

LA SUBSIDIARIEDAD HOY

LORENZO BARONE *

Sumario: 1. Introducción. 2. Posturas de la Doctrina. 3. Posturas de la Jurisprudencia de los Tribunales Federales. 4. Postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 5. Postura del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

1. Introducción

El tema de la subsidiariedad del amparo ha despertado desde el nacimiento de la garantía un importante debate sobre sus alcances. La doctrina no ha dejado de fijar posiciones que van desde posturas que conciben al amparo como una vía principal hasta quienes la entienden subsidiario o supletoria de las vías administrativas o judiciales.

Asimismo, los Tribunales de Justicia, tanto nacionales como provinciales, han tenido pronunciamientos que no han sido uniformes sobre la materia. Los hay que fueron restrictivos en la recepción del amparo y otros que tuvieron un actitud de mayor apertura.

La Reforma Constitucional del año 1994 produjo la recepción constitucional del amparo incorporando en el art. 43 esta garantía. En dicho

* Profesor Adjunto de Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNC. Docente de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional - Facultad de Derecho de la UNC. Tutor de Seminario de Práctica Profesional III - Derecho Procesal Constitucional - Universidad Blas Pascal. Autor de Recurso Extraordinario Federal. Coautor de Manuales de la especialidad. Director del Curso de Procedimiento Constitucional de los Tribunales Experimentales del Colegio de Abogados de Córdoba.

precepto constitucional se ha utilizado la expresión “siempre que no exista un medio judicial más idóneo”.

La formula constitucional no tuvo el éxito de acallar el debate y que la jurisprudencia se inclinara a una interpretación uniforme de la cláusula constitucional.

Incluso, la diversidad de opiniones sobre el alcance de la norma constitucional se produjo entre los despachos de la mayoría y de la minoría en la Convención Constituyente.

2. Posturas de la doctrina

La opinión de los autores se divide entre quienes sostienen que el amparo tiene un rol o carácter subsidiario¹ y de aquellos que le niega tal condición. A la hora de recorrer las posturas de los autores que participan de esta última posición se observan diferencias entre ellos que, incluso, pueden llevarnos a subdividirlos entre quienes piensan que el amparo es una acción principal y directa (Rivas², Morello³) y quienes no le otorgan al amparo tal carácter principal, puesto que lo consideran como una vía excepcional (Bidart Campos⁴, Gelli⁵).

Subsidiario

Obsta a la admisibilidad del amparo la existencia de otras vías en las que se pueda reparar el derecho, sean estas administrativas o judiciales y sin importar el tiempo que el trámite demande.

¹ Cf. SAGÜES Néstor, *Derecho Procesal Constitucional – Acción de Amparo*, Sta. Edición actualizada y ampliada, Astrea, 2007, tomo 3, p. 172 y ss.

² RIVAS, Adolfo A., “Vigencia constitucional del amparo y derogación de la ley 16.986, en J.A. 1996-III-46.

³ MORELLO, Augusto Mario. “El derrumbe del amparo”, E.D. 18/4/96.

⁴ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Tomo II p. 377.

⁵ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina - Comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Bs. As., 2003, p. 393.

El fundamento de esta postura se basa en una interpretación auténtica de la voluntad del Constituyente de 1994. En efecto, al momento de la exposición del miembro informante del despacho de la mayoría, el convencional Díaz, lo califico al amparo como una acción subsidiaria, excepcional y heroica.

No Subsidiario

En esta postura se encuentran quienes entienden que el amparo es una vía principal y los que sin otorgarle tal carácter, sostienen que el mismo es excepcional.

a) El amparo es una vía principal, en ese sentido Rivas sostiene que “si se parte de la operatividad constitucional, resulta contradictorio seguir atendiendo a precedentes jurisprudenciales (excepcionalidad del amparo, vías ordinarias como alternativa válida, uso conjunto de medidas cautelares, etc.) elaboradas antes del nuevo ordenamiento supremo. El art. 43 habilita al amparo como expedito y rápido; el ordinario no lo es y, por tanto, no puede servir como medio más idóneo; ni tiene la finalidad del amparo ni opera en las situaciones en las que se da, pues aquél apunta a dar certidumbre al derecho y éste sirve teniendo como presupuesto un derecho cierto; ¿qué sentido tiene imponer el uso de una vía que prolonga la inseguridad jurídica y no está prevista a los fines protectores? ¿por qué el apego a estructuras complicadas y paquidérmicas, cuando el derecho moderno evoluciona hacia la combinación de vías rapidísimas con adecuado derecho de defensa y en general, cuando como al parecer ocurrió en el caso, el demandado tuvo todas las posibilidades necesarias para exponer su postura, configurándose al respecto una cuestión de puro derecho de la que, hasta en el juicio ordinario se limitan las oportunidades de alegación?; ... también corresponde preguntarse ¿cómo puede conciliarse el fin de la función jurisdiccional con la opción por una medida cautelar que congela o retrotrae situaciones, pero que por eso mismo abre la posibilidad, si se rechaza la pretensión ordinaria, de futuros entuertos, reclamos e indemnizaciones teniéndose a mano la específica y veloz respuesta protectora?

