

TEMAS INVALIDADOS DE LA LEY 16.986

OSVALDO ANTONIO NÚÑEZ SILVA*

Han pasado trece años de la reforma constitucional de 1994 y todavía no se ha reglamentado la acción de amparo en sus modalidades: *individual y colectiva*, o de aquellos bienes que se detentan individualmente y en forma divisible por una pluralidad de personas, pero que reconocen una única fuente de amenaza o lesión -individuales homogéneos¹-, incorporados en el art. 43 de la Constitución Nacional (en adelante CN).

Lejos de apesadumbrarme esa omisión, considero que es *positiva*, ya que los proyectos de ley que se presentaron, ponen en evidencia que desde los poderes políticos existe un “real” intento de limitar el derecho y la garantía del amparo, tanto en su eficacia, como respecto del universo fáctico de cobertura, poniendo obstáculos a su admisibilidad.

Los derechos fundamentales ya cuentan con limitaciones permanentes y razonables (arts. 14 y 28 CN). Como lo afirmó Bidart Campos, al explicarnos el significado de la fuerza normativa vinculante de las cláusulas constitucionales, poniendo especial énfasis en la “*necesidad de que haya mecanismos aptos de defensa de la constitución y controles suficientes para vigilar que se cumpla y no se viole. Una constitución que es suprema y que es derecho, debilita o frustra su fuerza normativa si no dispone de resortes y remedios que la resguarden,*

* Abogado (UNC) - Profesor de Derecho Procesal Constitucional (UNC).

¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, L.L., 1998-A, 1027/1028.

*que obliguen a cumplirla, que subsanen las desviaciones. Por eso, el control de constitucionalidad se ubica en el centro de la defensa". A ello agregó que: "... cada órgano de poder debe ejercer sus competencias en el estricto marco que la constitución le traza, y "para" darle efectividad y aplicación funcional"*².

El amparo regulado en el art. 43 de la CN y el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, presenta una doble característica: es un derecho fundamental y un derecho humano y, a la vez, un instrumento al servicio de otros derechos y garantías fundamentales³. La Convención citada, destaca que el amparo es un recurso "*eficaz, sencillo y breve*", por lo que, establecer un plazo de caducidad, se contrapone al concepto de eficacia, entendido como la disponibilidad directa e inmediata del amparo ante la violación de derechos humanos. La Corte Interamericana en el caso "*Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*" (sentencia del 24 de noviembre de 2006) sostuvo que dicho Estado había violado el art. 25, por cuanto se había impedido a los trabajadores del Congreso acceder a un recurso rápido y efectivo, y, el obstáculo normativo era un dispositivo que establecía sesenta días como plazo de caducidad del amparo.

El art. 30 de la ley 25.675 (Ley General del Ambiente) estableció un amparo ambiental (como acción popular) con el objeto de hacer cesar las actividades generadoras de daño ambiental colectivo. Dicha modalidad de amparo no tiene plazo de caducidad siguiendo los lineamientos de la materia ambiental que postula la imprescriptibilidad de todas las acciones ambientales⁴. A dicha norma marco, deben sujetarse toda reglamentación provincial, incluso la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a lo establecido en el tercer párrafo del art. 41 de la C.N.

De nada vale la existencia de un "derecho" fundamental, reconocido en la Constitución, tratados y la ley, y que está reglamentado razonable-

² BIDART CAMPOS, Germán J., *El amparo constitucional. Perspectiva y modalidades*, obra colectiva, Depalma, Bs. As., 1999, p. 2 y ss.

³ SPOTA, Alberto Antonio, "Ensayo sobre la doble naturaleza jurídica del amparo constitucional", *Revista de Derecho Procesal* N° 4, Rubinzal Culzoni, Argentina, 2000.

⁴ CAFFERATA, Néstor A., "El tiempo y las cautelares en el derecho ambiental", L.L., *Columna de Opinión*, del 23 de febrero de 2007.

mente, si cualquier acto u omisión que lo lesione, va a tener más cobertura que el derecho mismo, por inoperancia de la garantía, a la cual se la llena de formalismos y formulismos que impiden su admisibilidad, con lo que la degeneración ritual de las formas hace dilapidar esfuerzos y retrasar las decisiones. Ello se agrava, si el Juez actuante carece de independencia e imparcialidad y se destaca por ser deferente con las autoridades públicas, ya que semejante comportamiento, desde el ángulo crítico-institucional, coloca un factor más de ineficacia al orden constitucional y a la confiabilidad y credibilidad en las instituciones.

