



ASOCIACIÓN  
ARGENTINA DE  
DERECHO  
CONSTITUCIONAL

**REVISTA DIGITAL**

REVISTA DIGITAL DE LA  
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**EDICIÓN N° 211**

# EL AMPARO Y SUS BATALLAS<sup>1</sup>

Por Alberto B. Bianchi

**Sumario:** 1.-Introducción. 2.- La batalla para nacer. 3. Nacimiento gozoso y limitaciones inmediatas. 4.-Una subsistencia con más vueltas que idas. 4.a.- La batalla por el control de constitucionalidad. 4.b.- La batalla por la autonomía. 4.b.i. Dos tesis sobre la autonomía en el amparo. 4.b.ii. La tesis restringida. 4.c.-Síntesis y primeras reflexiones. 5.-Las batallas del presente. 5.a.- Una reencarnación con letra constitucional. 5.b.- La falta de reglamentación legal. 5.c.-La competencia con otros procesos urgentes. 5.c.i.-Planteo. 5.c.ii.- El problema de la apreciación subjetiva. 5.c.iii.-La competencia con la acción declarativa. 6.-Paradojas y conclusiones.

## 1.- Introducción

El 27 de diciembre de 2007 se cumplen 50 años desde que la Corte resolvió el caso Ángel Siri<sup>2</sup>, aquella luminosa sentencia que dio nacimiento al amparo echando una bocanada de oxígeno cívico en un derecho constitucional que la necesitaba.

Desde entonces la vida del amparo no ha sido simple. Como todo instrumento de lucha contra la arbitrariedad del poder público, ha debido sortear numerosas dificultades, incluso las creadas por sus propios entusiastas que, al querer expandirlo sin límites, provocan una reacción contraria.

---

<sup>1</sup> Artículo publicando en La Ley.

<sup>2</sup> Fallos 239-459 (1957).

Dedicaré este artículo, entonces, a conmemorar (y celebrar) las bodas de oro del caso Siri, recordando las batallas que el amparo ha librado en este medio siglo.

## 2.- La batalla para nacer

De todas ellas, la primera fue la del alumbramiento, pues no debemos olvidar que el amparo tuvo un parto precedido de numerosos abortos<sup>3</sup>. Antes de Siri, como bien sabemos, la Corte Suprema se negó a crear por vía jurisprudencial un proceso -análogo al hábeas corpus- para la protección sumaria de los derechos constitucionales que no fueran la libertad física.

Los fallos dictados en esta dirección son conocidos, pero vale la pena recordarlos brevemente. La serie tiene antecedentes ya en 1899 cuando se rechazó el recurso de hábeas corpus intentado por José Podestá a favor de un grupo de indígenas<sup>4</sup>. En este caso la Corte sostuvo que el hábeas corpus no fue establecido para proteger los derechos emergentes de los contratos<sup>5</sup>. Décadas más tarde, en 1929, la Corte repitió este concepto en Manuel González Maseda<sup>6</sup> y lo hizo más claro aún en Bertotto c. Jefe de Correos y Telégrafos de la Ciudad de Rosario<sup>7</sup>; Alfredo Malvar<sup>8</sup>; Ricardo A. Hinze<sup>9</sup>; José San Miguel<sup>10</sup> y Amadeo Allocatti<sup>11</sup>, entre otros.

---

<sup>3</sup> Me refiero naturalmente a su nacimiento en el derecho federal, pues en el derecho provincial el amparo ya existía y estaba contemplado en algunas constituciones y leyes locales. Tal es el caso de Santa Fe cuya constitución de 1921 lo contemplaba expresamente en el artículo 17. Véase ROUZAUT, Adolfo R.: *El Poder Judicial y el Amparo a las Libertades Humanas*, Rosario, 1947, cap. VI.

<sup>4</sup> Fallos 81-246 (1899).

<sup>5</sup> Fallos 81, en p. 253.

<sup>6</sup> Fallos 155-356 (1929).

<sup>7</sup> Fallos 168-15 (1932). Tanto este fallo como uno anterior -José Guillermo Bertotto, Fallos 160-104 (1931), procedentes de la justicia federal de Rosario, ponen en evidencia que la Cámara Federal de esa Ciudad (ver la sentencia en Fallos 104-107, esp. p. 108) se había anticipado 25 a la Corte Suprema en el reconocimiento del amparo. Es más, ya se refería directamente al "recurso de amparo". Ello es particularmente visible en el segundo de estos casos, pues habiendo admitido la Cámara Federal de Rosario el hábeas corpus contra la decisión de la autoridad postal de no permitir la distribución del diario *Democracia*, la Corte revocó la sentencia sosteniendo que el hábeas corpus sólo tutelaba la libertad física.

### 3.- Nacimiento gozoso y limitaciones inmediatas

Pero la gran jornada del amparo llegaría finalmente el 27 de diciembre de 1957.

Ángel Siri, propietario y director del diario *Mercedes* -publicado en la ciudad del mismo nombre- había sido detenido y sus talleres clausurados sin alegación de fundamento alguno, dando lugar con ello a una acción judicial<sup>12</sup>. Derrotado en las instancias ordinarias, en las cuales tanto se hizo mérito de la falta de interés actual del caso<sup>13</sup>, como de la jurisprudencia tradicional ya mencionada, el caso llegó ante la Corte.

Antes de dictarse la sentencia, el Procurador General, Sebastián Soler, dictaminó en dos oportunidades. En la primera sostuvo que el caso era abstracto<sup>14</sup> y en la segunda, producida a raíz de un informe requerido por la Corte para esclarecer la situación real de la clausura<sup>15</sup>, se ciñó a la tesis oficial del momento<sup>16</sup>.

