

AMPARO

1

Por Fabián Luis Riquert¹

*"- ¿Así que usted es el emperador de Suiza?
- Mi rango es el más alto que se conozca en Suiza, soy hombre libre"*

George Bernard Shaw (Las armas y el hombre)

SUMARIO:

I. INTRODUCCION. II. ANALISIS DE LA NORMATIVA DEL ART. 43 DE LA C.N. III- ¿ROL SUBSIDIARIO O ALTERNATIVO DE LA ACCION DE AMPARO? IV-.INNECESARIEDAD DE AGOTAR LA VIA ADMINISTRATIVA V. TRIPLE ENSANCHAMIENTO: A) LEGITIMACION PROCESAL. B) DERECHOS AMPARADOS. C) POSIBILIDAD DE DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD -VI. AMPARO Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA TERCERA GENERACION VII. .AMPARO Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DEL ART.75 INC.22 C.N. VIII. COLOFON.-

I

INTRODUCCION

A raíz de la reforma constitucional federal del año 1.994 se han producido cambios, dentro de ellos, en el capítulo segundo denominado "*Nuevos derechos y garantías*" se encuentra en el art.43 en forma genérica el proceso constitucional² del amparo conteniendo lo que se denomina amparo clásico, hábeas data y hábeas corpus con sus variantes.

Dichas incorporaciones dentro del texto fundal producen controversias dentro de la doctrina nacional acerca de los nuevos alcances de la tutela.

En este trabajo pretendemos, como una primera aproximación, analizar algunos de los cambios que han surgido a raíz de la reforma constitucional del año 1.994 en materia de amparo, repensando la importancia de este instituto a la luz de los tiempos que corren y su implicancia como efectivo remedio para sanear actos u omisiones inconstitucionales tanto por parte del Estado como de los particulares, que vulneren en forma inmediata los derechos de los ciudadanos ya sea considerados en forma individual o en su conjunto.-

II

ANALISIS DE LA NORMATIVA DEL ART.43 C.N.:

¹ Miembro del grupo de investigación "*Erosión en la conciencia constitucional*", Facultad de Derecho, UNMDP.

² Siguiendo la definición de Néstor P Sagüés llamamos "*procesos constitucionales*" a aquellos que tienen por nota primaria asegurar el principio de supremacía constitucional", L.L., T. 1994-D- Sec. doctrina

El texto constitucional en materia de acción de amparo dice en el artículo 43:

"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial mas idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades publicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva"

Podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinara los requisitos y formas de su organización."

El constituyente de 1994 ha receptado dentro de dicho artículo -siguiendo los criterios rectores de Siri y Kot-, la posibilidad de poner coto no sólo a los abusos provenientes del poder público sino que también se trasladó al accionar de los particulares receptando de esta forma las exigencias que se fueron marcando por vía jurisprudencial y doctrinaria.-

II. a) Algunas primeras reflexiones.

1- El artículo 43 de la Constitución Nacional y la Ley Nacional N° 16.986.

De la lectura del artículo transcrito ut-supra, surgen algunas primeras reflexiones. Si del modo que ahora esta expresamente reglada la tutela, se va a poder efectivizar con las herramientas procesales con las que contamos en el ámbito nacional (contra actos u omisiones del estado la ley 16.986 y contra los realizados por los particulares el tramite que fija el Código de Procedimientos de la Nación para el juicio sumarísimo); o si por el contrario vamos a necesitar de una nueva ley que la reglamente de modo que no quede en una mera declamación, de todas formas sera

también importante la labor jurisprudencial que despliegue la Corte Suprema de³ Justicia de la Nación en este terreno.³

A fin de interpretar acorde a la naturaleza que ha querido el constituyente que tenga este instituto, consideramos en primer término que se encuentra **derogada, modificada y ampliada** la ley nacional de amparo 16.986 -según el aspecto que se considere-, que en una interpretación restrictiva nos llevaría conforme su normativa, a rechazar cualquier interposición judicial.

En este sentido es evidente que esta norma ha quedado en varios aspectos relegada por la reforma, y es así que por lo menos en las cuestiones que entre ambas exista discordancia, no tendrá aquella aplicación, aunque no se encuentre todavía sancionada la nueva ley de amparo.

Creemos que la ley reglamentaria que se apruebe debe fijar pautas amplias a fin de no desdibujar lo normado en ley fonadal. Se debe tener en cuenta que se trata de un **proceso constitucional**, y no anteponer la faz procesal a modo de cortapisa que no permita darle operatividad a dicha acción-

2- La acción de amparo y la agencia judicial.

La acción⁴ de amparo pone al Poder Judicial -en forma particular a los jueces- en un verdadero papel de contralor, dentro de la división clásica que ideara Montesquieu, de los otros dos poderes del Estado poniendo en su mano la posibilidad -ahora de raigambre constitucional- de declarar la inconstitucionalidad de normas en que se funden acciones u omisiones que produzcan la violación de:

"derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley"(art.43 C.N.).

