

Amparo ¿necesidad de regulación legal?

A pesar que el tema bajo el interrogante de necesidad de la regulación legal hace pensar en el futuro (el legislador y su actuación, en lo que va a venir), la exposición se va a basar en una mirada histórica de lo que ha ocurrido en el amparo y en concreto en lo que hace a la necesidad o no de regulación legal.

Recordaré que Siri y Kot fueron los casos iniciales de la CSJN en cuanto a esta institución hoy constitucionalizada. Nacida en 1957/8, la vida jurisprudencial del amparo en el ámbito federal se prolongó hasta 1966, año en que se dictó la Ley 16.986.

En la Provincia de Buenos Aires, la vida jurisprudencial fue ligeramente menor, pues se desarrolló entre 1957 a 1965 en que la legislatura del gobierno democrático sancionó la ley 7166 que con algunas modificaciones continúa aún vigente.

Pero, qué ocurrió en el país durante 1957, 1958 y 1966?. Como lo testimonian los documentos aparecidos en las revistas jurídicas *Jurisprudencia Argentina* y *La Ley*, en esa época surgió un interrogante idéntico al actual ¿Es necesario o no reglamentar el amparo?.

La historia tiene que servir al menos para no cometer los errores del pasado, y simplemente voy a recordar lo que fue un interesantísimo debate. Hombres de la talla intelectual y ética por cierto, tales como Genaro Carrió, Alfredo Orgaz y Segundo Linares Quintana discutieron a través de las páginas de esas revistas la conveniencia o no de un nuevo régimen en este caso legal del amparo.

Como ocurre habitualmente en los debates surgen dos posiciones extremas y, casi por fuerza de necesidad, una posición intermedia. Las posiciones extremas pueden sintetizarse mas o menos de este modo: el amparo había nacido jurisprudencialmente, los jueces le habían dado vida de modo que no era menester ni necesario una nueva reglamentación, además de la que paso a paso le iban dando los jueces con sus pronunciamientos.

En el otro extremo -y sobre el hoy conocido argumento de la seguridad jurídica- se fundó la necesidad de reglar íntegramente el instituto en todos sus aspectos, aquellos relacionados con la procedencia o improcedencia y los relativos al régimen procesal.

Surgió también una postura intermedia que tuvo entre sus mentores a Carrió que consideró que lo conveniente era simplemente otorgarle al amparo una reglamentación tan sólo en los aspectos procesales, es decir, unificar aquellos que la vida jurisprudencial del amparo mostraba en discordancia.

Por ello, sobre la base del conocido dicho de que en cada juzgado hay un código distinto -o mucho mas grave- en cada secretaría, puede decirse que cada tribunal aplicaba en su época y a su modo la regulación procesal ausente. Entonces, en uno, la demanda debía tener los requisitos del juicio ordinario, en otro del sumario; en otro el número de testigos era de cinco, en otro de tres; en unos se daba traslado por cinco días en otro se reducía a tres; el plazo para la apelación era de cinco días; se concedía libremente, o en relación. Es decir se daba una situación realmente caótica en cuanto a los aspectos procesales.

De este modo dijeron algunos que era necesario unificar estos aspectos. Pero no los sustanciales. No ceder a la tentación de reglar las condiciones de admisibilidad del amparo; mucho menos, definir cuándo procedería, como si fuera posible definir la arbitrariedad.

La aún hoy vigente ley 48 con sus artículos 14 y 15 -que regla el instrumento mas importante que tiene la CSJN para mantener la supremacía constitucional- ha resistido todos los embates e intentos de modificación (salvo el ligerísimo y ya con vida jurisprudencial del artículo 280 del CPCCN). Pero lo cierto es que hubo intentos de definir la arbitrariedad para que se supiera cuándo la Corte iba a intervenir y esto no se concretó. Afortunadamente, para el recurso extraordinario y desafortunadamente para el amparo, en el que la tesis mas extrema –la regulación de los aspectos procesales y sustanciales- triunfó. Se establecieron entonces en la ley 16.986 las condiciones sustanciales y procesales.

Un pequeño dato sociológico: la ley de amparo sancionada en un gobierno de facto ¿habrá querido ampliar... limitar... consagrar la seguridad jurídica....?

Allí la ley 16.986 comenzó su vida en esta segunda etapa biográfica del amparo que se desarrolla hasta 1994 con la sanción del texto constitucional en su artículo 43 y dos años después en la Constitución de la Ciudad en su artículo 14.

Qué hizo en síntesis la ley: restringió. Brindó una enorme posibilidad a los tribunales para limitar la amplitud que tenía el amparo. Baste recordar: el amparo no será admisible cuando exista otra vía judicial o cuando existan remedios administrativos que permitan obtener la tutela del derecho que se dice vulnerado.

Recordemos la jurisprudencia de la Corte, supongamos la decisión de la Administración de revocar un beneficio de pensión que tiene carácter alimentario. Hay un perjuicio evidente en quien es notificado de este acto del poder público. Frente a esta decisión....

Cito casi textualmente la jurisprudencia de la Corte: la mera interposición de un recurso en sede administrativa obsta a la admisibilidad del amparo. Esto forma parte del pasado, según el texto constitucional del artículo 43, en la Ciudad de Buenos Aires porque las vías administrativas ya no constituyen un requisito para su admisibilidad pero constituyeron una buena parte de su historia.

