permitirle a la actora tomar conocimiento de las actas de reunión de una comisión del Senado.⁴⁸

⁴⁵ Sostuvo la Corte que no es apto el amparo para suscitar el ejercicio de la jurisdicción, pues al no concretarse qué efectos habría de tener la concesión de lo peticionado —el cese de la intervención de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, sancionada por decreto 702/95— sobre los intereses de los usuarios del servicio telefónico, la sentencia habría de tener un sentido meramente conjetural. (CSJN, *Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo*, 1998, Fallos, 321: 1352, considerando 10.)

⁴⁶ CSJN, *Giallonardo Hermanos S.R.L. c/ Provincia de Buenos Aires. - Dirección de Comercio Interior*, 1987, Fallos, 310: 1927.

⁴⁷ CSJN, *Bonorino Perú*, 1985, Fallos, 307: 2174, considerando 14, ED, 116: 323.

⁴⁸ CNFed. CA, Sala IV, 20/V/06, *Asociación Civil por Igualdad y Justicia c/ EN -Honorable Congreso -Comisión Mixta de Revisión Cuentas*.

7. Con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta

El control de la conducta estatal por vía amparista es amplio desde el punto de vista subjetivo y material (no hay actos, hechos u omisiones de cualquiera de las autoridades estatales que escapen a dicho control en la medida en que produzcan una lesión constitucional del modo descrito en el art. 43 de la CN) pero limitado en cuanto a su profundidad: Para que proceda el amparo la conducta debe ser manifiestamente contraria a derecho.

Si la ilegalidad de la conducta no surge de modo manifiesto y en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, ni de un amplio debate y prueba, la vía del amparo no será idónea.⁴⁹

En verdad, no solo la conducta estatal debe revelarse como manifiestamente contraria a la legitimidad (englobamos en este concepto tanto al acto contrario a la legalidad como al acto irrazonable)⁵⁰ sino que también el agravio al derecho debe ser manifiesto y grave.⁵¹

Esta excepcional vía no se revela idónea ante materias o cuestiones meramente opinables⁵² ni es el medio adecuado para dilucidar el sentido último de preceptos legales complejos y encontrados.⁵³ Tampoco es apto para “remediar todos los males que pudieran surgir del desconocimiento del derecho constitucional de propiedad; sino tan sólo los que impliquen un desconocimiento grosero y patente de tal garantía; es decir los casos en que su vulneración supere, claramente y sin necesidad de mayor examen, lo meramente opinable en materia de interpretación de las normas concretamente involucradas.”⁵⁴

En particular, no es el amparo de común idóneo para descender el velo bajo el que suele ocultarse el vicio en la finalidad de un acto, esto es, la desviación de poder (art. 7º, inc. f) de la LNPA), pues como lo ha dicho la Corte Suprema, “la naturaleza eminentemente subjetiva del vicio exige un esfuerzo para su acreditación, admisible, sin embargo, aún por vía de presunciones, en tanto condicionamientos mayores se traducirían, dada la naturaleza del defecto referido, en una verdadera prueba diabólica, ausente en el sub examine.” Señala la Corte que la acreditación de tal vicio “se ve dificultada en procedimientos tales como la acción de amparo ante el limitado debate y prueba permitido en él.”⁵⁵

⁴⁹ CSJN, *Obra Social de Empleados del Tabaco de la República Argentina y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura s/ Amparo y sumarisimos*, 2003, *Fallos*, 325: 2583.

⁵⁰ CSJN, *Solá*, 1997, *Fallos*, 320: 2509.

⁵¹ CSJN, *Pcia. de San Luis*, 2003, *Fallos*, 326: 417.

⁵² CSJN, *T.S.R. Time Sharing Resorts S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ amparo*, 2007, *Fallos*, 330: 4144.

⁵³ CSJN, *Deledda Francisco*, 1988, *Fallos*, 311: 1313; *Servotron SACIFI*, 1996, *Fallos*, 319: 2955, entre otros.