Con estos antecedentes el Tribunal tenía una nueva oportunidad para repetir su habitual sinfonía en gris mayor y decir -una vez más- que el hábeas corpus no tutela la libertad de expresión ni el derecho de trabajar. Pero ese 27 de

---

<sup>8</sup> Fallos 169-103 (1933).

<sup>9</sup> Fallos 183-44 (1939).

<sup>10</sup> Fallos 216-606 (1950).

<sup>11</sup> Fallos 216-622 (1950).

<sup>12</sup> Si bien estaba caratulada como hábeas corpus, la Corte en su sentencia aclara que el actor había dicho en varios escritos que no interponía tal acción. Obviamente trataba con ello de no quedar atrapado en el cliché procesal de los casos anteriores.

<sup>13</sup> Estaba agregado en el expediente un confuso informe policial según el cual la clausura había sido levantada, sin perjuicio de la vigilancia mantenida sobre el local.

<sup>14</sup> Fallos 239 en p. 461.

<sup>15</sup> No obstante la existencia del informe anterior (ver nota 13) la Corte tenía dudas sobre el estado de la clausura y de oficio requirió una actualización del mismo. Este dato resulta útil para advertir el interés puesto por la Corte en resolver como lo hizo.

<sup>16</sup> Despachó la cuestión en pocas líneas con remisión a los fallos anteriores. Fallos 239 en p. 461.

diciembre de 1957, la escala constitucional de la Corte<sup>17</sup> tenía acordes mucho más elevados y los hechos del caso parecían propicios para entonarlos<sup>18</sup>. Barriando de un plumazo con todos sus precedentes en la materia, dictó una sentencia breve y concreta, cuyos términos amplios y generosos comenzarían no tardaría mucho en comenzar retractarse, tal como veremos enseguida<sup>19</sup>.

Nueve meses después, en septiembre de 1958, fue decidido Samuel Kot S.R.L.<sup>20</sup>. Usualmente este caso es considerado una ratificación y a la vez una ampliación de Siri, sin embargo, como hizo notar en su momento Genaro Carrió, debemos tener cierto cuidado al analizarlo, pues ya aparecen en él ciertas limitaciones al amparo que Siri no contenía<sup>21</sup>.

El origen del caso es diferente, aunque en la práctica la situación era la misma<sup>22</sup>. Como resultado de un conflicto gremial en la fábrica textil de propiedad de Samuel Kot S.R.L., un grupo de trabajadores tomó el establecimiento por la fuerza. Ante la pasividad de las autoridades administrativas de la Provincia de

---

<sup>17</sup> Firmaron la sentencia Alfredo Orgaz, Manuel J. Argañaraz, Enrique V. Galli y Benjamín Villegas Basavilbaso. En disidencia votó Carlos Herrera.

<sup>18</sup> Según relata Alfredo Orgaz, cuya apreciación como uno de los firmantes del fallo es de gran valor testimonial, *“Las circunstancias de hecho hacían de él un ejemplar particularmente apto para la instauración del nuevo recurso pues estaba desnudo de complicaciones”*. ORGAZ, Alfredo: *El Recurso de Amparo*, Depalma, Buenos Aires, 1961, p. 23.

<sup>19</sup> La síntesis del fallo, en palabras de Linares Quintana, fue la siguiente: *“La comprobación inmediata de que una libertad constitucional se halla evidentemente restringida, sin orden de autoridad competente, ni expresión de causa que la justifique, es suficiente para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por el poder judicial en su integridad; sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que reglamente dicha garantía; por cuanto 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, las cuales sólo son requeridas para establecer en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación, como dice el art. 18 de la Constitución nacional a propósito de una de ellas; y porque 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”*. LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Acción de Amparo*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.

<sup>20</sup> Fallos 241-291 (1958).

<sup>21</sup> CARRIÓ, Genaro R.: *Algunos Aspectos del Recurso de Amparo*, Abeledo Perrot (colección Monografías Jurídicas), Buenos Aires, 1960, pp. 26-28.

<sup>22</sup> Una detallada narración de los hechos del caso fue expuesta en su momento por Abel Houssay, abogado de la actora. HOUSSAY, Abel: *Amparo Judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1961.

Buenos Aires, fueron iniciadas varias acciones judiciales, entre ellas un amparo, que en las instancias locales no tuvieron éxito.

Llegado el amparo ante la Corte, ésta -más fracturada que en el caso anterior<sup>23</sup>- volvió a dar muestras de su interés por la protección efectiva de las libertades constitucionales a las que ya menciona como “derechos humanos”<sup>24</sup>. Ratificó en primer lugar lo dicho en Siri y dijo luego que si bien la restricción no provenía de la autoridad pública sino de actos de particulares, “... *tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional*”<sup>25</sup>.

Luego de este reconocimiento al que se le dedica una extensa fundamentación, la sentencia hizo dos advertencias, abriendo con ellas dos pequeños surcos que, concienzudamente profundizados en fallos posteriores, produjeron –a largo plazo- el resultado que todos conocemos, la parálisis del amparo. En primer lugar señaló que la ilegitimidad de la restricción generadora del amparo debe aparecer clara y manifiesta y que la remisión del caso a los procedimientos ordinarios debe producir un daño irreparable<sup>26</sup>. Luego agregó que “... *en tales hipótesis, 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 y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios*”<sup>27</sup>.

Nadie podía anticipar en ese momento, dentro de la celebración republicana acarreada por la decisión<sup>28</sup>, que el legislador en 1966 aprovecharía

---

<sup>23</sup> Votaron en la mayoría, Alfredo Orgaz, Benjamín Villegas Basavilbaso y Juan C. Beccar Varela. En disidencia lo hicieron, Aristóbulo Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte, rechazando la posibilidad de otorgar amparo contra actos de particulares.

<sup>24</sup> Fallos 241 en p. 299.

<sup>25</sup> Fallos 241 en p. 299. Meses después esta afirmación fue ratificada en el caso José Buosi, Fallos 244-68 (1959), con firma del juez Boffi Boggero, que no había participado de la decisión en Kot.