Los magistrados que temen abrir un amparo, para no abrir un agujero negro por donde ingresen numerosos casos, o por las consecuencias que ello les traerá, aplican erróneamente la teoría consecuencial, ya que sólo piensan en la propia seguridad, estabilidad y comodidad en el ejercicio de su rentada función y poco favor le hacen al sistema republicano, basado en la responsabilidad funcional y el debido control de constitucionalidad que está insito en el principio de *supremacía constitucional*. Los jueces que así obran, traicionan el juramento de “*observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina*”, que, por supuesto, deben conocerla y aplicarla como Ley Fundamental, para el resguardo de la libertad y dignidad del hombre, como postulado permanente del constitucionalismo, y en modo alguno subordinar la admisibilidad del amparo a los abusos o desviaciones del poder, que, por ser arbitrarios y de ilegalidad manifiesta, son ilegítimos. Por ello, se requiere de Jueces coherentes, valientes y con conocimiento y práctica constitucional que lo demuestren en acto, como prueba de su idoneidad y de control efectivo de la constitucionalidad.

Dichos obstáculos o limitaciones, ocurrieron en gran medida, con la ley 16.986 (dictada durante la dictadura militar de Onganía, en 1966), ya que no respetó la amplitud de la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS), especialmente desarrollada en los casos “Angel Siri”⁵ (de 1957) y “Samuel Kot SRL”⁶ (de 1958).

⁵ CSJN, Fallos 239:459.

⁶ CSJN, Fallos 241:291.

Los legisladores de la ley 16.986, olvidaron que en los precedentes citados, la CS se adhirió al pensamiento de fin de siglo de Joaquín V. González, fijando la doctrina básica del amparo: “*Que basta esta comprobación inmediata (restricción de las libertades de imprenta y trabajo sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa legal), para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias*”. A lo que se agregó que: “*No son, como puede creerse, las ‘declaraciones, derechos y garantías’, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar ni debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades, la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina. ... Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas*”⁷.

Como lo expresaba Romero⁸, con cita de Burdeau: “... los actuales derechos del hombre, son a su vez, *deberes* para el Estado, porque constituyen la *medida de una necesidad. De esa necesidad misma que, si no es satisfecha, impide al hombre alcanzar la plenitud de su ser...*”.

A todo esto, lo que sorprende es que la ley 16.986 aún siga vigente, pese al retorno a la democracia en el lapso 1973-1976 y a partir de 1983, en los últimos veinticuatro años, período éste, en que los distintos procesos constituyentes provinciales receptaron a través de sus reformas al instituto del “amparo”, lo que sirvió de valioso antecedente en la Reforma

⁷ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, en “Obras completas”, vol 3, Bs. As., 1935, N° 82; Conf., además, N°s 89 y 90).

⁸ ROMERO, César Enrique, *Derecho constitucional*, Zavallia, 1975, t. I, p. 143.

de 1994. Más que una asignatura pendiente del legislador civil, es una deslealtad a las instituciones y a la representatividad debida al pueblo, ya que su omisión hace perdurar lo legislado con grandes limitaciones por los gobiernos militares, que, como lo saben todos, carecieron de legitimidad de origen. En consecuencia, la ley 16.986, es un símbolo de la deslealtad a las instituciones democráticas y una clara lesión a la naturaleza normativa vinculante que tiene la Constitución para los poderes constituidos y los habitantes⁹.

Como lo sostiene Gelli¹⁰, cualquier disposición reglamentaria que limite la garantía del amparo y su ejercicio eficaz, tal como ha sido recepcionado en el art. 43 de la C.N., configura una “inconstitucionalidad sobreviviente”. Por su parte, Ekmekdjian¹¹ afirma que los únicos requisitos que mantendrían su vigencia -y con ciertas reservas-, son los dispuestos en los arts. 1 y 2, incisos “b” (acto del Poder Judicial), “c” (cuando se comprometa la prestación de un servicio público o actividades esenciales del Estado) y “e” (vencimiento del plazo para demandar”. A su vez, Gozáini¹², entiende que subsisten también los incisos “a” y “d” (tachados de inconstitucionales por la Dra. Gelli).

La variedad de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales -a veces contrapuestas-, crea incertidumbre jurídica, tanto para jueces como para abogados y potenciales titulares de la acción. Ello es lo que me lleva a formular la presente ponencia, con el solo fin de aportar alguna idea o decir algo útil al respecto.

Entiendo que, las normas procesales que sanciona el legislador no constituyen una *mera técnica de organización formal de los distintos tipos de procesos* sino que, en concreto, sólo tienen un valor *instrumen-*

⁹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1999, p. 289; FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2001, p. 36; ZAGREBESLKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, España, 1999, p. 109; y RAWLS, John, *La justicia como equidad*, Paidós, España, 2003, p. 196.