Por su parte, Morello señala que «toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo... siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. Esta exigencia es clave, crucial, al optar por el amparo (en las condiciones y contando con los presupuestos habilitantes que prescribe la misma norma). En modo alguno esa pretensión, solicitud, requerimiento del amparo debe invocar que las otras vías ordinarias no aseguran la protección del derecho afectado con eficiencia suficiente para impedir un daño grave e irreparable. La Constitución habla cualitativamente de algo muy diferente; que se vale del amparo porque no dispone de otra vía más idónea, lo que no es igual que fundamentar que las existentes no lo son. La Constitución abre únicamente dos alternativas (dada la gravedad de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta con que se restringen o amenazan derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley y la necesidad proclamada de disponer de la vía rápida y expedita del amparo): 1) contar siempre con el amparo; 2) o disponer de una vía mejor; sólo de existir esta otra, el amparo no se admite; 3) se ha subido un escalón; no se ha bajado otro... El amparo -en el cielo constitucional- es una vía principal, directa; la mejor y común de las alternativas para comunicarse con los jueces...»⁶.

b) El amparo es una vía excepcional explica Bidart Campos porque «si acaso el amparo fuera una vía procesal sustitutiva, de las demás habría que decir que cada persona estaría en condición de elegir la vía de su preferencia, lo que sin duda arrasaría con todos los demás procesos, que quedarían transferidos en acumulación exorbitada al juicio de amparo».

«No creemos que éste sea el alcance de la norma cuando hace precedente el amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo». En verdad, si este otro medio judicial más idóneo existe en las leyes procesales, no es viable acudir al amparo.

«Pero tampoco la cláusula recién citada admite interpretarse en el sentido riguroso de que el amparo queda descartado por el hecho de que haya cualesquiera otras varias vías disponibles. Lo que la norma quiere decir es que si una o todas no son más idóneas, entonces debe admitirse el amparo en reemplazo de cualquier otra menos idónea.

⁶ MORELLO, Augusto Mario, "El derrumbe del amparo", E.D. 18/4/96.

«¿Y si las que hay son igualmente idóneas que el amparo? Acá sí nos atrevemos a afirmar que, dada la equivalencia, y por no haber una más idónea, el sujeto puede optar por el amparo»⁷.

Gelli, por su parte, sostiene que “a partir de la norma constitucional iluminada por los antecedentes registrados en los debates, puede concluirse en que a) la admisibilidad del amparo no exige la existencia ni agotamiento de las vías administrativas, b) la existencia de medios judiciales descarta, en principio, la acción de amparo, c) el principio cedería cuando la existencia y empleo de los remedios judiciales impliquen demoras u ineficacias que neutralicen la garantía.”

Por nuestra parte, entendemos que la formula constitucional del art. 43 no puede tener una interpretación que pueda significar una restricción del ámbito de procedencia del amparo, con respecto de la normativa legal preexistente; sino que, por el contrario, a fortalecer los derechos y garantías constitucionales, dotando a la acción de amparo de una mayor relevancia normativa y cobertura protectora.

De allí, que la formula constitucional de que “siempre que no exista una vía judicial más idónea” para la procedencia del amparo no puede implicar ni un retroceso, ni una confirmación del art. 2 inc. a de la Ley 16.986.

Resulta, por tanto, claro que el amparo no puede ser desplazado por la existencia de una vía administrativa. Sólo cede frente a la existencia de medios judiciales, siempre que estos ofrezcan, real y efectivamente, una mejor tutela del derecho constitucional en juego.

Dicha mejor tutela no debe ser analizada de manera formal, sino que corresponde lo sea desde una perspectiva funcional a los derechos en disputa.