⁵⁴ CSJN, *Algodonera San Nicolás*, 2003, *Fallos*, 326: 1614, disidencia de los Dres. BELLUSCIO y PETTRACCHI, considerando 17.

⁵⁵ CSJN, *Consejo de Presidencia de la APDH*, 1992, *Fallos*, 315: 1361.

Si bien ese es el principio general, no cabe descartar la posibilidad de que el vicio de desviación de poder pueda acreditarse por vía de esta acción. Así surge de la jurisprudencia de la Cámara en la cual se sostuvo que la intervención decretada a un organismo y la sanción de cesantía dispuesta a su titular eran ilegítimas pues *prima facie* el funcionario interviniente que dispuso la intervención del Museo Histórico Nacional y la cesantía del entonces Director actuó con *desviación de poder* cuando de los hechos, antecedentes de la causa y de la motivación de los actos cuestionados surge que persiguió un fin personal específico distinto con el querido por la norma que le atribuye a la autoridad administrativa facultades para intervenir el órgano y en su caso disponer el cese de los empleados o agentes públicos.⁵⁶

La Corte entiende que —como regla— no exhiben arbitrariedad o ilegalidad notorias los actos u omisiones que se sustentan en una norma general; ley, decreto, ordenanza, etc.,⁵⁷ con lo cual en estos casos habrá que sostener la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto que genera el agravio constitucional.

En igual orden argumental, la Cámara ha sostenido que no es suficiente alegar una conducta estatal cuestionable por afectar o restringir algún derecho constitucional. Es necesario, además, que el acto se exhiba desprovisto de todo sustento normativo que le permita tener efectos válidos, de modo que no concuerde de modo ostensible, inequívoca e indudable con la norma que prescribe lo debido.⁵⁸

8. *Derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley*

De la disposición constitucional queda claro que la fuente u origen del derecho tutelado por vía de amparo no queda limitada a la Constitución, sino que el derecho puede surgir de un tratado o de una ley.

Si se observa cuáles son las fuentes típicas del derecho público administrativo, parecería haberse querido excluir de la protección amparista al derecho cuya fuente directa sea un reglamento administrativo.

No es común que el rechazo de una acción de amparo se funde en esta causal, pues la regla es que el derecho invocado va a encontrar su fuente expresa o implícitamente en la Constitución, un tratado o una ley, razón por la cual la cuestión del origen del derecho que se quiere hacer valer no ha sido objeto de atención por la jurisprudencia.

⁵⁶ CNFed. CA, Sala V, 19/IX/01, *Cresto Juan José c/E.N. -Secretaría de C. y C.- PN Disp. 1/00 Resols. 666/00 y 56/01 s/amparo ley 16.986.*

⁵⁷ CSJN, *Vila*, 1987, *Fallos*, 310: 576.

⁵⁸ CNFed. CA, Sala II, 19/X/00, *Grimoldi*; Sala V, 13/XI/95, *Aumann*.

9. *El juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*

Una de las modificaciones que el constituyente introdujo al régimen del amparo es la expresa previsión de la facultad del juez para declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto lesivo, antes prohibida por la ley 16.986.⁵⁹ La judicatura desconoció esta prohibición legal y declaró antes de la reforma de 1994 la inconstitucionalidad de normas fundantes del acto lesivo, con lo cual el constituyente lo que hizo fue plasmar esa uniforme jurisprudencia en el texto del art. 43 de la Constitución nacional.⁶⁰

Si se sostiene que el agravio al derecho que motiva el amparo proviene de la norma reglamentaria en la cual el acto se funda, es menester acreditar que aquélla lo ha desnaturalizado, desvirtuado o impedido, prohibido, allanado totalmente o alterado.⁶¹ Siempre que se pretenda tal declaración deberá destruirse la presunción de constitucionalidad de las leyes mediante prueba clara y precisa de su oposición con el texto fundamental, sin olvidarse que aquélla constituye la última *ratio* del ordenamiento jurídico y que representa un caso extremo de gravedad institucional.⁶²

En el amparo, como ya dijéramos, se exige que el carácter de la inconstitucionalidad alegada sea manifiesto, pues es esa una de las notas propias de la acción. De modo que si la inconstitucionalidad no es patente, notoria, obvia, la acción no procede.