¹⁰ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina - comentada y concordada*, 3ª ed. actualizada, La Ley, Bs. As., 2006, p. 499.

¹¹ EKMEKDJIAN, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Bs. As., 2001, t. IV, ps. 63/64.

¹² GOZÁINI, Osvaldo, *El amparo*, Depalma, Bs. As., 1995, p. 35.

tal, para facilitar la puesta en movimiento de las garantías, como lo es -entre otras- la acción de amparo, para que el individuo o el colectivo que se trate, pueda lograr la restitución del ejercicio del derecho conculcado, haciendo realidad la operatividad del valor normativo vinculante de los principios, derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional. Este imperativo garantista, surge del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, que marca un límite del poder legisferante nacional, al exigirle que asegure “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos ... [la Constitución Nacional] ... y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Para el caso que sea el legislador quien lesione con la ley al derecho reconocido en la constitución, tratado o la ley, es la propia Constitución la que habilita al Juez del amparo, a declarar la inconstitucionalidad de *“la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”*. Por ello, dicho Juez no puede hacerse el distraído, sino que debe estudiar a fondo el derecho constitucional formal y material, si no quiere cometer el delito de prevaricato o de omisión de los deberes propios de su oficio. Al mismo límite quedan sujetas las legislaturas provinciales, ya que las provincias han delegado al Congreso de la Nación el dictado del “derecho común” (códigos de fondo y aprobación de tratados sobre derechos humanos y materia de derecho común -entre otros-) y no lo pueden volver a ejercer (arts. 126 y 75 incs. 12 y 22 de la CN).

Dicho valor normativo vinculante, no da pie al legislador para que otorgue carácter programático a dichos derechos y garantías, especialmente la establecida por el art. 43 de la C.N., que, de por sí, es autosuficiente y no necesita ser reglamentado. Por ello, han sido fuertemente criticados, incluso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los proyectos de reglamentación del amparo, como el elaborado por el Dr. Rodolfo Barra, que contó con la aprobación de la Cámara de Senadores de la Nación y que, por suerte, perdió su estado parlamentario. Igual destino cabe esperar del nuevo intento de limitar la plenitud de la acción de amparo, que hace poco ha aprobado la Cámara de Diputados de la Nación y que entre otros aspectos, establece una nómina cerrada de autoridades públicas, como eventuales lesionadores, que -por supuesto-, no incluye a todas las autoridades; el procedimiento para los amparos de incidencia colectiva, los regula con imprecisión y términos equívocos, lo que dificulta la admisibilidad de la acción colectiva. Por si ello fuere poco,

el proyecto vuelve a insistir con la imposición de un plazo de caducidad, con término a los cuarenta y cinco días, lo que constituye un límite temporal que desconoce la doctrina de la CS, que sostiene desde 1994, que el plazo para ejercer la acción de amparo está dado por el de la pervivencia del acto u omisión lesiva del derecho o garantía constitucional que se trate.

Si las *formas* carecen de fundamento serio, o se desnaturalizan o sobredimensionan, no sirven sino como obstáculo, *trampa* o *valladares tendientes a frustrar el derecho constitucional al debido proceso*¹³, para la sustanciación de la acción de amparo, frustrando la restitución del ejercicio del derecho que en forma arbitraria y manifiestamente ilegal conculcaron las autoridades públicas o los particulares. Imponer por vía reglamentaria un *formulismo* que desnaturalice la *acción expedita y rápida de amparo* (art. 43 C.N.), ya no se tolera en la actualidad, pese a la subsistencia de ciertas formas residuales y representativas que perduran como vestigios del pasado devenido en *forma vacía de contenido, carente de finalidad* (Chiovenda) y que son propias de gobiernos autocráticos (militares o civiles) que ensayan todo tipo de bloqueos a los controles y limitaciones del ejercicio de su poder, para ejercer arbitraria o abusivamente del mismo, so pretexto de un obrar discrecional que en los hechos es puro arbitrio en perjuicio de la libertad y dignidad del hombre.

En base a dichos conceptos, pasaré a examinar qué aspectos han quedado invalidados de la ley 16.986, en relación al art. 43 de la C.N. y de la operatividad de los principios, derechos y garantías de nuestra Ley Fundamental.