3. Posturas de la jurisprudencia de los Tribunales Federales

Respecto de la jurisprudencia de los tribunales inferiores, con posterioridad a la Reforma Constitucional, se observan las siguientes tenden-

⁷ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, tomo II, p. 377 .

cias⁸ a) Tribunales que juzgan al amparo vía subsidiaria o supletoria, inadmisibles si existen otros procedimientos legales idóneos; b) Tribunales que juzgan el amparo vía subsidiaria o supletoria pero no respecto de los procedimientos administrativos y c) que lo consideran una vía principal y directa, que aún existiendo vías idóneas el interesado puede optar entre estas y el amparo.

4. Postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: un análisis de los fallos desde la Reforma de 1994

Con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994 la Corte Suprema sostenía que la acción de amparo constituía una vía excepcional y que no resultaba procedente “si el recurrente no demuestra que el objeto que persigue la acción, sea inaccesible por la vía administrativa o judicial ordinaria”⁹. Se trata de un remedio excepcional que no está destinado a “reemplazar los medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias, ni para obviar los procedimientos administrativos o judiciales.”¹⁰ Además, “cabe exigir la demostración de la carencia de vías o procedimientos aptos para solucionar el conflicto y, en su caso, su ineficacia para contrarrestar el daño concreto y grave.”¹¹

Es decir, que la Corte sostenía que el amparo era una vía excepcional que resulta procedente ante la ineficacia de los procedimientos administrativos u ordinarios, ya sea porque ocasionan un daño grave o irreparable. Sin olvidar, que resultaba una carga para el amparista demostrar dicha ineficacia.

Con posterioridad a la Reforma Constitucional de 1994 la Corte Suprema empieza a recorrer un camino tendiente a modificar su jurisprudencia anterior.

⁸ Conf. SAGÜÉS, Néstor, op. cit., p. 176 y ss.

⁹ C.S.J.N. 16-04-71.

¹⁰ Fallos 303:101.

¹¹ Fallos 3003:433.

Al abordar la temática se advierten dos cuerpos de doctrina constitucional que se presentan como posturas antagónicas entre sí. Una, que tiende progresiva y decididamente dispuesta a cambiar la visión subsidiaria del amparo. Y otra, que mantiene la postura de un amparo subsidiario.

Tesis o Postura Amplia

1) Uno de los primeros fallos que se indican respecto de la modificación de la citada línea jurisprudencia es el caso de «Video Club Dreams»¹². Allí se indica que la alegada existencia de otras vías procesales aptas que harían improcedente el amparo no debe ser postulable en abstracto sino que depende -en cada caso- de la situación concreta de cada demandante, cuya evaluación, como es obvio, es propia del tribunal de grado.

«Desde esta óptica, los argumentos de orden fáctico y procesal que el apelante formula, no tienen entidad suficiente para refutar los fundamentos del a quo ni para dilatar el control de constitucionalidad que constituye la primera y principal misión de esta Corte».

De tal forma, que no fue rechazado el amparo por la existencia de otra vía procesal.

2) Luego en la causa «Mases de Díaz Colodrero», reitera el precedente citado anteriormente cuando considera que “Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de las controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias”¹³

Es decir, entonces, que la Corte avanza, desde el momento que exige de parte del Juzgador una explicitación de las razones por las cuales la demanda debe ser tramitada a través de otro proceso. No basta para el rechazo la mera indicación de la existencia de otro medio legal más idóneo.

¹² Fallos 318:1154 fecha 06-06-1995.

¹³ T. 320, P. 1339 *in re* “Mases de Díaz Colodrero, María Agustina c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ amparo”, 08/07/1997.

3) También en la causa “Daman SA”¹⁴ se ratificó la postura de que “El instituto del amparo tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias.

4) En la causa “Berkley International ART S.A.” la Corte sostiene que “la vía del amparo se verá desplazada cuando se demuestre la existencia de un recurso que resulte con mejor aptitud procesal para lograr la plena restitución del derecho afectado. En el sub iudice, la recurrente no ha alegado y, por ende, mucho menos demostrado como debía, que se configure dicha circunstancia y los argumentos de orden fáctico y procesal alegados no tienen entidad suficiente, en mi concepto, para refutar los fundamentos dados por el a quo, ni para dilatar el control de constitucionalidad que constituye la primera y principal misión del Tribunal”.

En este precedente se avanza hacia un amparo como acción directa, puesto que resulta necesario para desplazar a la acción de amparo que exista un proceso que este dotado de una mayor aptitud procesal, extremo que debe ser alegado y demostrado.