Este es el desafío que deben todos los operadores del derecho (jueces, legisladores, abogados, funcionarios, empleados de la justicia) tener presente, que en los tiempos que corren y ante el proceso de complejización social y de nuevos términos en las relaciones políticas, sociales y económicas que se avizoran hacia el futuro, el amparo renace como la herramienta más eficaz "expedita y rápida" que tienen los ciudadanos contra los abusos del poder público, como así también de los particulares, dentro del sistema democrático, para hacer valer sus derechos.

³ De todas formas también puede decirse que la manda constitucional es operativa de por sí, y por ende no necesitaría ninguna ley que la reglamente, con lo que tomaría decidida importancia la labor jurisprudencial y en especial la que realice la Corte.-

⁴ Creemos que la discusión que existía sobre si se trataba de una acción o de un recurso, se encuentra hoy superada por el propio texto constitucional al decir en el art.43 " Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo"; se trata a nuestro entender de una acción constitucional directa.-

III **¿ROL SUBSIDIARIO O ALTERNATIVO DE LA ACCION DE AMPARO?**

Desde su origen la acción de amparo se desarrolló como vía subsidiaria o supletoria, es decir el amparo era procedente siempre y cuando no existan otras vías judiciales o administrativas idóneas para restablecer la violación de un derecho reconocido por la Constitución.(se lo ha denominado como "*remedio heroico o excepcional*").

La ley 16.986 mantuvo esta tesitura contemplándola de manera expresa en el art.2 inc.a). En igual sentido se mantuvo la jurisprudencia y la doctrina nacional.

Llegamos a la Reforma que dice:

"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo,...). art.43.

De la lectura pueden surgir las dos posibilidades (como vía subsidiaria o alternativa), esta situación crea debates dentro de la doctrina más calificada (Sagüés, Rivas).

Ante esta nueva problemática y en especial ante el temor que se tomara la opción de que el amparo sea una vía alternativa, lo que conllevaría a una inflación de amparos "*generando una correlativa devaluación institucional y sociológica del amparo, que terminaría como un proceso regular*"⁵

Disentimos con lo dicho por la Dra. Martha H. Altabe de Lertora al tratar al amparo como una acción principal⁶. Para fundar nuestra posición nos remitimos a la interpretación histórica. En este sentido es clara la voluntad del constituyente de 1.994⁷ que se expresa mediante la palabra del miembro informante del Despacho de Mayoría -convencional Rodolfo Díaz- al decir en plenario que:

" El dictámen de la mayoría considera la acción de amparo como una vía excepcional. Parte del supuesto de la eficacia de todo el orden jurídico en la protección de los derechos y, además, reconoce que no se puede sustituir por vía judicial el sistema republicano y democrático de gobierno porque el acceso al

⁵ Conf. Sagüés, Néstor P. ver cita 1

⁶ Ponencia presentada en las IV Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional realizadas en la Universidad FASTA, 12 y 13 de octubre de 1995, Mar del Plata.

⁷ En igual sentido lo manifestó Sagüés en las Jornadas citadas supra.

Pensamos que debe ser utilizado como vía subsidiaria y no alternativa. Sin embargo este criterio deber tener la suficiente amplitud para que no signifique una fórmula restrictiva, de modo que diríamos "que en caso de duda debe ser admitido el amparo" (*in dubbio pro amparo*).

Si bien es cierto que la posición por la vía alternativa estuvo presente en la Convención Constituyente de Santa Fe, lo fue en el dictamen por la Minoría del bloque conformado por el Frente Grante y la Unidad Socialista que en la parte pertinente decía:

" La sólo situación objetiva de desposesión respecto del derecho basta para habilitar las vías, administrativas y judiciales, de reclamación para efectivizar la obligación de resultado"

Esta última, como ya vimos, no fue la redacción final por lo que no podemos forzar la norma y hacerle decir lo que no dijo.

Concordamos con Sagüés que para el caso en que exista otro remedio judicial más idóneo, el amparo no sería procedente, pero para el caso que el camino sea *peor o igual*, éste sería procedente. En igual sentido manifiesta Osvaldo A Gozaíni "*...no sería la existencia de otra vía la que cerraría indefectiblemente el paso hacia el amparo, sino la ineptitud de ella la que lo habilita*"⁹

IV **INNECESARIEDAD DE AGOTAR** **LA VIA ADMINISTRATIVA**

Al respecto el texto incorpora lo que ya la doctrina y la jurisprudencia venían receptando como medio de dar soluciones a los casos en los que agotar la vía administrativa significaba dejar en total desamparo al peticionante. De esta manera el Constituyente ahora nos dice "*Toda persona (...) siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*". No sólo ahora existe la posibilidad de no agotar la vía administrativa, sino que también del mismo artículo se desprende la posibilidad de accionar el amparo cuando no exista otro medio judicial más idóneo, es decir que ante la posibilidad de que exista la situación de desamparo el amparo es procedente.¹⁰

En igual sentido lo manifiesta Alfredo Dalla Vía: "*La procedencia sólo podrá ser cuestionada cuando 'exista otra vía judicial más idónea', pero ya no podrá requerirse el agotamiento de ningún procedimiento administrativo*"¹¹. De todas formas bien aclara Armando Rivas "*que si el particular encuentra que la*

⁸ Convención Nacional Constituyente. 29º Reunión. 3º Sesión Ordinaria (Continuación). 11 de agosto de 1994. Diario de Sesiones, versión taquigráfica, pág. 4.049.-