1. Art. 1° de la ley 16.986. Considero que no hay incompatibilidad con el art. 43 C.N., sino, en todo caso, tiene omisiones que han sido cubiertas por la norma constitucional, como: a) la habilitación expresa de la acción de amparo contra los actos u omisiones lesivas, que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta ocasionen los *particulares*; b) la ampliación de los derechos y garantías, que estén reconocidos en "*tratados o una ley*"; c) la habilitación expresa al Juez del amparo, para que *declare la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión*

¹³ CSJN, Fallos 310:870, 311:2177, 319:2925, 320:463, 323:1978 -entre otros-

lesiva; la limitación de la subsidiariedad de la acción expedita y rápida del amparo, a que “*no exista otro medio judicial más idóneo*”; y, en especial, el hecho inequívoco de que la acción debe ser “expedita”, o sea no sujeta a agotamiento administrativo alguno. El viejo código Varela de la provincia de Buenos Aires, que regulaba la materia contencioso administrativa, fijó por primera vez, la exigencia de que la acción contencioso administrativa quedaba “expedita” una vez agotada la vía administrativa. Pero, en la acción de amparo que recepta el art. 43 de la C.N. no se exige el agotamiento de la vía administrativa y está bien que así sea, ya que la mayoría de los abusos del poder, provienen del área de la administración pública y, por ello, se impone la tutela ilimitada del administrado, que es la parte débil de la relación jurídica.

La acción de amparo del art. 43 de la C.N, queda expedita a partir de la existencia del “... *acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley*”. No requiere de ningún otro condicionamiento, que no sea su instrumentación por una vía *rápida*, como lo es el tipo de juicio *sumarísimo* u otro similar, que recepte el ordenamiento procesal provincial o nacional.

2. Art. 2º, inc. a) de la ley 16.986. Por lo dicho al tratar el dispositivo anterior, no se requiere el “agotamiento de la vía administrativa”, para interponer una acción rápida de amparo, ya que la misma debe ser *expedita*, o sea, libre de todo condicionamiento infraconstitucional.

3. Art. 2º, inc. b) de la ley 16.986. El primer supuesto de inadmisibilidad que regula este inciso, referido al acto impugnado emanado de un órgano del Poder Judicial, corresponde que se mantenga, por la sencilla razón de todo el sistema recursos ordinarios y extraordinario, que rige en las provincias y la nación, son “amparos” contra ilegalidades o arbitrariedad judiciales, sólo que eufemísticamente se lo denomina recursos de revocatoria o reposición, de nulidad, de apelación, de casación, de revisión o de inconstitucionalidad local o nacional. En todos los casos implican errores o arbitrariedades cometidas por el Juez o Tribunal, en la aplicación de normas de carácter procesal o en la inobservancia o errónea aplicación de la ley, lo que en buen romance constituyen: actos lesivos

al derecho de *defensa en juicio*, como presupuesto de la garantía del “*debido proceso*”, cuya violación impide arribar a la sentencia fundada en ley, que es lo que consolida la “seguridad jurídica” en un Estado de Derecho. Su violación como vicio “*in procedendo*” o “*in iudicando*” tiene reparación rápida en el ordenamiento procesal vigente, a través de la interposición dentro del plazo de caducidad, de los recursos previstos en el ordenamiento local. A su vez, la demora judicial tiene su solución en el “pronto despacho” y en la “queja por retardada justicia”, que son modalidades del amparo para activar el proceso. Además en el orden penal, ha surgido una nueva modalidad de recurso extraordinario federal en forma *in pauperis*, que constituye un verdadero amparo contra el estado de indefensión de un detenido o condenado -porque no tiene asistencia letrada; porque su abogado particular le abandonó la defensa; o circunstancias similares-, reduciendo al máximo los condicionamientos para la admisibilidad del recurso extraordinario, referidos al tiempo, lugar y fundamentos del recurso. Ello tiene recepción en la jurisprudencia de la CS, desde 1868¹⁴. Para los derechos sociales existe una jurisprudencia similar.

La XIV Conferencia Nacional de Abogados, celebrada en homenaje al 150 aniversario de la constitución nacional, propuso en forma unánime que la acción de amparo procede respecto de actos y resoluciones judiciales. De prosperar, habrá que derogar todos los recursos judiciales existentes y cambiar de sistema, hasta que dichos abogados -o sus asesores, adviertan que su oficio tiene más amplitud.