<sup>26</sup> Fallos 241, en p. 302.

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> En palabras de Carlos M. Bidegain, luego de los casos Siri y Kot, “... *la Constitución ha empezado a vivir en la mente y en el corazón de muchos hombres que no la conocían o no creían*”

adecuadamente estas advertencias, luego recopiladas por decisiones posteriores, para limitar profundamente los alcances del amparo, pero lo cierto es que desde un primer momento se hizo aplicación de ellas abundantemente.

Diez meses después, en julio de 1959, la Corte ya estaba profundizando las advertencias asentadas en Kot. Fue en Cooperativa del Personal de Y.P.F.<sup>29</sup> donde en un brevísimo fallo se aludió al “... *remedio excepcional del amparo, reservado para casos de actuación ilegal manifiesta y, en principio, sin remedio previsto por el legislador*”<sup>30</sup>.

La suerte del amparo ya estaba echada. Tal como tempranamente lo advirtió Carrió, “*La llave maestra consiste en decidir si existe o no remedio legal adecuado. Porque basta que lo haya, o que el juez considere que existe, para que la nueva vía de carácter excepcional, quede automáticamente cerrada*”<sup>31</sup>.

---

*en ella ...*”. La Prensa, 7 de junio de 1959, citado por Orgaz, El Recurso de Amparo, cit en nota 18, pp. 11-12.

<sup>29</sup> Fallos 244-179 (1959).

<sup>30</sup> Fallos 244 en p. 180.

<sup>31</sup> Carrió, Algunos Aspectos ..., cit. en nota 21, pp. 19-20.

#### 4.- Una subsistencia con más vueltas que idas

Se dice que cuando Miguel Ángel terminó de esculpir el Moisés, emocionado ante la perfección de su trabajo, golpeó el mármol con su martillo y gritó “*parla*”, como ordenándole a la estatua que hablara.

Pues bien, parecería que el Tribunal luego de releer la sentencia del caso Siri, debe haber sentido exactamente lo contrario. Después de reflexionar sobre la amplitud de los términos en que había concebido la protección de los derechos constitucionales, llegó a la conclusión de que era preciso silenciarla, esto es, “reglamentarla”. Y así lo hizo.

Tal como vimos en el punto anterior, las limitaciones iniciales ya aparecen en Samuel Kot y continuaron luego en los fallos inmediatamente posteriores. Luego de esta primera reglamentación general, según la cual el amparo es (a) una acción excepcional; (b) que procede solamente ante restricciones claras y manifiestas; (c) insusceptibles de mayor debate (d) que no corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios; y (e) que carezcan de otros remedios previstos por el legislador, la Corte comenzó a elaborar un catálogo de reglas más específicas.

Entre ellas hay dos cuyo error manifiesto exige mencionarlas: (a) la que negó aptitud al amparo para el ejercicio del control de constitucionalidad y (b) la que exigió el agotamiento previo de la instancia administrativa.

##### *a.- La batalla por el control de constitucionalidad*

Esta primera limitación, criticada desde su origen<sup>32</sup>, tuvo como fundamento la inexistencia -por entonces- de las acciones declarativas de inconstitucionalidad

---

<sup>32</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: *Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo*, Ediar, Buenos Aires, 1969, pp. 141-142.



en el orden federal<sup>33</sup>. Se deducía de aquella inexistencia que el amparo no podía convertirse en una acción de tal naturaleza. De la mano de esta afirmación, la Corte negó en varios casos la aptitud procesal del amparo para cobijar un planteo de inconstitucionalidad. Este criterio tuvo origen en *Aserradero Clipper S.R.L.*<sup>34</sup>, y fue reiterado luego en casos posteriores<sup>35</sup>.

Ya consolidada, la prohibición fue aprovechada por el gobierno de facto instalado en junio de 1966 cuando, en octubre de ese año, fue sancionada la ley 16.986<sup>36</sup> que la contempla específicamente (artículo 2, inc. d).

Sin embargo, como la realidad siempre es más poderosa que la imaginación, al año siguiente la Corte tuvo que resolver un amparo en el cual el planteo del amparista era del agrado del gobierno y por ello no tuvo inconveniente alguno en hacer un *by pass* de la flamante ley de amparo en este punto.

Se trataba del célebre caso *Carlos J. Outon*<sup>37</sup> en el cual se cuestionaba el decreto 280/64 por medio del cual los trabajadores marítimos que deseaban inscribirse en la llamada Bolsa de Trabajo Marítimo para Marinería y Maestranza, debían estar obligatoriamente afiliados al sindicato que los nucleaba. Recordemos que el gobierno de facto de la época había prohibido toda la actividad sindical, de modo tal que un amparo de esta naturaleza no afectaba para nada sus propósitos, por el contrario, contribuía eficazmente con ellos.

---

<sup>33</sup> Esta prohibición surgía del caso *H.I.R.U. S.R.L. c. Federación Argentina de Trabajadores de la Industria Gastronómica*, Fallos 245-552 (1959).

<sup>34</sup> Fallos 249-221 (1961).

<sup>35</sup> *Conrado T. Traverso*, Fallos 249-449 (1961); *Sindicato Obrero de la Industria del Vestido y Afines*, Fallos 249-569 (1961); *Enrique Juan Oyuela*, Fallos 252-167 (1962); *Antonio M. Ruiz*, Fallos 256-386 (1963); *Spinofer S.A.*, Fallos 258-227 (1964); *Carlos Trincherro*, Fallos 262-181 (1965); *Luis E. Leguiza*, Fallos 264-37 (1966), etc.

<sup>36</sup> B.O. 20-10-66.

<sup>37</sup> Fallos 267-215 (1967).