⁹ Gozaíni Osvaldo A. "El derecho de amparo". Los nuevos derechos y garantías del art.43 de la C.N., Ed. Depalma, agosto de 1.995. -

¹⁰ Jimenez, Eduardo P., ponencia citada supra.-

administración le brinda un medio tuitivo suficiente podrá recurrir al mismo⁶ optando por no usar el amparo. Pero también es claro y esperamos que el legislador no lo desvirtúe, que no le será obligatorio utilizar los caminos burocráticos en detrimento de su derecho de ampararse"¹²

No negamos que esta interpretación puede generar una cierta inquietud con respecto a que con este criterio amplio se van a "inundar" los tribunales con amparos. Esta no es una razón de peso como para dejar en situación de indefensión a un ciudadano en un Estado de Derecho negándole el acceso a la jurisdicción, y hacer caso omiso de una violación de una garantía constitucional so pretexto de un aumento de la labor tribunalicia, que si bien puede llegar a ser una realidad, no es razón suficiente para negar al reclamante la posibilidad de actuar esta acción o de llevarlo a un procedimiento judicial ilusorio respecto a los efectos pretendidos.¹³

V **TRIPLE ENSANCHAMIENTO:**

Este denominación la realizamos a modo de graficar en que aspectos esencialmente se encuentra ampliado el artículo 43 de la Constitución Nacional, y que son: *a) respecto a la legitimación procesal; b) a los derechos amparados y c) a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad.*

a) **LEGITIMACIÓN PROCESAL:** **1- Legitimados activos:**

Conforme surge del texto constitucional los legitimados activos para incoar la acción de amparo son:

- 1- toda persona**
- 2- el afectado**
- 3- el defensor del pueblo**
- 4- las asociaciones que propendan a estos fines**

¹¹ Dalla Vía, Alfredo "¿Amparo o desamparo? (en la reforma constitucional de 1.994), E.D., Temas Procesales, 31/8/95.

¹² Rivas, Adolfo " El amparo y la nueva constitución de la Rca Argentina", L.L., 13/12/94.-

¹³ "No basta pues, que haya una vía procesal (de cualquier índole), para desestimar un pedido de amparo: hay que considerar inexcusablemente, si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo.(...) Lo que debe determinarse, es si tales caminos son efectivamente útiles para lograr la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate.". Sagués, Néstor P. "Acción de Amparo",p.169. Ed.Astrea, 1988.-

5- el ministerio publico fiscal (esta inclusion la realizamos siguiendo el criterio sustentado por el Dr. Eduardo P. Jimenez)¹⁴

7

De la simple lectura del texto constitucional podemos apreciar que se incorporan nuevos sujetos dentro de este proceso. En este sentido manifiesta Alberto A. Spota *"que el acceso a la jurisdicción encontraría ahora a sujetos con capacidad procesal activa, que no eran reconocidos como tales en el plexo jurídico vigente hasta el 24 de agosto de 1.994, o que tenían una capacidad de actuación por demás mitigada, reducida o simplemente condicionada o restringida"*¹⁵

A fin de estructurar la exposición podemos decir que siempre se ha otorgado calidad de legitimado al titular de un derecho subjetivo y aún de un interés legítimo, más no de un interés simple, siguiendo la clásica división del Derecho Administrativo.

Ahora bien, se podría decir que tratar la cuestión de esta manera es aplicarle parámetros que le son ajenos. Esto es así dado que la división mentada, bien la podemos aplicar en todo caso a los Derechos Humanos de la Primera y Segunda Generación -simplificamos en este lugar una cuestión que evidentemente es más profunda-, mas aún en el caso de los Derechos Humanos de Tercera Generación debe cambiar sustancialmente el criterio pues de lo contrario llegamos a proclamar derechos que no dejaremos actuar en jurisdicción y que, por lo tanto, estarán desprotegidos.

Es así que debemos ver entonces que el art. 43 en su primer párrafo nos dice que:

"Todo persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, (...) contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en esta Constitución, un tratado o una ley."

Por su parte el segundo párrafo nos dice que:

"Podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines..."

¹⁴ Ponencia realizada en la II Jornada Nacional sobre Temas Relevantes en Rosario, 1-9-95, titulada "La acción de amparo en materia de derechos de tercera generación luego de la Reforma Constitucional de 1994: Las nuevas bases de la legitimación para obrar"

¹⁵ Spota, Alberto A., E.D., Temas Procesales "Análisis de la acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional", 31/8/95, p.12. En igual sentido Guillermo Peyrano en "La posibilidad del amparo en favor de terceros en el marco del nuevo art.43 de la Constitución Nacional.(Interposición de la acción de amparo por quien no resulta perjudicado directo), J.A., 22/11/95.-

Entendemos que la cuestión central en el análisis del segundo párrafo es⁸ dilucidar que carga conceptual tiene la palabra "afectado" a que se refiere dicho artículo. Este vocablo, en los derechos de la Tercera Generación, no se puede ceñir a un mero paralelismo con el titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Esto es así dada la diferente naturaleza de los Derechos de Incidencia Colectiva con los derechos de Primera y Segunda Generación. Si se posee el derecho constitucional "a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo..." (art. 41), una acción u omisión que "altere" el mismo va encontrar como legitimados a un conjunto indeterminado de personas, puesto que la violación de estos derechos influyen ya sea en forma inmediata o mediata en toda la sociedad no pudiéndose identificar a los "afectados" en forma precisa.