4. Art. 2º, inc. b) de la ley 16.986. El segundo supuesto, de inadmisibilidad del amparo, se refiere a la impugnación de la aplicación expresa de la ley de defensa nacional nº 16.970. Este supuesto, requiere que el acto haya sido dictado con apoyo explícito en dicha norma legal, o sea que no se la puede inferir tácitamente. Al respecto me adhiero al criterio sustentado por el Dr. Sagüés, en el sentido de que los actos decididos en virtud de la ley 16.970 deben estar, como cualquier otra medida del Estado, bajo la órbita revisora del amparo, ya que la tutela de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, tratados o leyes, debe

¹⁴ CSJN, Fallos 5:459; 192:152; 237:158; 255:91; 310:1934; 311:2502; 315:2984; 319:192; 320:150 y 854; 321:2489, entre muchos otros

existir con relación al actuar de toda la Administración, sin que haya áreas exentas de control¹⁵. Toda la actuación de la Administración, es siempre sub-legal y sub-jurisdiccional, luego, si no hay excepciones constitucionales o que respondan a un orden público superior, el control judicial se impone.

5. Art. 2º, inc. c) de la ley 16.986: señala que la acción de amparo no será admisible cuando la *“intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado”*. Este límite ha sido superado por la sensatez y el sentido común de los jueces y amparistas. Su interpretación debe ser restricta. Por lo demás, el amparo que pueda articular un usuario de algún servicio público, lejos de comprometer la regularidad o continuidad del servicio de que se trate, contribuye con su impugnación a su efectiva y correcta prestación¹⁶.

Los derechos humanos que reconoce con jerarquía normativa constitucional nuestra Ley Fundamental, requieren de la acción expedita y rápida del amparo, para que el administrado afectado pueda impugnar el o los actos lesivos que se cometan u omitan en la prestación de cualquier servicio público o actividad estatal y ello hace a la lucha permanente contra los abusos del poder. Cualquier reglamentación que se dicte, deberá tener en cuenta dicho derecho y garantía, que en modo alguno puede ser desnaturalizada por vía reglamentaria.

6. Art. 2º, inc. e) de la ley 16.986: señala que la acción de amparo no será admisible cuando la *“determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba ...”*. Esta norma conserva su vigencia, ya que el amparo del art. 43 de la C.N. requiere de supuestos de *“arbitrariedad o ilegalidad manifiestas”*¹⁷.

En definitiva: *“los jueces deben extremar su ponderación y prudencia, a fin de no decidir por la vía sumarísima del amparo cuestio-*

¹⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Reflexiones críticas sobre la ley nacional de amparo*, edla, 1982-1053.

¹⁶ CNCiv, Sala K, 25/02/00; L.L., 2000-E-875.

¹⁷ CSJN, Fallos 319:2955, caso “Servotron”.

nes susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver por procedimientos ordinarios”¹⁸.

7. Art. 2º, inc. e) de la ley 16.986: señala que la acción de amparo no será admisible cuando sea necesaria la “... *declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas*”. Esta norma está incurso en inconstitucionalidad sobreviviente, ya que el primer párrafo del art. 43 de la C.N., habilita expresamente al Juez del amparo, a declarar la inconstitucionalidad de la norma “*en que se funde el acto u omisión lesiva*”. De manera que el nuevo texto incorpora expresamente el control de constitucionalidad, como corresponde en todo proceso judicial y, en especial, en el amparo que hoy tiene un campo de acción intenso, ante el acrecentamiento de poderes del Ejecutivo, quien abusa de los decretos de necesidad y urgencia y de las facultades legislativas delegadas¹⁹, estando próximo a la prohibición del art. 29 de la C.N., ya que se está muy cerca de que se le otorguen supremacías “*por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna*”. Al respecto, no es ningún misterio que el número de afectados sociales se incrementa día a día, a la par que se reparten subsidios a los intendentes o gobernantes que ayudaron en las elecciones presidenciales recientes, o que acuden a la Capital Federal para mendigar, mientras la ley-convenio de coparticipación cae en el olvido. Mientras esas prebendas y derroches politiqueros se producen, no es secreto para nadie que la prestación de los servicios esenciales del estado (en salud, educación y administración de justicia), sufre un marcado deterioro en infraestructura e ineficacia en recursos humanos, a lo que suma los angustiantes problemas de la desnutrición y la pobreza, que ganan espacio en grandes franjas de nuestro país, en especial donde la ciudad cambia de nombre (“villas miserias”), certificando el fracaso de la gestión política.

Gran parte de los establecimientos de salud pública, educativos y del Poder Judicial -en especial de la provincia de Buenos Aires-, se

¹⁸ Cám.Civ.Com. de Cba., de 2ª Nominación, 26/02/65; L.L., 118-605.