10. *Conclusiones*

Desde una perspectiva histórica el amparo reconoce tres períodos o etapas. Una primera, fundacional, de raíz pretoriana, en la cual el instituto es creado por la Corte bajo la idea rectora de que cuando una garantía es avasallada por un acto de autoridad pública ello es de por sí suficiente para que los jueces la restablezcan, aún a falta de norma que contemple expresamente un proceso a tal efecto. (*Siri*.)

Con posterioridad, el amparo es regulado en la ley 16.986, dándose inicio así a la etapa *legal* del instituto. En este período se buscó limitarlo (vgr. con la prohibición de declaración de inconstitucionalidad de las normas en las que se fundara el acto lesivo; con el establecimiento de las vías administrativas como alternativas idóneas a su admisibilidad; con la limitación a su procedencia cuando se pudieren afectar “un servicios público o actividades esenciales del Estado;” etc.) con suerte diversa.

⁵⁹ Art. 2º inc. d).

⁶⁰ CSJN, *Outón*, 1967, *Fallos*, 267: 215; *Empresa Mate Larangeira Mendes*, 1967, *Fallos*, 269: 393; *Peralta*, 1990, *Fallos*, 313: 1513.

⁶¹ CSJN, *Eugenio Lema Barreiro*, 1976, *Fallos*, 296: 364; *Luis Ionata*, 1974, *Fallos*, 288: 240; *Amalia Camusso*, 1976, *Fallos*, 294: 434; *Producciones J. C. J.*, 1977, *Fallos*, 297: 201.

⁶² CSJN, *Cine Callao*, 1960, *Fallos*, 247: 121; *Reynaldo Benito*, 1984, *Fallos*, 306: 655; *Philco Argentina*, 1984, *Fallos*, 306: 1597.

En la actualidad, atravesamos la tercera etapa del instituto, signada por su constitucionalización en la reforma de 1994 y su ampliación a través de expresiones tales como el amparo colectivo y el hábeas data.

En lo que refiere al amparo individual, el constituyente de 1994 abrevó en la experiencia de las etapas predecesoras y, con correcciones tales como la eliminación de la vía administrativa como alternativa válida a esta acción y la expresa previsión de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas en las que se funde el acto lesivo, plasmó el instituto respetando sus características de origen.

La etapa constitucional del amparo plantea como desafío la articulación de la acción con la tutela efectiva de los derechos humanos tal como estos surgen de la Constitución, de los tratados internacionales y de su interpretación por los tribunales cuya competencia a tal efecto hemos reconocido.

En este plano el derecho administrativo tiene mucho por aportar, pues es nuestra disciplina la que al estudiar el ejercicio de la función administrativa orientada a la protección del interés público aparece como la mejor posicionada para analizar cuándo, cómo y por qué el obrar de la autoridad pública puede comprometer los derechos fundamentales de modo tal que sólo a través de la acción de amparo deba dársele adecuada protección.

Así como hay una dimensión constitucional y procesal del amparo, también hay una dimensión administrativista, igualmente precisada de estudio e indagación científica. Pensamos que un punto de partida común puede hallarse en el principio *pro homine*, que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal⁶³ y que exige que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana,⁶⁴ estándares a partir de los cuales habrá que, seguramente, repensar el instituto amparista desde la doctrina y también desde la práctica tribunalicia.

⁶³ CSJN, *Acosta*, 2008, *Fallos*, 331: 858.

⁶⁴ CSJN, *Madorrán*, 2007, *Fallos*, 330: 1989.