No dudamos que la cuestión en este tema se puntualiza con la irrupción de los **Derechos Humanos de la Tercera Generación** y, para ello, es necesario un criterio más amplio que debe separarse de los cánones tradicionales en materia de legitimación. Por lo tanto, creemos que no podemos interpretarlos con el criterio clásico que se ve desfasado en la nueva reglamentación de derechos.

Pero si bien entendemos que esta interpretación es suficiente a fin de tener un arco de legitimación más amplio, como corresponde a la característica de los nuevos derechos consagrados, el párrafo primero simplemente nos dice "toda persona" puede interponer el amparo en la medida que vea lesionados sus "derechos y garantías". En este sentido, el derecho al ambiente sano, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos en relación de consumo consagrados en los arts. 41 y 42, no dejan de ser derechos y garantías de igual categoría que los anteriormente consagrados, con lo cual por vía de este párrafo arribamos al destino de amplitud antes mentado.

Esta interpretación que realizamos surge sin dificultad a través de la voluntad del Constituyente. Esta se expresa en el discurso del miembro informante del dictámen por la mayoría en la Convención Nacional Constituyente,¹⁶ que en la Sesión Ordinaria del 11/8/94 a cargo del Convencional Rodolfo Díaz dijo:

"... la comisión (...) propone la fórmula que significa un avance importante en la constitucionalización de la tutela. No limita las posibilidades sino que expande de un modo determinado y específico la oportunidad de acceder a esta tutela.

Aunque quizá no valga la pena, reitero que este segundo párrafo del dictamen no limita el derecho reconocido a toda persona, como se estipula en el primero.

Solamente expande a otro tipo de sujetos la posibilidad de acceder a la protección de la tutela en determinadas materias y sujetos específicos"¹⁷.

¹⁶ En igual sentido lo manifestaron Eduardo Jimenez y Leonardo Palacios en las IV Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional realizadas en la Universidad FASTA los días 12 y 13 de octubre de 1.995 en la ciudad de Mar del Plata.

¹⁷ Convención Nacional Constituyente. 29º Reunión. 3º Sesión Ordinaria (Continuación), 11/8/94. Diario de Sesiones, versión taquigráfica, pág.4049.

Sin duda que no habrán de dejar de existir temores por una amplitud en la⁹ legitimación activa, pero por ellos no podemos negar el acceso a la jurisdicción de quienes pueden ser afectados en sus derechos humanos de Tercera Generación. En todo caso no debemos impedir que estos posibles afectados puedan dilucidar su conflicto ante los Magistrados.

También son legitimados activos el *Defensor del Pueblo*, las asociaciones que propendan a esos fines y el *Ministerio Público Fiscal*, este último como bien lo expresa Eduardo P. Jimenez¹⁸, relacionando el art.43 y 120 de la C.N. Si bien cada uno de estos legitimados plantea su problemática, es sin duda un desafío hacia el futuro el desarrollo de sus posibilidades particulares. Sin embargo, en punto a las asociaciones, es clave la reglamentación que se dicte para su actuación y que exige el art.43 del texto constitucional.

Se podría pensar que esta es la única cuestión dentro de este marco en estudio que no es operativa de por sí, por dictado del propio artículo mencionado. Sin embargo no debemos olvidar que se trata de una **acción constitucional** por lo que la omisión por parte del legislador de reglamentar el punto no puede constituir un obstáculo para condicionar el accionar de las asociaciones. En este sentido será tarea de los jueces, dotar de operatividad a la norma constitucional para que la misma no quede en una declamación. Al respecto es acertado el criterio sustentado por Spota al afirmar que: "...mientras esa legislación no exista, las asociaciones que cumplimenten los fines señalados en ese párrafo segundo del art.43, podrán interponer acción de amparo exhibiendo y probando su existencia y organización".¹⁹

Debemos además tener en cuenta que estas asociaciones cumplen un rol preponderante en relación al ejercicio de los derechos de incidencia colectiva. Una reglamentación restrictiva en los requisitos de admisibilidad para actuar en derecho nos llevaría igualmente a que el texto constitucional carezca de eficacia.-

2- Legitimados pasivos:

Este aspecto también se ha visto modificado por la Reforma de 1.994, si bien no introdujo demasiadas novedades a lo que ya se venía manifestando en la jurisprudencia y la doctrina nacional.

La ley de facto 16.986 (1.966) no contenía la posibilidad de iniciar un amparo contra particulares, situación que encontró cabida legislativa en el orden nacional con la modificación del Código de Procedimientos Civil con la ley 17.454 (1.968) imprimiéndose el trámite para el juicio sumarísimo.

De todas formas es una feliz inclusión dentro del art. 43, ya que evita eventuales dudas que se podrían suscitar.