¹⁹ Que se suma a las delegaciones otorgadas por las leyes: 25.344, 25.414, 25.561, 25.820.

encuentran derruidos, agrietados y con múltiples problemas edilicios, además de ser escasos para prestar los servicios que debe suministrar con eficacia el Estado.

En tal sentido, son más las omisiones inconstitucionales, que la de los actos producidos, ya que éstos no se implementan en la medida de las necesidades existentes y, lo poco que se hace, se pregona a los cuatro vientos gastando dineros públicos para ello, y muchas veces, sin seguir la transparencia de la “oferta pública”, por lo que hay muchas obras y servicios públicos que se han contratado en forma directa, en la más absoluta clandestinidad, en donde algunos iguales son más iguales que otros, en perjuicio del erario público.

En tales casos, los planteos de inconstitucionalidades se harán sentir y es de esperar que frente al embate que se pueda producir, la Justicia actúe con independencia e imparcialidad, demostrando eficiencia y control efectivo, de modo que no se configure la suma del Poder Público en el Ejecutivo, como la inoperancia del Poder Legislativo lo ha venido permitiendo.

Badeni, afirma con acierto, que *“le asiste la razón al juez Zaffaroni cuando dice que el ‘estado de necesidad no es producto del azar ni de una fuerza de la naturaleza, sino de sucesivas medidas políticas’. Medidas que fueron adoptadas y avaladas por el Congreso y el Poder Ejecutivo en representación del Estado. Fue la torpeza del -Estado, conducido por su dirigencia política, la que provocó aquel ‘estado de necesidad’, y no la conducta de los ahorristas que, ajustando su conducta a las leyes, obraron de buena fe creyendo en las promesas formuladas por el Estado”*²⁰.

En relación a lo dicho, resulta preciso el resumen que nos hace Pérez Hualde²¹, cuando expresa: *“... la pretensión de limitar los controles de constitucionalidad y de legalidad sobre el accionar de la administración, que no son otros que los que ejerce el Poder Judicial sobre los otros poderes, agregada a la delegación de facultades legislativas -“superpoderes”- a favor del Poder Ejecutivo, a la incapacidad*

²⁰ BADENI, Gregorio, “Reflexiones sobre el caso “Bustos””, L.L. 9/11/2004, p. 1.

²¹ PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Amparo y control de constitucionalidad”, L.L., 24/12/2004, ps.1/4.

del Congreso Nacional para establecer controles sobre el Ejecutivo -como el emblemático caso de la Comisión Bicameral Permanente prevista por el art. 99 inc. 3 CN para el control de la actividad 'legislativa' del Poder Ejecutivo... [Nos referimos a los decretos de necesidad y urgencia, delegados y promulgación parcial de leyes incorporados por la Reforma Constitucional de 1994]..., a la virtual eliminación del control de la Auditoría General de la Nación sobre la cuenta inversión ... [No es posible imaginar una hipótesis de control de cuentas sobre un Jefe de Gabinete que posee facultades para cambiar el destino de las partidas presupuestarias. Súmese a ello que desde 1993 el Congreso de la Nación no aprueba la cuenta de inversión] ... , y al -cada vez más- frecuente dictado de decretos de necesidad y urgencia por el Poder Ejecutivo, no podemos sino concluir en que el fallo -intencionalmente o no- podría estar acompañando y propiciando una verdadera convalidación de la entrega de la suma del poder público, vedad por el art. 29 CN, en el Poder Ejecutivo actual”.

8. Art. 2º, inc. e) de la ley 16.986: señala que la acción de amparo no será admisible cuando la “... demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse”.

Entiendo que lo que debe prevalecer es el valor normativo vinculante de los principios, derechos y garantías constitucionales y no sus violaciones. Pizzolo²², tiene dicho, en criterio que comparto, que el “conculcamiento de libertades y derechos humanos, ... no presenta jamás ninguna presunción de legitimidad; pese a su apariencia de actos jurídicos, son realmente actos de fuerza o de arbitrariedad impuestos por algún funcionario ensordecido o irresponsable en la función que ejerce. Cuesta trabajo considerar, se concluye, que un acto de esta clase adquiera, por el vencimiento de quince días, ‘ma-

²² PIZZOLO, Calógero, *Derecho procesal constitucional*, obra colectiva, coordinada por P.L.Manili, Edit. Universidad, Bs. As., 2005, p. 60, con cita de Bartolomé A. FIORINI, “Acción de amparo. Graves limitaciones e incongruencias que la desnaturalizan”, L.L., t. 124, p. 1361.

nifiesta validez presuntiva' y que deba ser juzgado en un prolongado juicio ordinario".