La Corte entonces –sin que esto implique un juicio de valor sobre su independencia- tuvo amplia libertad para resolver el amparo sin atenerse a la limitación impuesta por la ley 16.986. Obviamente tampoco cometió la torpeza de declarar la inconstitucionalidad de la limitación en cuestión. Simplemente se limitó a señalar que *“el principio no debe reputarse absoluto”,* debe regir *“en la gran mayoría de los casos”,* salvo cuando *“las disposiciones de una ley, decreto u ordenanza, resultan claramente violatorios de alguno de los derechos humanos”*<sup>38</sup>. En pocas palabras, el Tribunal mantenía la vigencia del principio, pero se reservaba paralelamente la facultad de no aplicarlo cuando lo creyera conveniente. Este caso fue seguido inmediatamente, por Empresa Mate Larangeira Mendes S.A.<sup>39</sup>, en el cual también se hizo lugar al amparo promovido contra un decreto impopular del Presidente Illia<sup>40</sup> mediante el cual se prohibía la cosecha de la yerba mate.

Nada impidió, sin embargo, que la prohibición resurgiera en Cafés, Chocolates Águila y Productos Saint Hnos. c. MCBA<sup>41</sup>, donde se invocó el inciso d) del artículo 2., cuya inconstitucionalidad había sido invocada, pero tardíamente. Pero esa misma Corte, ya en los umbrales del gobierno constitucional de 1973, admitió un amparo contra la ley 19.582 en un caso vinculado con detenidos a disposición del Poder Ejecutivo<sup>42</sup>.

Dentro de este *corsi e ricorsi* constante, la prohibición fue rehabilitada en el conocido caso Editora Popular Americana S.R.L. (diario El Mundo) c. Gobierno Nacional<sup>43</sup>, un amparo promovido contra la clausura de un diario dispuesta por

---

<sup>38</sup> Fallos 267 en p. 218.

<sup>39</sup> Fallos 269-393 (1967).

<sup>40</sup> El decreto 1921/66. B.O. 18-03-66.

<sup>41</sup> Fallos 274-471 (1969).

<sup>42</sup> Mariano Pujadas, Fallos 285-267 (1973).

<sup>43</sup> Fallos 289-177 (1974).

medio del decreto 811/74<sup>44</sup>. El caso tenía aristas críticas pues –tal como lo señaló en su momento Bidart Campos- el decreto en cuestión no era un acto general sino individual<sup>45</sup>.

Bajo la vigencia del gobierno constitucional instalado en diciembre de 1983, la Corte aplicó nuevamente el criterio Outon-Mate Larangeira, en Gabriel D. Arenzon<sup>46</sup>, un amparo contra una medida propia de la mentalidad militar del gobierno de facto que acababa de terminar. Se trataba de la resolución 957/81 del Ministerio de Educación que prohibía ejercer la docencia a quienes midieran menos de 1,60 m. de altura. Frente a un caso tan simple, la Corte no tuvo inconveniente alguno en hacer lugar al amparo, bien que sin abordar la constitucionalidad del artículo 2, inciso d). Pero no tuvo inconveniente en volver a aplicar esta norma en Radio Universidad del Litoral c. Comité Federal de Radiodifusión (Comfer)<sup>47</sup>, donde se cuestionaba una resolución dictada bajo el gobierno de facto que prohibía a una emisora de radio emitir publicidad, pues a su juicio la violación constitucional alegada no resultaba palmaria<sup>48</sup>.

Al comenzar la presidencia de Carlos Menem la Corte tuvo oportunidad de ratificar este principio en un caso crítico para el gobierno y resuelto a favor de éste. Era Peralta c. Estado Nacional<sup>49</sup> donde, como todos recordamos, se discutía la constitucionalidad del decreto 36/90<sup>50</sup> que había dispuesto la captura de los depósitos bancarios y su reemplazo por lo que entonces era un compromiso de emisión de Bonos Externos serie 1989.

---

<sup>44</sup> Recordemos que el diario El Mundo era el órgano de prensa del llamado Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) organización que había sido declarada ilegal por el Decreto 1453/73.

<sup>45</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: *La sentencia de la Corte Suprema en el caso del diario "El Mundo". El desempare de la libertad de prensa.* Trabajo sin fecha ni editorial.

<sup>46</sup> Fallos 306-400 (1984).

<sup>47</sup> Fallos 306-1253 (1984).

<sup>48</sup> Fallos 306 en p. 1263.

<sup>49</sup> Fallos 313-1513 (1990).

<sup>50</sup> B.O. 05-01-90.

Ciertamente a esa altura la Corte ya tenía el camino bastante abonado, pero de no haberlo tenido igualmente lo hubiera recorrido si quería fallar como lo hizo. El punto neurálgico del amparo era la inconstitucionalidad del decreto 36/90 y ésta había sido declarada por la instancia anterior, lo cual obligaba a la Corte a entrar en el tema. Si bien se podía rechazar el amparo por razones formales –como propiciaban (con fundamentos diferentes) los votos de Julio Oyhanarte<sup>51</sup> y Augusto C. Belluscio<sup>52</sup>– ello dejaba vacante el análisis constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia, tema central del fallo en lo albores de un gobierno que luego los empleó recurrentemente.

*b.- La batalla por la autonomía*

*i.- Dos tesis sobre la autonomía en el amparo*

Dentro de lo que llamo la batalla por la autonomía, caben las dos tesis tradicionales sobre las denominadas *vías previas* y las *vías concurrentes*<sup>53</sup>. Si bien en la jurisprudencia de la Corte la distinción entre ambas no siempre ha sido nítida, en el plano teórico la primera de ellas exigía agotar la instancia administrativa antes de promover la acción contra actos de autoridad pública y la segunda sostiene que el amparo es *subsidiario* de los restantes procesos judiciales y no puede actuar en sustitución de ellos.