Se tomó el criterio -acertado- de proteger a los derechos humanos sin hacer diferencia si estos actos emanan de actos u omisiones de autoridad pública o de particulares, como si esto cambiara el significado de derecho vulnerado.- En este sentido cabe recordar lo dicho por la Corte en el caso "Kot" (1.958):

¹⁸ Jimenez, Eduardo ponencia citada en la nota 3

¹⁹ Spota, Antonio A. "Análisis...", E.D., Temas Procesales, 31/8/95, p.13. En igual sentido Saires, Gustavo y otro en "La defensa del consumidor: Concepto y encuadre legal actual", J.A., 14/6/95,p.18 y ss.

"Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados `derechos humanos'-porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de autoridad. Nada hay tampoco que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquier de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada (...) por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos"

Finalmente encontramos como de enorme importancia esta modificación en su actuación dentro del marco de los arts. 41 y 42 C.N., dado que es muy usual que la mayoría de los perjuicios provengan de los particulares.-

b) **DERECHOS AMPARADOS**

En este caso el "ensanchamiento" se produce por el expreso reconocimiento de los Derechos Humanos de la Tercera Generación y por la inclusión de los Tratados Internacionales dentro del art.75 inc. 22, formándose de esta forma lo que el maestro Bidart Campos denomina "bloque de constitucionalidad"²⁰

Creemos que pueden existir temores respecto a la amplitud que le dio el Constituyente a la tutela en este aspecto, situaciones que en la actualidad los Poderes Públicos no están en condiciones de garantizar. No debemos asustarnos, conviene recordar lo que dijo la Corte en el caso Siri (1.957):

"Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagrados por la Constitución ..."

A modo de síntesis la acción de amparo protege expresamente los siguientes derechos:

- 1) *Derechos y garantías reconocidos por la C.N.*
- 2) *Derechos y garantías reconocidos por un tratado.*
- 3) *Derechos y garantías reconocidos por una ley.*
- 4) *Contra cualquier forma de discriminación.*
- 5) *Derechos que protegen al medio ambiente.*
- 6) *Derechos que protegen a la competencia.*
- 7) *Derechos que protegen al usuario.*
- 8) *Derechos que protegen al consumidor.*
- 9) *Derechos de incidencia colectiva en general.*

²⁰Bidart Campos, Germán "Conferencia brindada en Mar del Plata el 19/11/94, Cursos Master de ISPA, en el Colegio de Abogados de Mar del Plata.

A su vez por vía del ap.1) (derechos y garantías reconocidos por la C.N.), tienen también plena operatividad dentro del ámbito del art.43 los arts. 41 y 42 C.N.,y encontramos:

- 10) *Derecho ambiental.*
- 11) *Derecho a preservar patrimonios culturales y naturales.*
- 12) *Derechos al consumidor y usuarios de bienes y servicios.*

Estas inclusiones que realizamos dentro del art.43 se encuentran en plena concordancia, conforme surge de un análisis integral, y no a modo de compartimientos estancos, del texto constitucional. No debemos olvidar que tiene plena vigencia la fórmula del art.33 *-derechos implícitos-* al decir:

"Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"

Es decir, no debemos pretender que la Constitución contenga absolutamente todo, dado que sería faraónico y fútil, y se correría el riesgo de quedar rápidamente encorsetado en sus formulaciones.

La inserción de estos nuevos derechos y garantías nos conducirá a un profundo análisis de lo actuado hasta el momento con vistas al futuro por parte de todos los agentes sociales a fin de alcanzar su máxima realización, de lo que dependerá un desarrollo pleno del hombre y de sus condiciones sociales en una sociedad compleja y cambiante.-

Este criterio de amplitud lo manifestó con la claridad que lo caracteriza Alberto A. Spota al decir:

"Lo expuesto da al amparo una extensión de trascendente envergadura que sirve para subrayar la trascendencia de ver al amparo en los términos del art.43, como un derecho y una garantía constitucional de por sí, y no en relación al bien jurídico amparo"²¹

c)

POSIBILIDAD DE DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD

²¹ Spota, Antonio ver nota 4.

Finalmente, dentro de lo que denominamos como *"triple ensanchamiento"*, nos encontramos con la posibilidad de que los jueces declaren la inconstitucionalidad de las leyes en que se funde el acto u omisión lesiva. Esta posibilidad se encontraba vedada expresamente en el art.2 inc.d) de la ley 16.986. Esta evolución se encontraba ya desarrollada jurisprudencialmente a través de los fallos **"Outon"** (CSJN 1961, LL 106-415), **"Arenzón"** (CSJN, 1984,ED 109-361) y finaliza con el paradigmático **"Peralta"** (CSJN,1990, ED n 7726), cristalizándose con su expresa recepción en el art.43 de la C.N. al decir *"En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva"*, con lo que ahora toma un rol preponderante la labor de los jueces al tener a su alcance esta posibilidad, implicando una mayor protección en pos a la defensa de los derechos y garantías constitucionales.

Surge aquí también otro interrogante, de la forma en que se encuentra redactado el artículo 43 existen dos posibilidades. Estas son:

- 1) *que sea sólo a pedido de parte ó*
- 2) *que el juez pueda declararla aún de oficio.*

En cualquiera de las dos posibilidades sería un acto discrecional y no un deber dado que el art.43 dice *"podrá declarar"*, así lo manifiesta Sagüés.²² En este aspecto nos permitimos disentir con el ilustre maestro, si bien es cierto que del texto se pueden interpretar de las dos formas, también es cierto que se trata de un *"proceso constitucional"*²³ por lo que creemos que el juez aún de oficio debe declarar la inconstitucionalidad si el acto u omisión se encuentra reñido en forma patente con la Constitución Nacional.