5) En los autos “Clínicas de la Merced c/ Asociación de Clínicas y Sanatorios Privados de la Provincia de Salta (06-11-2006)” la Corte declara inadmisibles los recursos de queja con fundamento en el art. 280 del C.P.C.C.N.

En esta causa el Tribunal Superior de Salta hizo lugar al amparo, revocando la sentencia del juez de grado que había rechazado la acción.

En la disidencia Lorenzetti puntualiza que el estándar de la idoneidad establece que si existe una vía procesal alternativa, el amparo no es procedente.

La doctrina de los precedentes de esta Corte, ha sido clara al respecto, al decir que:

a) la existencia de *una vía legal ordinaria* para la protección de los derechos que se dicen lesionados *excluye*, en principio, la acción de amparo (Fallos: 269:187; 270:176);

b) quien solicita protección judicial deberá *acreditar la inoperancia de las vías procesales* comunes a fin de reparar el perjuicio invoca-

¹⁴ T. 321, P. 2823 15/10/1998.

do (*Fallos: 263:371*) porque se torna abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales (*Fallos: 323:2519*);

c) el amparo es admisible si aparece manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos judiciales ordinarios (*Fallos: 280:228; 294:152; 299:417; 303:811; 307:444; 308:155; 311:208*);

d) este análisis debe hacerse en cada caso y conforme a las circunstancias particulares que se presentan (*Fallos: 318:1154*);

e) los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate (*Fallos: 241:291*).

Sostiene que la finalidad de esta interpretación ha sido evitar la desnaturalización de una vía que se ha considerado excepcional dentro de las acciones procesales ordinarias disponibles para la protección de los derechos.

Al respecto agrega, que “el estándar de la idoneidad, incorporado con la reforma del art. 43 de la Constitución Nacional, no tiene por finalidad evitar la desnaturalización de una vía procesal, sino de un derecho tutelado de un modo especial. Cuando se trata de derechos fundamentales protegidos de tal modo en la constitución o en tratados internacionales, toda interpretación debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano común. Conforme con esta finalidad, la Constitución Nacional regula el amparo como un instrumento propio de la jurisdicción que ella crea y como una garantía, confiriéndole autonomía típica a un proceso de carácter urgente. De tal modo, dentro del derecho procesal constitucional el amparo es un instrumento que es presuntivamente el más idóneo toda vez que se trate de la tutela de un derecho fundamental. Por aplicación de este segundo criterio pueden existir casos en los que el transcurso del tiempo propio de la vía ordinaria conduce a una grave e irreversible afectación del derecho, y por ello el amparo es admisible aun cuando exista otra vía alternativa.”

De tal manera, que en función del estándar de la idoneidad que surge del art. 43 de la C.N., resulta que el amparo se constituye en la vía procesal presuntivamente más idónea, puesto que tiende a la protección de un derecho fundamental. De allí, que en caso de que el tiempo propio de la

vía ordinaria conduzca a graves e irreversible afectación del derecho, el amparo es admisible aún cuando exista otra vía alternativa.

6) Esta tendencia se puede ver ratificada en causas como “Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo. (11/07/2006 T. 329, P. 2552), en donde están en consideración el derecho a la salud y a la vida.

En esa causa estaba en cuestión la atención médica de un menor ante el concurso preventivo de la obra social que retaceó de esa manera su obligación.

Al fundar el recurso extraordinario el Estado Nacional sostuvo que a) que no se observan los requisitos de admisibilidad de la vía porque la actora no inició trámite administrativo alguno y no existen derechos constitucionales conculcados por su parte ... ;

En el considerando V del fallo de la Corte se recuerda que “*el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Ley Fundamental*”.

Por otra parte, agrega que “la Corte ha dicho reiteradamente que tiene -el amparo- por objeto una efectiva protección de derechos (Fallos: 321:2823) y ha explicitado *la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud (Fallos: 325:292 y sus citas)*”.

En el voto en disidencia se indica que “Atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites *por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos* que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso dirigido contra los órganos a los que se refiere la reglamentación de las leyes 22.431 y 24.901 y en ese lapso quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere, la suspensión de los cuales no puede ser admitida bajo ninguna circunstancia (Disidencia parcial de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco) -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia-.

A modo de *síntesis* de esta evolución del rol del amparo podemos señalar que:

Antes de la Reforma del 94 el amparo era desplazado por la existencia de otras vías administrativas o judiciales, y que a fin de que no se produjera dicho desplazamiento resultaba necesario demostrar que seguir las ocasionaría un perjuicio grave o irreparable.