En este punto me ocuparé solamente de la primera. Dejaré la segunda para el momento en que analice la situación luego de la reforma de 1994, pues se trata de una cuestión que si bien a mi entender tiene solución constitucional expresa, existen discrepancias todavía sobre la interpretación del término *idóneo* en el artículo 43<sup>54</sup>.

*ii.- La tesis restringida*

---

<sup>51</sup> Fallos 313 en pp. 1557.

<sup>52</sup> Fallos 313 en pp. 1562.

<sup>53</sup> Ver Bidart Campos, Régimen..., cit. en nota 32, p. 163 y ss.

<sup>54</sup> Me remito a lo que diré en § 0.

En nuestro derecho la exigencia del agotamiento de la vía administrativa, como requisito de la habilitación de la instancia judicial contra la Administración, tiene fuerte arraigo legal<sup>55</sup> y jurisprudencial<sup>56</sup>, de modo que no debe llamar la atención que el mismo haya sido trasladado al amparo, no obstante su manifiesta incompatibilidad con un proceso sumarísimo, destinado -teóricamente al menos- a la protección efectiva de los derechos<sup>57</sup>.

Esta tendencia se insinúa a fines de la década de 1950 y si bien no fue recogida expresamente por la ley 16.986, bien que puede considerarse incluida en el inciso a) del artículo 2, a diferencia de la anterior subsistió en plenitud hasta su derogación por la reforma de 1994.

La encontramos ya en Omar Pablo Lumelli<sup>58</sup> donde la Corte sostiene que la existencia de una vía recursiva en la Administración excluye la posibilidad de plantear un amparo y se repite poco después en Antonio Gallardo<sup>59</sup>; Manuel Romero Ruiz<sup>60</sup>; Rodolfo Mucci Sabella<sup>61</sup> y Francisco Menor<sup>62</sup>. En Juan Merli<sup>63</sup> el amparo es rechazado porque el amparista tiene planteado en sede administrativa un recurso jerárquico que no está resuelto, y de allí en más la serie continúa en Tricerri S.A.<sup>64</sup>; Miguel Weyrauch<sup>65</sup>; Conrado T. Traverso<sup>66</sup>; Sindicato de Empleados del Tabaco<sup>67</sup>, etc.

---

<sup>55</sup> Lo contemplan en el orden nacional las leyes 3952 y 19.549.

<sup>56</sup> La Corte lo elevó a la categoría de "principio" en Sindicato de Trabajadores de la Industria Lechera, Fallos 288-398 (1974).

<sup>57</sup> Juntamente con la caducidad de la instancia judicial, el agotamiento de la vía administrativa se ha convertido en la Argentina en una mecánica harto efectiva para dar cobertura a las decisiones de la Administración contra los ataques de sus destinatarios. BIANCHI, Alberto B.: *Entre el agotamiento de la instancia y el plazo de caducidad (¿A quién protege el procedimiento Administrativo?)*, en la obra colectiva de las Jornadas sobre Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Universidad Austral, Editorial RAP, Buenos Aires, 2006, pp. 861-870.

<sup>58</sup> Fallos 242-300 (1958).

<sup>59</sup> Fallos 242-434 (1958).

<sup>60</sup> Fallos 243-55 (1959).

<sup>61</sup> Fallos 243-179 (1959).

<sup>62</sup> Fallos 243-423 (1959).

<sup>63</sup> Fallos 245-513 (1959).

<sup>64</sup> Fallos 247-40 (1960).

<sup>65</sup> Fallos 249-93 (1961).

Hacia mediados de la década de 1980 esta doctrina estaba tan presente y activa, que la Corte pudo decir en *Hughes Tool Co. S.A. c. Gobierno Nacional*<sup>68</sup>, “... el sólo hecho de que se haya planteado un recurso en sede administrativa que se encuentre pendiente de decisión, es suficiente para resolver la improcedencia del amparo, pues una demanda de esta naturaleza<sup>69</sup> no puede ser utilizada para sustraer la cuestión debatida del conocimiento de la autoridad que interviene en ella por recurso propio del interesado”<sup>70</sup>. Fue repetida luego –entre otros casos- en *Pedro Luis Bonis*<sup>71</sup>.

### *c.- Síntesis y primeras reflexiones*

Hemos visto como el amparo pasó de la nada (*Bertotto*, *Malvar*, *San Miguel*, etc.) al todo (*Siri*) pero por un instante apenas, pues la Corte comprendió inmediatamente (*Samuel Kot*) que era preciso poner algunos límites. A partir de allí comenzaron a profundizarse las limitaciones y muy pronto apareció lo que no ha dejado de ser el dilema principal del amparo, esto es, su carácter excepcional (*Cooperativa del Personal de YPF*), llave mágica que abre o cierra el curso de la acción.

Hasta aquí me atrevería a decir que las limitaciones fueron naturales o consustanciales al amparo. Luego vinieron las limitaciones antinaturales o contrarias a la esencia misma del remedio. Nadie puede sostener –y la reforma constitucional de 1994- lo ha confirmado, que es natural al amparo la prohibición de ejercer control de constitucionalidad (*Aserradero Clipper*, etc.) o la obligación de agotar la vía administrativa (*Lumelli*, *Gallardo*, *Hughes Tool*, etc.).

---

<sup>66</sup> Fallos 249-449 (1961).

<sup>67</sup> Fallos 252-212 (1962).

<sup>68</sup> Fallos 307-178 (1985).

<sup>69</sup> La actora impugnaba una decisión que la excluía de una contratación con el Estado nacional y paralelamente con el amparo había presentado un recurso administrativo.

<sup>70</sup> Fallos 307, en p. 185.

<sup>71</sup> Fallos 312-1891 (1989).

Sin embargo ambas limitaciones gozaron de muy buena salud y fue necesario – nada menos- una reforma constitucional para extirparlas.