Es verdad que el texto dice *"podrá"*, pero esto significa que si el amparista lo plantea, el juez deberá tratar la cuestión (de otro modo estaría fallando infra petita). Lo que será facultativo para el juez será acoger o no el planteamiento realizado. Ahora bien, tanto si no lo pide o si lo pide esta *facultad* se torna en *obligación* si la inconstitucionalidad se manifiesta en forma *patente*. En estos casos, la no declaración de inconstitucionalidad violaría claramente nuestra Carta Magna de lo que podría resultar una falta grave por omisión en el desempeño de su función. Esta entendemos sería reprochable por parte de los Organos de Contralor Constitucional.²⁴

Creemos que esta función de contralor del Poder Judicial respecto de los otros dos poderes se ve revalorada en la actualidad. Esto significa un puntapié inicial que no podemos dejar de aprovechar, a fin de jerarquizar su función como órgano dentro del Estado Democrático para contener las necesidades por parte de los habitantes de la Nación de volver a creer en el valor *"justicia"*.-

²² Sagüés, Néstor P.,L.L.,T 1994, Sec. Doctrina

²³ Nos remitimos a la definición citada en la nota 1

²⁴ Tomamos esta terminología por la inclusión del Consejo de la Magistratura dentro del texto constitucional.

VI
AMPARO Y DERECHOS HUMANOS
DE LA TERCERA GENERACION
(Una aproximación)

a)

Breve introducción sobre la incorporación de esta nueva categoría

Esta nueva categoría de Derechos le preceden a los que denominamos como los de la Primera Generación (llamados derechos políticos) y la Segunda Generación (ó sociales).-

Los Derechos de la Tercera Generación (o también conocidos como Derechos de Incidencia Colectiva o Intereses Difusos) abarcan a toda o parte de la sociedad y podríamos llamarlos los "Derechos de la Solidaridad".-

Estamos de acuerdo con la terminología empleada por el Constituyente de 1.994 al referir a los derechos de incidencia colectiva en general, dado que creemos que el concepto es más preciso, *son derechos* y no intereses. Creemos que tiene un impacto sociológico más efectivo hablar de "*derechos*", parecería que intereses fuese una categoría menor a los derechos, por lo que podría llegar a ponerse en duda el grado de su exigibilidad.

Es importante recalcar, a consecuencia de lo antes expuesto la relación que existe entre los artículos 41 y 42 del texto constitucional vigente, regulatorios de los derechos de medio ambiente y consumidores, con referencia al art.43 C.N., es decir, no se pueden interpretar en forma separada, ante la inminencia de un daño a los derechos enumerados en dichos arts. (medio ambiente, consumidor,) la vía más rápida y expedita está constituida por el amparo, más aún de la forma en que ha quedado consagrado luego de la reforma.-

Evidentemente esta nuevas posibilidades que nos brindan estos dos artículos, van a necesitar un profundo análisis a fin de poder desarrollarlos en toda su dimensión.-

c)

Necesidad de cambiar el criterio de interpretación de esta nueva categoría, debiendo diferenciársela respecto de los de la Primera y Segunda Generación

El escollo que encontramos es querer interpretar los Derechos de la Tercera Generación con los mismos parámetros que respecto a los de la Primera y Segunda generación.

Conforme nos dice Eduardo P. Jimenez "*...los 'viejos moldes' procesales no pueden obstar a la actuación de los nuevos derechos constitucionales por la sola cuestión de que el Magistrado actuante encuentre que un habitante no representa entidad subjetiva suficiente para reclamar la vigencia de un derecho de la tercera*

generación".²⁵ Por lo tanto, creemos que no podemos interpretarlos con el criterio¹⁴ clásico que se ve desfasado en la nueva reglamentación de derechos.

Ya no se puede exigir un derecho subjetivo o interés legítimo para poder acudir ante los tribunales jurisdiccionales por ej. ante un daño ambiental, porque evidentemente la posibilidad de poder resarcir al damnificado es prácticamente ilusoria, y en definitiva si se mantiene este criterio no estamos más que negar el acceso a la justicia, lo que además de acarrear responsabilidad no sólo en el orden interno sino también en el internacional.

d)

El proceso constitucional del amparo como medio de protección de los Derechos Humanos de la Tercera Generación

Todas las consideraciones vertidas anteriormente quedarían en una simple "declamación" si en la faz procesal no se le da la operatividad que la norma constitucional exige para la efectiva protección de los Derechos Humanos.-

No debemos olvidar que siempre nos manejamos en dos planos: el del "ser" y el del "deber ser". Esto hace que en la efectiva actuación del derecho se presenten zonas no claramente delimitadas, sobre todo en la actual realidad judicial,²⁶ pero no por ello el amparo es una vía alternativa o inidónea.-

En todo caso no podemos negar que entre los dos planos mencionados o mejor aún utilizando la terminología de **Montoro Ballesteros**, *el orden social dado (Ser) y el orden social propuesto (Deber ser)*, existe una íntima correlación que no deja de influir recíprocamente entre ellos. Así el autor citado nos dice: "*Desde el conocimiento y análisis crítico del orden social dado (ser) , el hombre puede proponerse la transformación y el perfeccionamiento del mismo (deber ser) mediante la correspondiente actuación sobre las estructuras y actuaciones sociales que lo integran...*"²⁷

Pensamos que esta transformación se da sólo en este sentido. Si así no fuera las limitaciones en el plano del ser nos llevarían a proponer un orden social limitado a una circunstancia de tiempo y lugar que no es la que todos aspiramos en el futuro.