Luego, el amparo podía ser desplazado en la medida que las otras vías aptas lo sean en función de una ponderación de su utilidad en el caso concreto. Es decir, que el desplazamiento del amparo no era postulable en abstracto; sino, que dependía en cada caso concreto y en función de la evaluación que le correspondía efectuar al tribunal de grado (“Video Club Dreams”).

Se agrega que quien entienda que existen otras vías más idóneas que el amparo tiene a su cargo el deber de alegarlo y demostrarlo.

En Berkley International” el amparo podrá ser desplazado si existe una vía procesal que tenga una *mayor aptitud* para resolver la cuestión, extremo que debe ser alegado y demostrado por quien lo plantea –la demandada- y el Tribunal debe fundar la decisión sobre la existencia de otra vía mas apta.

En la disidencia del Dr. Lorenzetti el amparo es *presuntivamente* la vía más idónea para la defensa de los derechos constitucionales. De allí que el amparo no podrá ser desplazado aún cuando exista otra vía alternativa.

Para afirmar que el amparo para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y la salud es la vía que resulta imprescindible sea ejercida.

Posición Restrictiva

1) Las posturas restrictivas para la admisión del amparo la encontramos en el fallo dado en el caso “Provincia de San Luis”¹⁵ (2003).

La causa se desarrolló en el ámbito de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia. Por medio de la acción intentada se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de una resolución del refe-

¹⁵ F fecha 05-03-2003.

rido Consejo Federal Vial, en cuanto aprobaba unos coeficientes de distribución vial.

La Corte ante la presentación del Informe del art. 8 de la Ley 16986, en donde cuestionaba la vía del amparo elegida y sostenía que la cuestión requería un ámbito de mayor debate y prueba conforme la complejidad del tema, resuelve examinar si resulta procedente la vía intentada por la actora.

Para resolver el rechazo del amparo tuvo en cuenta que: *“el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita”*.

Es decir que se trata de un proceso excepcional.

Utilizable ante la carencia de otras vías aptas.

Exige Arbitrariedad o Ilegalidad manifiesta.

Ineficacia de los procesos ordinarios

Origina daño concreto y grave solo reparable por el amparo.

También, reitera que las cuestiones complejas no son admisibles por el amparo por requerir un más amplio debate y prueba, por lo que no se configura el requisito de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

En ese sentido señala el fallo que: “la doctrina sobre el alcance de la acción de amparo y su carácter de vía procesal excepcional no ha sido alterada, sin más, por su inclusión en la reforma constitucional de 1994 del art. 43. Esta norma, al disponer que «toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo» mantiene el criterio de excluir la acción cuando por las circunstancias del caso concreto se requiere mayor debate y prueba y por tanto no se da el requisito de «arbitrariedad o ilegalidad manifiesta» en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, requisitos cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquélla”.

Además, resulta exigible a la parte amparista la demostración que su pretensión no encuentra tutela en los procedimientos ordinarios, ni que se encuentre reparación de los perjuicios que pueden causarle la lesión que denuncia.

Que las circunstancias... no aparecen probadas en el sub examine toda vez que la actora *ha omitido demostrar* que su pretensión -de carácter estrictamente patrimonial- no pueda hallar tutela adecuada en los procedimientos ordinarios ni que se encuentre impedida de obtener, mediante ellos, la reparación de los perjuicios que eventualmente podrían causarle las disposiciones impugnadas (*cita F:280:238*)”.

También la Corte explica a manera de fundamento metajurídico que una postura contraria *“podría traer aparejada la desnaturalización de la vía elegida, la que, por sus propias características, debe ser ágil y expeditiva para superar en el menor tiempo posible la arbitrariedad o ilegalidad en la que se sustenta”*.

Postula un criterio estricto en el examen de los presupuestos que habilitan la procedencia del proceso de amparo. *“Ello para que siga siendo un remedio útil, para la salvaguarda de aquellas situaciones arbitrarias o ilegítimas que se denuncien como manifiestas.”*

Indica que *“la generalización y aplicación a situaciones que no lo comprendan claramente debe ser evitado, ya que ello incide en su transformación y trae aparejado que pierda su real esencia y razón de ser, afectándolo seriamente.”*

Es decir, que se postula una interpretación restrictiva a la hora de ponderar los extremos de procedencia de la acción de amparo.

Ello debe ser así puesto que de lo contrario se produciría una deformación de la tutela garantista que le impedirían ser un remedio útil y ágil para la salvaguarda de aquellas situaciones que revistan la calidad de ser manifiesta su arbitrariedad o ilegalidad.