La primera fue manejada con entera discrecionalidad por la Corte y tanto aparecía como desaparecía según la temperatura del caso. La segunda, en cambio, mantuvo una permanencia constante e implacable, susceptible de apagar la llama encendida en 1957<sup>72</sup>.

## 5.- Las batallas del presente

### *a.- Una reencarnación con letra constitucional*

Cuando se reunió la Convención Constituyente de 1994 el amparo languidecía. En los diez años previos a la reforma -que coinciden con la reinstalación de los gobiernos constitucionales- había salido victorioso en casos de poca trascendencia política (Arenzon) pero había sucumbido en los de alto voltaje institucional<sup>73</sup>. Por lo demás, la exigencia de agotar la vía administrativa

---

<sup>72</sup> En 1982 al cumplirse veinticinco años del caso Siri, el Instituto de Extensión Universitaria de la UCA llevó a cabo un ciclo conmemorativo del mismo en donde expusieron Genaro R. Carrió, Jorge R. Vanossi, Germán J. Bidart Campos y Néstor P. Sagüés. El primero de ellos al finalizar su exposición dijo con evidente pesar “... se hace forzoso concluir que la historia institucional del país, particularmente después de mediados de 1966 ha frustrado las expectativas que hace veinticinco años hizo nacer la consagración jurisprudencial de la acción de amparo en el área de la protección de las libertades públicas. No sería leal con mis convicciones ni con los destinatarios de esta exposición si pusiera fin a ésta sin destacar tan desconsoladora experiencia”. CARRIÓ, Genaro R: *La Acción de Amparo y otros Remedios Extraordinarios*, EDLA, Año 1982, Nro. 24, p. 7.

<sup>73</sup> Probablemente el mejor ejemplo sea el caso Guillermo Walter Klein, Fallos 308-1489 (1986), un amparo promovido con motivo del allanamiento de un estudio jurídico, seguido de secuestro de documentación, por parte de las comisiones parlamentarias que investigaban presuntas irregularidades en la compra por parte del Estado Nacional de la Compañía Italo-Argentina de Electricidad. La acción había prosperado en las dos instancias anteriores, pero la Corte sostuvo que, al momento de resolver el recurso extraordinario, la cuestión ya era abstracta, pues los documentos secuestrados en su momento por la comisión investigadora ya se encontraban en poder de los jueces de la causa. Recordemos que en un caso sencillo y de gran trascendencia tanto periodística como institucional, la Corte se tomó casi un año para resolver luego de producido el dictamen del Procurador General. Este último está fechado en septiembre de 1985 y el fallo es de agosto del año siguiente. Más allá de la aplicación formal de la doctrina de los casos

regía con todo vigor (Hughes Tool). Tampoco la ampliación de la Corte en 1990 mejoró el panorama pues –como hemos visto- en el primer caso de trascendencia que le tocó resolver (Peralta) la fortuna no acompañó al amparista.

Así es que los convencionales llegaron a Santa Fe sedientos de amparo y encontraron allí un buen oasis donde calmar sus apetitos. Prueba de ello es la gran cantidad de proyectos presentados<sup>74</sup> y su resultado final, el artículo 43. Si el amparo había muerto, logró reencarnarse en un ser superior, la Constitución. Obviamente siempre estuvo en ella, pero la reforma le dio un lugar especial y lo escribió con letras de molde.

No obstante, si bien la Convención había eliminado los obstáculos principales y la acción parecía emerger poderosa de la asamblea constituyente, comenzaban a partir de allí nuevas batallas. De todas ellas me voy a referir a dos: la de la reglamentación legal y la de la competencia con otros procesos urgentes, en particular, con la acción declarativa de inconstitucionalidad.

#### *b.- La falta de reglamentación legal*

Una vez concluida la tarea de la Convención, comienza la del Congreso y con ella el día a día de la política y sus urgencias. Los convencionales trabajan en el mundo las ideas, en tanto que los legisladores enfrentan realidades más cotidianas. Todo ello, sumado a demoras que a esta altura ya no tienen justificación, da como resultado que, a más de 13 años de la reforma, la batalla por la sanción de ley reglamentaria sigue en pie, lo que equivale a decir que permanece vigente la ley (de facto) 16.986, sancionada hace más de 40 años, no obstante su manifiesta incompatibilidad con el régimen establecido en el artículo 43.

---

abstractos, lo cierto es que la Corte evitó pronunciarse en contra de una investigación llevada a cabo por el Congreso, en un caso políticamente comprometido.

<sup>74</sup> Puede vérselos enumerados en SAGÜÉS, Néstor P.: *Acción de Amparo*, 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2007, p. 43, nota 32.



En descargo del Congreso o, mejor dicho, de los legisladores en forma individual, es preciso decir que proyectos de ley reglamentaria no han faltado. Por el contrario, hasta me atrevería a decir que son sobreabundantes. El más reciente y avanzado de todos fue el que obtuvo media sanción de la Cámara de Diputados el 10-05-06<sup>75</sup>, sin perjuicio de otros muchos originados tanto en el Senado<sup>76</sup> como en Diputados<sup>77</sup>. Pero más allá de estos esfuerzos individuales - valiosos sin dudas- lo cierto es que el Congreso, como cuerpo legislativo, todavía se halla en mora en esta materia.

Como consecuencia de ello, los tribunales, y la Corte Suprema en particular, continúan aplicando la ley 16.986 en lo que no ha sido derogada expresamente por el artículo 43. Uno de las cláusulas que permanece vigente es la del plazo de caducidad de 15 días para interponer la acción prevista en el inciso e) del artículo 2, cuya vigencia –bien que en forma implícita- se encargó de ratificar la Corte en un conocido amparo resuelto antes de cumplirse un año de la reforma<sup>78</sup>. Es más, pese a su expresa eliminación por la reforma de 1994, la Corte

---

<sup>75</sup> Elaborado sobre la base de los proyectos de los diputados Vanossi (Exp. 1080-D-06), Rodríguez (Exp. 1435-D-05), Baladrón (Exp. 1025-D-05), Romero (Exp. 906-D-05) y Ferri (Exp. 1921-D-06). Ver Orden del Día 224/06.