Este es el desafío que deben todos los operadores del derecho (jueces, legisladores, abogados, funcionarios, empleados de la justicia) tener presente, que en

²⁵ Jimenez, Eduardo P, ponencia citada supra. Este criterio de amplitud también lo manifestó, en carácter de panelista, Ekmekdjian, Miguel en las IV Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional realizadas en la Universidad FASTA los días 12 y 13 de octubre de 1995 en la ciudad de Mar del Plata.-

²⁶ "... cabría aseverar (por el absurdo) que el amparo no debería tener ningún campo de juego, todas vez que existirían tipos procesales suficientes para dar cuenta de la solicitud objeto de la tutela. Si el amparo es de ejercicio excepcional, de utilización sólo extraordinaria y residual y supone que se acredite el escalón anterior de la inconducencia de las otras vías generales o comunes, aquellas que técnicamente se han establecido y han de reputarse idóneas en el Servicio a prestar ¿cuándo y para qué recurrir al amparo?". Morello Augusto M-Vallefin Carlos A. "El amparo: régimen procesal", p.170, Ed. Platense S.R.L., 1992.-

²⁷ Montoro Ballesteros, Alberto "El Derecho como sistema normativo: Naturaleza y función del Derecho", p.28, Ed. Secretariado de Publicaciones Univ. de Murcia, Murcia 1993

los tiempos que corren y ante el proceso de complejización social y de nuevos¹⁵ términos en las relaciones políticas, sociales y económicas que se avizoran hacia el futuro el amparo renace como la herramienta más eficaz "expedita y rápida" que tienen los habitantes contra los abusos del poder público, como así también de los particulares, dentro del sistema democrático, para hacer valer sus Derechos Humanos tanto en forma individual como de manera colectiva.-

VII
EL AMPARO Y EL DERECHO INTERNACIONAL: SU
INTERSECCION²⁸

²⁸ El presente capítulo es en base a la publicación en relación a las "IV Jornadas de Investigadores y Becarios- II Jornadas Nacionales de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas", Edit. Mc. Graw Ediciones S.R.L., páginas 285/90, Bs. As., octubre de 1996.

Tenemos dentro del marco del art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional a¹⁶ los tratados sobre Derechos Humanos con *jerarquía constitucional*, en los que encontramos la *Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre*, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y el *Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos*, todos ellos de alguna forma contienen una garantía judicial rápida ante la violación de Derechos Humanos.

a) Recepción de las garantías judiciales dentro de los tratados incluidos en el art. 75 inc. 22 C.N.

Dice la *Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre* en el artículo XVIII:

"Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve para el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

Continúa la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que recepta en el artículo 25 lo siguiente:

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

Prosigue la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que lo recepta en el art.8:

"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

Y finaliza con el *Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos* que nos dice en su artículo 2, inc. 3:

"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometidas por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

Podemos en síntesis observar que los tratados citados receptan: ***un recurso efectivo, sencillo, breve y efectivo***. Agregan ante una autoridad o tribunal competente, con la excepción del primer tratado enumerado.

b)

Intersección entre el art.43 y las garantías contenidas en los tratados del 75 inc.22

Analizando las garantías contenidas en los tratados internacionales debemos preguntarnos si son distintas a la contenida en el art. 43 de la Constitución Nacional, una (*la del art. 43*) para el derecho interno y otros (*tratados*) para acudir al ámbito supraconstitucional y si es así cuál de ellas prevalece y cómo se deben interpretar entre sí. O si, por el contrario, tenemos ahora dentro de nuestro derecho tantos amparos como los que se encuentren en los tratados que lo recepten y en nuestro derecho interno *-con posibilidad de ampliarse por el art.75 inc.24-* siendo indistinto el que se elija de acuerdo a que lo considere más conveniente el amparista.²⁹

Cualquier solución que se tome, deberá siempre tener en cuenta que nos estamos refiriendo a la letra expresa de la Constitución, no pudiéndose bajo pretextos procedimentales negar el acceso a la jurisdicción, dado que tomar un camino contrario no sólo se estaría violando el texto fonal sino también compromisos y principios del derecho internacional.

²⁹ Esta postura la manifiesta Agustín Gordillo, ob.cit.

En relación a esta cuestión, y a los efectos de integrar ambas normativas¹⁸ tenemos postura tomada por la primera. Consideramos que tenemos dentro de nuestro derecho en forma expresa dentro de la Constitución Federal el art.43, y que cualquier interpretación que se realice no deberá ser en discordancia con las garantías contenidas en los tratados internacionales. A fin de aclarar la idea podemos decir que *"Los derechos y garantías amparados deben ser interpretados obligatoriamente en concordancia con lo dispuesto por la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a la misma, de modo que los Poderes Públicos deben arbitrar los medios para garantizar el efectivo cumplimiento de los mismos"*³⁰.