Por otra parte, obsta a la procedencia de la acción de amparo si la parte amparista ha iniciado una acción sustancialmente análoga a través del trámite del proceso ordinario.

“Si la propia actora, frente a una situación sustancialmente análoga a la propuesta en el amparo, ha seguido el curso del trámite de proceso ordinario que se le imprimió al expediente; ello reafirma la conclusión de que aquella no es la vía adecuada.”

Otro elemento que aparece como interesante en este fallo es que la Corte procede al análisis de la vía intentada con posterioridad al Informe del Art. 8 de la Ley 16.986 y antes de proveer a la prueba. Es decir, no se espera la tramitación de todo el proceso del amparo para resolver que la vía del amparo no es la idónea en este caso concreto.

Sostiene que ello no es objetable “*en la medida en que no se vislumbra que el sometimiento de un proceso de mayor amplitud cause un perjuicio al peticionario*”.

Conclusiones:

El proceso de amparo es de naturaleza excepcional.

Se mantiene el criterio de inadmisibilidad del proceso de amparo si para la demostración de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta se requiere un mayor ámbito de prueba.

Se requiere demostrar que la vía procesal ordinaria no es idónea.

La iniciación de un proceso ordinario por el amparista en una cuestión análoga demuestra la falta de idoneidad del proceso de amparo.

Resulta conveniente por razones de economía procesal y mas rápida solución del litigio que se dicte resolución disponiendo que el proceso de amparo no constituye la vía idónea, antes de que se hubieren cumplido las etapas procesales previas al dictado de la sentencia. Ello en la medida que no implique un perjuicio al peticionante.

2) En la causa “Pezzutti” (20-03-2007) la Corte declara que el recurso extraordinario presentado por la parte actora resulta formalmente inadmisibile y que corresponde desestimar la queja.

El dictamen del Procurador no ingresa en el análisis de los requisitos de procedencia de la acción de amparo. Pero lo interesante se advierte cuando en el relato de los antecedentes de hecho y derecho se indica que la Corte Suprema de San Juan revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones y en consecuencia, se rechazó la acción de amparo deducida por el actor. Al fundar las causas de la revocación se indicó que la vía del amparo no era la idónea, ni se configuraba una situación de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Para sustentar que el amparo no era la vía idónea “entendió que la acción debió ser declarada inadmisibile por los jueces de las instancias anteriores, pues aún cuando los requerimientos de información no hubiera sido satisfechos por el órgano estatal -aspecto que éste niega-, el amparista debió solicitar *una orden de pronto despacho* con la que hubiera obtenido en forma casi inmediata una sentencia en contra el organismo administrativo para que le suministrara toda la información que quisiera, de tal modo que la vía intentada en el *sub lite* no era la más idónea, en los términos del art. 43 de la C.N.”.

Si bien se trató de la aplicación del art. 280 del CPCCN, que no significa pronunciamiento a favor ni en contra de los temas o cuestiones sujetas a recurso extraordinario; no resulta menor advertir que, no se consideró que existía una cuestión de trascendencia cuando se rechaza una acción de amparo con el fundamento que se debía interponer una orden de pronto despacho.

3) En el fallo dictado en la causa Granillo Fernández¹⁶ se cuestiona la decisión del Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata por haber dejado sin efecto un concurso docente.

La Cámara Federal confirmó el fallo de primera instancia que hacía lugar al amparo.

La Corte en su fallo adhiere a lo dictaminado por el Procurador General. En el dictamen se realiza un primer análisis sobre la admisión de la vía de amparo intentada. Concluye que la vía resulta inadmisibile.

Entre los argumentos sobresalen dos cuestiones:

La cita de fallos anteriores al año 1994 (Fallos 306:1254; 307:747; 310:576 entre otros) en donde se considera que el “amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que, ante la ineficiencia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita”.

Incluso sostiene que como se trata de una resolución del “Consejo ... el planteo debe efectuarse por la vía prevista en el citado art. 32 de la ley 24.521 e importa el agotamiento previo de la instancia administrativa”.

Además afirma que dicha vía es la más idónea conforme lo ha considerado el legislador.