<sup>76</sup> En el Senado se presentaron –entre otros- los proyectos de: Carlos S. Menem y Rodolfo C. Barra (Exp. Sen-PE 0104-S-95); Faustino M. Mazzucco (Exp. 1626-S-94); Julio San Millán (Exp. 1021-S-95); Antonio T. Berhongaray (Exp. 0773-S-96); José Genoud (Exp. 1410-S-98); Ricardo Branda (Exp. 0426-S-1999); Eduardo Menem y Jorge R. Yoma (Exp. 0379-S-1999); José Antonio Romero Feris (Exp. 1226-S-2000); Humberto E. Salud (Exp. 0806-S-2001); Ricardo Gómez Díez, Pedro Salvatori y Luz María Sapag (Exp. 1939-S-2006).

<sup>77</sup> En Diputados se presentaron –entre otros- los proyectos de: Elsa Maidana, Jorge O. Folloni y Rodolfo C. Juncosa (Exp. 1270-D-1995); Alberto E. Balestrini (Exp. 1946-D-95); Ricardo F. Molinas, Fernando E. Solanas, Guillermo Estévez Boero, Héctor T. Polino y Alfredo P. Bravo (Exp. 2151-D-95); Héctor T. Polino, Nilda C. Garré, Fernando E. Solanas, Alfredo P. Bravo, Horacio G. Viqueira, Rafael Flores, José A. Vitar, María Cristina Zuccardi, Marcelo E. Vensentini, Darío P. Alessandro y Floreal E. Gorini (Exp. 4575-D-96); Federico Storani (Exp. 5465-D-98); Mario R. Negri (Exp. 1367-D-2000); Manuel J. Baladrón (Exp. 5165-D-2003 y 1025-D-2005); María Silvana Leonelli (Exp. 5741-D-2003); Jorge R. Vanossi (Exp-Dip: 3511-D-2004 y 1080-D-2006); Rosario M. Romero, Juan Manuel Urtubey, Juan Carlos Correa, Juan Manuel Irrazabal y Eduardo De Bernardi (Exp. 0906-D-2005); Marcela V. Rodríguez, María Elena Barbagelata, Gerardo A. Conte Grand, Alejandro O. Filomeno, Susana R. García, Eduardo G. Macaluse, Laura C. Muse, Adrián Pérez y Jorge Rivas (Exp. 1435-D-2005); Inés Pérez Suárez (Exp. 3968-D-2005 y 5969-D-2005).

<sup>78</sup> Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía, Fallos 318-1154 (1995).

alguna vez ha rechazado el amparo invocando la necesidad de agotar la vía administrativa previa<sup>79</sup>.

*c.- La competencia con otros procesos urgentes*

*i.- Planteo*

Cuando la Corte creó el amparo no existía ninguno de los llamados “procesos urgentes”, tan comunes en nuestros días. No se admitía la acción declarativa de inconstitucionalidad, ni menos aún estaban desarrolladas las llamadas medidas cautelares autónomas o autosatisfactivas. Como resultado de ello, en aquel entonces, el amparo competía solamente con los procesos regulares.

En la actualidad la cuestión ha variado. La proliferación de los procesos urgentes obliga al amparo a competir con una serie de vías enderezadas al mismo fin. Pero además, en esta confrontación –cuyo análisis ha efectuado Patricio M. Sammartino en una obra exhaustiva<sup>80</sup>- el amparo acarrea su carácter excepcional y subsidiario, frente a los otros procesos que no lo son.

Todo ello lo pone en desventaja al momento de elegir una vía u otra, especialmente porque la admisión del amparo depende de la apreciación subjetiva de los jueces. Veamos.

*ii.- El problema de la apreciación subjetiva*

Dije más arriba<sup>81</sup> que la jurisprudencia inicial había impuesto al amparo limitaciones naturales o consustanciales a su naturaleza y limitaciones

---

<sup>79</sup> Se trata del caso Neuquén para el Mundo c. Provincia de Neuquén, sentencia del 03-11-98, un caso en el cual la actora reclamaba que le fuera reconocida su carácter de adjudicataria de la zona franca de Zapala.

<sup>80</sup> SAMMARTINO, Patricio Marcelo E.: *Principios Constitucionales del Amparo Administrativo. El Contencioso Constitucional Administrativo Urgente*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 371 y ss.

<sup>81</sup> Ver § 0.

antinaturales. Estas últimas han sido eliminadas, de modo tal que podemos dejarlas de lado. Por el contrario, las primeras continúan vigentes. De todas ellas, la más importante es el carácter excepcional del amparo, establecido originariamente en Cooperativa del Personal de YPF, la cual, como anticipara Carrió, constituye la clave para decidir si existe o no remedio legal adecuado<sup>82</sup>.

Ahora bien el carácter excepcional de amparo tiene dos frentes que deben ser superados para que la acción sea viable: (a) la gravedad del daño y (b) el carácter manifiesto de la ilegitimidad del acto lesivo.

La entidad o gravedad del daño debe ser tal que no pueda ser susceptible de reparación por medio de otra acción. Así lo establece el artículo 43 cuando dice que el amparo será procedente “... siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”. Si bien autores de incuestionable autoridad como Morello, Vallefín y Rivas, han entendido que se trata de una acción principal<sup>83</sup>, lo cierto es que la letra de la Constitución en este punto es clara (por no decir terminante) y por ello la mayoría de la doctrina entiende que se trata de una acción subsidiaria<sup>84</sup>. La Corte, por su lado, en jurisprudencia muy reciente, ha interpretado con carácter estricto el término idóneo al punto que exige acreditar en debida forma la “inoperancia” de las vías procesales ordinarias<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Ver § 0.