Analizando la influencia de las mandas emanadas de los acuerdos internacionales celebrados en orden a la protección de los derechos humanos, en un marco normativo ajeno pero sentando un criterio sin dudas válidamente extrapolable a nuestra realidad jurídica, señala el maestro alemán Klaus Tiedemann *"que las disposiciones que surgen de los Tratados de Derechos Humanos suscriptos y ratificados por Alemania implican un sistema y principios de carácter universal que ofrece mandatos constitucionales expresos hacia los poderes políticos"*³¹. En este sentido manifiesta Barra *"naturalmente el art.43 no hace referencia a los tratados constitucionales, es decir aquellos que conforme al mismo art. 75 inc.22 son complementarios de la Constitución , ya que, en tal carácter, forman parte del mismo cuerpo normativo internacional"*³². Jimenez también sostiene en relación a los tratados con jerarquía constitucional *"...para nosotros implica que se han transformado en pautas valorativas obligatorias para los Poderes Públicos, que complementan a la constitucional textual, sin encontrarse por sobre ella, aunque jerárquicamente sean supremas respecto a las leyes del Congreso"*³³

³⁰ Riquert, Fabián L- Palacios Leonardo, ponencia: *"Aproximación a algunos aspectos de la Reforma Constitucional"*, IV Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, Univ. FASTA, Mar del Plata, 12 y 13 de octubre de 1995. En igual sentido lo manifestamos en la comunicación *"Amparo: Herramienta de Protección de los Derechos Humanos"*, en las I Jornadas Nacionales de Becarios e Investigadores en Ciencias Jurídicas, UNMDP, 12 y 13 noviembre 1995.

³¹ Tiedemann, Klaus en *"Lecciones de Derecho Penal Económico"*, Ed. PPU, Barcelona 1993. En igual sentido Eduardo P Jimenez

³² Barra, Rodolfo *"La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar"*, La Ley, 14/11/94, pag.1.

³³ Jimenez, Eduardo P *"Las reglas de supremacía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994: los tratados sobre derechos humanos como pautas interpretativas obligatorias dirigidas a los Poderes Públicos"*, ED, 10/7/95, Nro.8787. En igual sentido Marcelo A Riquert siguiendo igual criterio sostiene *"La calificación autárquica de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos como de 'jerarquía constitucional' , importa en sí misma una pauta directriz obligatoria para los poderes públicos e n materia de interpretación de los derechos fundamentales, que además estarán comprometidos a que éstos sean reales y efectivos"*, en *"Exigencias Constitucionales de la Punibilidad"*, ED, T 162, 1995, pág.1081.

Esta interpretación respecto a las mandas a los Poderes Públicos se¹⁹ encuentran contenidas en los Tratados. Así recordando el art. 25 la Convención Americana (Pacto de San José) decía "... 2. *Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso. b) a desarrollar posibilidades de recurso judicial,*". El Pacto Internacional de Derechos Culturales y Políticos decía "*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona ... podrá interponer un recurso efectivo, ... y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;*". La Declaración Universal de D.H. "*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales*" (art.8).

C)

Posibilidad de acudir a los tribunales supranacionales

Esta posibilidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 del texto fundamental, que ofrece jerarquía constitucional a la C.A.D.H. se encuentra también contenida en el art.75 inc. 24 de la Constitución Nacional:

"Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes".

Bidart Campos define a la jurisdicciones supraestatales "*como los sistemas que, por sobre los Estados, erigen una instancia en la que uno o más organismos tienen competencia en cuestiones de promoción y tutela de los Derechos Humanos con respecto a lo que acontece con esos derechos en la jurisdicción interna de los Estados que están sometidos a la correspondiente jurisdicción supraestatal*".³⁴

Dentro del ámbito americano tenemos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre cuyas competencias figura la resolución de casos de violación presunta a los derechos y libertades contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y que se reconoce un procedimiento para cuya iniciación se otorga legitimación a particulares y grupos no gubernamentales, que se efectiviza mediante denuncias o quejas en contra de un Estado acusado de aquella violación.³⁵

³⁴ Bidart Campos, Germán "Teoría General de los Derechos Humanos", Ed.Astrea, 1.991,p.426.

³⁵ Conf.Bidart Campos, ídem.

VIII **COLOFON**

Felizmente la reforma constitucional de 1994, receiptó de manera expresa dentro del articulo 43 una norma de máxima, acorde con las mandas de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, dependerá en definitiva de la labor de todos los operadores del derecho que se efectivice de una manera acorde con los tiempos que corren, de forma de no realizar construcciones excesivamente técnicas, que en definitiva no nos llevaría sino a la protección del desamparo.-

Los derechos sólo serán protegidos en la manera que los mismos puedan ser efectivizados, o como dice el maestro Bidart Campos "para que la Constitución deje de ser una declamación de derechos"³⁶

³⁶ Conferencia dictada en Mar del Plata el 19/11/94, Cursos Master ISPA, versión grabada.