Sin bien a partir del reconocimiento constitucional el amparo, se ha interpretado que el cumplimiento de dicho requisito no constituye obstá-

¹⁶ CSJN 10-04-07.

culo para su admisibilidad formal, tal criterio interpretativo no puede utilizarse de manera irrestricta en todos aquellos supuestos en que se cuestionan decisiones de carácter universitario que no emanen de su máxima autoridad –tal como ocurre en el caso-, pues implicaría soslayar la vía específica prevista por el legislador como la más idónea para su tratamiento y resolución, máxime teniendo en cuenta que en el sub lite no existía una situación de urgencia que tornara necesaria la restitución inmediata de los derechos que el actor decía conculcados y, por lo demás, él mismo siguió la vía del recurso jerárquico ante el Consejo Superior”.

En esta causa la Corte mantiene la jurisprudencia de fallos 306:1254 y otros en las cuales sostuvo que el amparo es un proceso de carácter excepcional.

Ello importa que se requiere para su admisibilidad:

- la carencia de otras vías aptas.

Y exige para su apertura circunstancias muy particulares:

- La presencia de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta

- Ineficacia de los procedimientos ordinarios.

- Originan un daño concreto y grave sólo reparable por esta vía urgente y expedita.

En orden al análisis de las vías aptas efectúa una serie de puntualizaciones indica:

- Que el agotamiento de la vía administrativa y la posterior instancia judicial que prevé el art. 32 de la Ley 24.521 constituyen para el legislador la vía más idónea.

Es decir, que la Corte considera que las vías procesales establecidas por el Legislador son, sin más, la vía más idónea.

Luego agrega que si bien el art. 43 de la C.N. ha establecido que la tramitación de las vías administrativas no son obstáculo a la utilización del amparo; ello no es un criterio irrestricto en todos aquellos supuestos en donde se cuestionan decisiones administrativas y, menos aún si no constituye la de la máxima autoridad administrativa.

Para soslayar esta vía administrativa se requiere la existencia de una situación de urgencia que tornara necesaria la restitución inmediata de los derechos.

En definitiva, las conclusiones que puedo extraer de este fallo son.

El amparo es un proceso excepcional.

Para su admisibilidad se requiere la carencia de vías aptas.

Los procedimientos administrativos y judiciales fijados por el Legislador son las vías aptas.

El art. 43 de la C.N. sin bien tramitar las vías administrativas no son obstáculo para la procedencia del amparo, ello no constituye un criterio interpretativo que pueda utilizarse de manera irrestricta.

Las vías aptas ceden ante una situación de urgencia. La cual, debe ser alegada y demostrada.

4) Posteriormente, en fallo del 15 de mayo de 2007 en los autos Gianola, reitera que el proceso de amparo es de naturaleza excepcional.

En dicha causa, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal había hecho lugar a la demanda. La Corte, al adherir al dictamen del Procurador General, resuelve rechazar la acción de amparo.

En la demanda presentada en contra del Estado Nacional tenía como finalidad obtener la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Nro. 1390/01 del PEN, en cuanto dispone extender la representación del Fisco prevista en la Ley 11.683 a los letrados contratados sin relación de dependencia.

La demandada recurrente cuestionó la procedencia de la vía utilizada para objetar la validez del referido acto administrativo. A su turno, la Corte sostuvo que el proceso de amparo es una vía excepcional, que requiere que medie una situación de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, así como la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba.

Ratificando el rol excepcional del amparo, sostiene que tal carácter no ha sido alterado con la reforma constitucional de 1994, al incluir el art. 43, pues cuando éste dispone que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo”, mantiene el criterio de excluir dicha vía en los casos que por sus circunstancias requieran mayor debate y prueba.

Así quedan expuestas las dos tendencias o posturas existentes en la jurisprudencia de la Corte respecto del alcance de la fórmula constitucional para la procedencia del amparo de “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”.

5. Postura del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba con posterioridad a la Reforma Constitucional de 1994 se enrolaba en una postura más próxima a la subsidiariedad del amparo.

En efecto ha señalado en la causa “Miranda Liliana” “que la acción de amparo es un proceso autónomo, caracterizado como un vía procesal «expedita y rápida», condicionada -entre otros recaudos- a que «... *no exista otro medio judicial más idóneo...*» (art. 43 Const. Nac.). Si bien es cierto que, aún hoy, conforme un criterio de interpretación literal del nuevo art. 43 de la Carta Magna, no debiera sostenerse como requisito de procedencia la «inexistencia» de una vía idónea para la tutela del derecho que se invoca conculcado, sin embargo, no cabe admitirlo cuando esa protección es susceptible de ser obtenida a través de otro procedimiento administrativo o jurisdiccional que, frente a las particularidades del caso, se presente como «el más idóneo». La invocación y acreditación de tales extremos, es por tanto de inexcusable observancia por parte de quien acude a esta vía.¹⁷