Rivas²³, sostiene que el plazo de caducidad constituye una forma de afectar el derecho de acción de los sujetos y, por eso, aconseja que corresponde utilizarlo con criterio absolutamente restrictivo.

La constitución impone rapidez en la aplicación de la tutela y ello no es porque sí, sino porque se supone que el interés del afectado no sólo es la medida de la acción de restituir o preservar su derecho, sino que también debe hacerlo rápido, pero una vez que tenga la debida asistencia técnica letrada, ya que de lo contrario se afectaría su defensa en juicio.

Por otra parte, Díaz -miembro informante del despacho mayoritario de la Convención Constituyente de 1994- sostuvo²⁴ que el propósito de la asamblea era dar rango constitucional al amparo, pero de ningún modo afirmó que ello impedía su reglamentación por ley ordinaria y citó en su apoyo la ley 16.986.

En realidad, toda garantía y con más razón el procedimiento para su operatividad, puede y debe ser reglamentada, pero no para imposibilitar su ejercicio con excesos ritualistas, de puro formulismo, que, como decía Chiovenda terminan vaciándose de contenido y careciendo de finalidad. La reglamentación debe estar hecha en forma sencilla, para restituir o mantener el pleno ejercicio del derecho conculcado, de lo contrario se hará prevalecer la ilegalidad o la arbitrariedad del acto lesivo por encima de la supremacía constitucional y la tutela de la libertad y dignidad del afectado.

No me caben dudas que desde la perspectiva de la axiología de la experiencia jurídica, el problema puede avizorarse a partir de los valores positivos que hacen a la *seguridad jurídica*, en donde la *forma* evitaría la *inseguridad* por defecto y de *orden*. El valor positivo de orden resulta negativo por defecto (desorden) y negativo por exceso (ritualismo), en donde el *ritualismo es el disvalor correlativo por exceso de orden*, lo que podría desembocar en la prevalencia de la lesión sobre la supremacía

²³ RIVAS, Adolfo A., "El plazo de caducidad en el amparo", L.L. 2000-C, 346.

²⁴ Obra de la Convención, t. VI, p. 5857.

constitucional. Para evitar ello, el plazo que se establezca para interponer la acción de amparo, sólo será razonable si a su cómputo se lo condiciona al real conocimiento por parte del afectado, del acto u omisión lesiva más el oportuno y debido asesoramiento letrado para, revertir las consecuencias del acto arbitrario y de ilegalidad manifiesta, para lo cual deberá asegurar la reglamentación el derecho de acceder a la jurisdicción en un plazo razonable y congruente con el instituto del amparo. Mientras subsista el acto lesivo, está *expedita* la acción de amparo, con el alcance que le hemos dado al término *expedita* y, por supuesto, también está libre la medida *positiva* que debe tomar el Congreso de la Nación a favor del afectado (art. 75 inc. 23 de la C.N.). Los actos lesivos periódicos, o de daño continuado, constituyen una hipótesis ha ponderada por la CS, en el caso “Mosqueda”²⁵.

Al respecto, la jurisprudencia tiene dicho que: “Si a la fecha en que vencía el plazo legal para atacar por la vía del amparo la ley 25.561, el accionante se encontraba realizando exámenes médicos para una intervención quirúrgica que se produjo semanas después, y luego de la misma se le diagnosticaron otros serios males que padece su salud -cuyo tratamiento requiere un importante desembolso económico-, es a partir de esa notificación que se manifiesta su derecho subjetivo, y ésa es la fecha desde donde debe comenzar a contarse el plazo legal para la interposición del amparo”²⁶. También se ha dicho que: “no existe pauta temporal válida y determinada desde donde computar el plazo de caducidad del amparo si no se pudo determinar la fecha en que se notificó la resolución impugnada, ni la validez de esa notificación expresamente cuestionada por el amparista”²⁷. En conexidad con este último pronunciamiento, se dijo que por: “la aplicación de la doctrina del TSJ de la ciudad autónoma de Bs.As., sentado en el fallo “Vera”, a la acción de amparo intentada en el ámbito

²⁵ CSJN, 07/11/06, L.L., 2007-A-62, La CS, con referencia específica a la tutela de la vida y salud, ha dicho que si el acto lesivo inicial padece de “ilegalidad continuada”, mantenida al tiempo de plantearse el amparo y, posteriormente, “sin solución de continuidad”, no puede rechazarse esta acción so pretexto del vencimiento del plazo de caducidad del art. 2º, inc. e, de la ley 16.986.

²⁶ CFed. San Martín, Sala I, 2002/08/15, “Gonçalvez. Raú E. y otra c/ Estado Nacional”, J.A., 2002-IV-6.