<sup>83</sup> Morello y Vallefín sostienen que el amparo es una vía “principal y directa; sin restricciones en la capacidad de maniobra, si se lo emplea razonablemente”. MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN Carlos: *El Amparo. Régimen Procesal*, 3ª edición, Librería Editora Platense, La Plata, 1998, p. 362. Rivas, por su lado, entiende que si la tutela del derecho se puede obtener por igual por medio del proceso ordinario o del amparo, el afectado puede optar entre una u otra vía. RIVAS, Adolfo A.: *El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina*, La Ley 1994-E, p. 1330, esp. p. 1334.

<sup>84</sup> Entre otros: Sagües, acción de Amparo, cit. en nota 74, p. 174; BIDART CAMPOS, Germán J.: *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997, T.II, p. 378; Gelli, María Angélica: *La silueta del amparo después de la reforma constitucional*, La Ley 1995-E, p. 978, esp. p. 982; Sammartino, Principios Constitucionales del Amparo Administrativo, cit. en nota 80, p. 351. Coincide con esta opinión Fabián Canda. Ver sus trabajos en coautoría con Patricio Sammartino citados por éste último, en p. 351, nota 21.

<sup>85</sup> En el caso María c. Instituto de Obras Social de la Provincia de Entre Ríos, M.2648.XLI; 30-10-2007, la Corte ha dicho: “ ... la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias ... y quien solicita tal protección judicial ha de acreditar en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el

También es un requisito expreso en el artículo 43, el carácter manifiesto de la restricción: *“Toda persona puede interponer acción ... de amparo ... contra todo acto u omisión ... que ... lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta ...”*.

En síntesis, la reforma de 1994 ha confirmado el carácter excepcional del amparo establecido por la Corte en 1959, pero lo más importante de ello es que los dos parámetros para medirlo son de apreciación tan subjetiva, como lo han sido siempre.

### *iii.- La competencia con la acción declarativa*

De todos los procesos con los cuales compite hoy día el amparo, el más notable, por sus efectos, es la acción declarativa de inconstitucionalidad, que ofrece numerosas ventajas frente a la antigua acción nacida en Siri<sup>86</sup>. La principal de todas ellas es que la admisibilidad de la acción declarativa no está sujeta a un criterio de apreciación subjetivo. A diferencia del amparo, aquella depende mucho menos de las convicciones personales y prejuicios del juez. Dicho en términos schumpeterianos<sup>87</sup>, la acción declarativa no está tan expuesta a la “ideología” del juez que el amparo.

El amparo exige un análisis previo sobre la ausencia de remedio judicial más idóneo; luego se entra al fondo para analizar la inconstitucionalidad de la

---

*perjuicio invocado ... [pues] 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”*.

<sup>86</sup> Prueba de ello es el uso continuo y creciente de la misma, al punto que la propia Corte ha decidido ponerle frenos en el marco de su competencia originaria. Sobre el particular ver BIANCHI, Alberto B.: *Alcances actuales de la competencia originaria originaria de la Corte Suprema*, Jurisprudencia Argentina, Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema, 07-11-07.

<sup>87</sup> “... el ... observador analista es producto de un determinado ambiente social –y de su situación personal en ese ambiente- que le condiciona para ver unas cosas y no otras y para verlas bajo una luz determinada ... los factores ambientales pueden, además, introducir en un observador un ansia subconsciente de ver las cosas bajo una luz determinada. Lo cual nos lleva al problema de la tendenciosidad en el análisis científico”. SCHUMPETER, Joseph A.: *Historia del Análisis Económico*, versión española de Manuel Sacristán, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, p. 70.

restricción, pero de existir, es preciso además que ésta sea manifiesta. Por el contrario, la acción declarativa no está sujeta a análisis previo alguno y su éxito depende de las convicciones del juez sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, sin tener que probar su carácter manifiesto.

Si a ello le agregamos (a) que la apelación de las medidas cautelares en la acción declarativa tiene sólo efectos devolutivos, (b) que en ellas se admite también la legitimación colectiva y (c) que su inicio no está sujeto a un breve plazo de caducidad, tenemos un panorama ampliamente desfavorable para el amparo solamente compensado por éste con un factor económico: se trata de un proceso de monto indeterminado, lo cual tiene influencia decisiva en la tasa de justicia y en las costas.

## **6.- Paradojas y conclusiones**

Dos paradojas son irremediablemente mencionables cuando se habla el amparo. La primera es que vio la luz durante un gobierno *de facto*, cuando lo esperable era que su gestación tuviera como marco uno *de iure*. Pero más significativo aún, es que otro gobierno *de facto* dictó, hace más de 40 años, la ley reglamentaria del amparo y el Congreso, en casi un cuarto de siglo de vida constitucional ininterrumpida, y con una reforma constitucional de por medio, no ha podido aún suplantarse esa ley por otra mejor.

Paradojas aparte, el análisis histórico del amparo presenta la típica y ancestral tensión entre autoridad y libertad, que abarca en esencia toda la vida política. En esta lucha, como dije, el amparo ha tenido limitaciones naturales (las que surgen de su carácter excepcional) y antinaturales (las que le fueron impuestas en contra de su propia esencia de garantía constitucional). Desprendido de estas últimas, en la actualidad la lucha continúa en dos frentes:

(a) la inercia del Congreso y (b) el acento que pone la Corte en su carácter excepcional<sup>88</sup>, el cual contribuye eficazmente a acentuar sus desventajas con otros remedios análogos.

---

<sup>88</sup> Una de sus expresiones más recientes es el caso María c. Instituto de Obras Social de la Provincia de Entre Ríos, citado en nota 85.