En cuanto al desplazamiento del amparo ante la existencia de vías administrativas o judiciales se indica que “Desde que todo derecho subjetivo tiene sustento en una norma constitucional y para su restablecimiento frente a una lesión o amenaza, existe una vía procesal establecida, resulta claro que *el amparo no será admisible por la sola invocación del derecho lesionado, pero tampoco desestimado por la sola existencia de acciones o recursos comunes*. Su procedencia transita por el estrecho carril de aquellos casos en que a la «*arbitrariedad e ilegalidad manifiesta*» (art. 1 Ley 4.915) se suma la excepcional ineficacia de las vías reparadoras ordinarias (art. 2 inc. a, ib.) (T.S.J., Sala Civil, «Egea Andrés (H) y Otros c/ Egea Hnos. S.A. - Amparo - Recurso Directo», Sent. N° 51, del 6-10-97)¹⁸.”

En consonancia con el antecedente de la Corte Suprema de “Video Club Dreams” consideraba que la existencia de otras vías no era postulable

¹⁷ T.S.J. en pleno Sent. 57 del 18-05-99.

¹⁸ Idem anterior.

en abstracto, sino que requería del análisis de la situación concreta del demandante.

Considera que “si por medio judicial mas idóneo se entendiese todo aquél que asegura al amparista una más pronta solución del litigio, es obvio que toda pretensión con sustento constitucional -y todas lo tienen- resultaría admisible por la vía de amparo, con la consecuente ordinarización de un procedimiento postulado como de excepción. Vía judicial «más idónea», en los términos del art. 43 de la Const. Nacional, es la adecuada a la naturaleza de la cuestión planteada conforme al régimen procesal vigente, con lo cual el amparo queda reservado a los supuestos en que exista arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y, además, las vías ordinarias carezcan de idoneidad para otorgar al justiciable una tutela judicial efectiva del derecho invocado”¹⁹.

Es síntesis el amparo es una acción de carácter excepcional.

Que no cabe admitirlo cuando la protección es susceptible de ser obtenida a través de procedimientos ordinarios o administrativos.

Lo cual no es postulable en abstracto sino que depende de cada caso.

La carga de demostrar la inoperancia de las otras vías esta a cargo del amparista.

No admitirse esta interpretación implicaría la ordinarización de un procedimiento postulado como excepcional.

El Tribunal Superior de Justicia en la causa “Rossi Jaume”²⁰ sostiene que el amparo es un proceso alternativo.

Para la procedencia de la acción de amparo se exige la concurrencia de determinados presupuestos ineludibles, referidos principalmente a que la impugnación debe dirigirse en contra de un acto u omisión que afecte o restrinja alguna de las libertades o derechos esenciales de la persona tutelados por la Constitución y que esa amenaza o lesión actual sea manifiestamente ilegal o groseramente arbitraria.

¹⁹ Idem anterior

²⁰ T.S.J. en pleno Sent. 6 del 30/08/07 *in re* “Acción de amparo interpuesta por Silva, María Rossi Jaume en contra de “Nuevo Country S.A. y “San Esteban Country S.A. – Recurso de casación” (Expte. Letra “A” - N° 01, iniciado el nueve de febrero de dos mil seis.

En el fallo que se cita se sostiene que “la acción de amparo ha sido consagrada constitucionalmente a partir de la Reforma a nuestra Ley Fundamental en 1994, concibiéndola a la misma como una alternativa procesal a la cual sólo puede recurrirse para salvaguardar derechos y garantías sustanciales que se refieren a aspectos esenciales de la persona, como son el derecho a la salud, a la integridad física ante la evidencia de un menoscabo que no sólo patentice visos de gravedad extrema en razón de la entidad del derecho que se dice afectado, sino también es necesario que el acto u omisión que se denuncia como lesivo, se distinga por su arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, es decir, carente de todo fundamento o razonabilidad”.

“Asimismo, la acción de amparo presupone la existencia de un derecho o garantía incontrovertido, cierto. Este extremo no se halla sujeto a un amplio debate o prueba sino a la mera verificación de la conducta u omisión lesiva y el agravio consiguiente”.

De tal manera, que la procedencia del amparo estará determinada de manera central por la existencia de una situación jurídica comprensiva de una arbitrariedad o ilegalidad que surja de manera manifiesta, nítida. Ello importa que resultan ajenas a la acción de amparo aquellas cuestiones que sean opinables o bien, requieran de un ámbito de mayor debate y prueba.