²⁷ TS. Ciudad Autónoma de Bs.As., 2001/05/04 “Vera Miguel A. c/ G.C.B.A.”, L.L. 2001-E,45; D.J., 2001-3-265; J.A. 2002-I-92.

de la ciudad de Bs.As. le resulta aplicable el plazo de caducidad que estipula el art. 2 inc. e) de la ley 16.986, en la órbita de la Ciudad y dicho término comienza a computarse a partir de la notificación de la resolución que se impugna (Del voto del doctor Balbín)". Y, con más amplitud, se afirmó que: "No cabe computar el plazo de caducidad de la acción de amparo a partir de la comunicación o notificación del acto impugnado – art. 2 inc. e) de la ley 16.986) si el mismo -quita en las asignaciones familiares dispuesta por el decreto 896/01 y ampliada por la ley 25.453- prolonga sus efectos en el tiempo"²⁸.

9. Art. 15 de la ley 16.986: Al establecer el efecto suspensivo de las apelaciones dirigidas contra las medidas cautelares (que garantizan la liquidez de un derecho fundamental mientras dura el proceso) y las sentencias (que restituyen un derecho fundamental vulnerado) configuran enunciados normativos que conculcan el art. 43 de la CN y el art. 25 de la Convención Americana²⁹. El dictado de una medida de cautela en el amparo -como proceso sumarísimo, urgente y rápido-, es por lo general la circunstancia que permite mantener la expectativa del amparista indemne hasta el momento del dictado de sentencia definitiva. La defensa de la legalidad constitucional es de orden público y constituye una garantía que resguarda la fuerza normativa de la Constitución frente a los enunciados normativos y los actos y omisiones de autoridades públicas y de particulares que la desconozcan.

Por otra parte, la medida cautelar ordenada en un amparo contra actos u omisiones de la autoridad pública, que implique una real invasión del Poder Judicial sobre áreas reservadas al Poder Ejecutivo o al Legislativo, en asuntos en donde estén igualmente en juego de modo claro razones de gravedad institucional, estará autorizada, conforme a la CS, a invocar "conflicto de poderes" ante el propio alto tribunal, lo que permite que la causa sea captada por este último³⁰.

²⁸ CFed. Resistencia, 2002/20/22, "Godoy, Omar O. y otro c/Administración Nac. de la Seguridad Social", L.L. Litoral, 2003, p. 805.

²⁹ JFed. N° 2, de Mar del Plata, Secretaría N°3, "Sainz, Irene c/ Estado Nacional s/Amparo", 20/05/2002, expte. 36.513.

³⁰ SAGÜÉS, Néstor P., "La CSJN y los conflictos de poderes", D.J. 1998-2-511.

Si se concede el recurso de apelación con efecto suspensivo, resulta evidente que no se satisfará la exigencia constitucional de “*acción expedita y rápida*”, puesto que el recurso concedido, y el tiempo necesario para resolverlo, podrían generar en ese lapso un daño de imposible o difícil reparación ulterior.

10. Por todo lo expresado, considero que el art. 43 de la C.N., puede quedar sin reglamentar, si es que se quiere atender a su plena operatividad como derecho y garantía. De última y para el supuesto que se reglamente, cabe concluir, con lo expresado por Cueto Rúa, cuando sostuvo que los jueces han de establecer límites entre las formalidades y los procedimientos que garanticen la ejecución regular de las funciones judiciales y sociales, y de aquellas otras que asfixian la innovación y el crecimiento o que hacen imposible el funcionamiento eficiente de las instituciones humanas. Por ello los jueces deben cumplir la delicada función de equilibrar el empleo de las formalidades para asegurar el orden y evitar los excesos del ritualismo³¹.

Para dicha búsqueda de equilibrio y seguridad jurídica, nada está por encima de la Constitución, los tratados y las leyes dictadas *en su consecuencia*. A dicho ordenamiento normativo se deben subordinar todas las conductas, tanto públicas como privadas, ya que sólo en una sociedad donde impera el derecho, puede realizarse el ideal de justicia y la convivencia pacífica. La subordinación del orden jurídico a los valores y ciertos principios fundamentales, es lo que permitirá un obrar congruente y razonable. Para ello, la autoridad no debe enfrentarse al individuo, sino que debe complementarse con él, para señalar caminos, marcar rumbos y condenar desviaciones. En definitiva: alcanzar la *calidad institucional*, que hoy falta.

³¹ CUETO RÚA, Julio C., *Una versión realista de los jueces y los abogados*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000, ps. 239-246, la cita del texto en p. 245.