Cuál fue el motivo, o uno de ellos: la consagración legislativa. Fueron esos mismo jueces que aplicaron ese criterio que lo morigeraron. Dijeron: no es un juicio de existencia el que se debe formular para determinar si el amparo es admisible. Siempre, absolutamente siempre, a la luz del principio consagrado ya unas cuantas décadas atrás en Fernández Arias, todos los actos administrativos están sujetos a una revisión judicial suficiente. Todos los actos administrativos son susceptibles de algún recurso, que aunque estuviera ausente en la legislación administrativa, debe suponerse que el poder administrador tiene facultades para revisar, frente al pedido del particular. Es decir que el recurso de reconsideración o revocatoria no necesitaría, en buenos principios, una consagración legislativa.

Fueron los jueces que dijeron: no es un juicio de existencia –ya que esas vías administrativas o judiciales siempre existirán-, sino un juicio de eficacia el que se debe formular. Analizar si esos remedios, aún existiendo, permiten una tutela eficaz para el caso concreto.

Los jueces que lo aplicaron a rajatabla, en un principio por haber sido establecido en la ley, fueron los mismos que luego lo morigeraron.

La Ciudad de Buenos Aires ha podido desembarazarse de esta ley 16.986 con este pasado. ¿Será necesario aplicarla o será conveniente mantener la autonomía en todo el sentido y vivir la vida del amparo interpretando y reinterpretando el texto del artículo 14?

Si uno examina rápidamente las constituciones y -apelando a una clasificación muy poco académica- me atrevería a decir que existen constituciones parcas y verborricas. Un ejemplo de las primeras era nuestra Constitución originaria de 1853-

1860, pocas palabras (como el modelo norteamericano). El derecho público provincial muestra constituciones más verborrágicas con más derechos, con más desarrollos. La preferencia personal, muy escondida, es por las constituciones parcas, pero las otras, ¿están o no están justificadas?.

Más allá de los pruritos por la mayor o menor habilidad del constituyente para formularlos se esconde quizás en ellas la idea de la desconfianza en el legislador. Algo así -también muy poco académico- como “aprovechemos ahora para que quede en la Constitución, pues va a costar mucho más borrarlo.”

Y es así que examinando el derecho público provincial contemporáneamente con la reforma de una constitución, en la de Salta aparece el artículo 87 con un extensísimo texto. Por ejemplo dice que es inadmisibles la recusación, que la sentencia se dictará en cinco días, que el recurso se interpondrá en tres días... Esto en una Constitución?

El pesimismo iba avanzando con la lectura del texto y encontré una frase final que lo borraba – así como los malos pensamientos respecto de la habilidad del constituyente salteño- pues decía: serán nulas, de nulidad absoluta, todas las reglamentaciones legislativas y administrativas del amparo. Es decir regló, pero vedó la tentación de que el legislador limitara con una futura reglamentación el amparo.

El artículo 14 de la CCABA, si bien en un escalón por debajo en cuanto al alcance y a la reglamentación que le asigno, sigue esa tendencia. Es posible entonces, en unos desarrollos adicionales que ahora efectuaré, generar una estructura autónoma e independiente de la ley. Qué quiero señalar: el derecho público provincial como hoy anunciaban al inicio de la presentación de la jornada tiene una larga historia en el país, a veces desconocida –y aquí quiero hacer un recordatorio de muchas instituciones: el Consejo de la Magistratura, el Defensor del Pueblo, la legitimación amplia en el amparo. Eran esas cosas se decía – desde los congresos de esta Ciudad- consagradas en el derecho público provincial, un catálogo de ilusiones –como un prestigioso hombre del derecho público provincial, Pedro Frías decía. Y no generaban mayor atención en los círculos altos o serios de la academia del derecho.

Fue cuando se incorporan a la Constitución Federal estas instituciones que comienza la preocupación. Lejanísimos artículos de la década del 70 de Sagüés respecto de la Escuela de la Magistratura eran vistos casi como un experimento que en el modelo de Constitución argentina no tenían cabida. Toda esa historia del derecho público provincial puede ser aprovechada en una Ciudad que ahora tiene rango casi equivalente al de provincia.

Y ha avanzado por cierto mucho más que en su larga historia del resto del derecho público provincial. Y es posible desentenderse -incluso- de la jurisprudencia federal, porque en materia de garantías, la Constitución Federal es un piso y nunca un techo. El derecho público de la Ciudad Autónoma puede avanzar todo lo que quiera, en tanto supere ese piso mínimo de garantías establecido por artículo 43 y por la jurisprudencia.

Permítanme recordarles una experiencia que vivimos en la Provincia de Buenos Aires: la ley de amparo federal establecía – establece hoy en la letra pero no a la luz del principio de supremacía- que era inadmisibles la declaración de inconstitucionalidad de la ley, norma u ordenanza en que se fundase el acto u omisión lesiva.

Esta norma consagrada en el artículo dos, no existe en el texto de la ley de la provincia de Buenos Aires. Qué ocurrió en una equivocada concepción del principio de supremacía y seguimiento de la jurisprudencia de la Corte. Los jueces locales siguieron este principio que no estaban obligados a seguir porque su ley no lo contemplaba, su régimen era más amplio y este debate era introducido sin necesidad en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

De manera tal y recordando una idea difundida en el derecho norteamericano: las provincias, los Estados pueden ser los laboratorios de experimentación de las instituciones. La ampliación de la legitimación, un amparo no sujeto a las restricciones habituales que el derecho federal todavía le sigue otorgando, el reconocimiento amplio de los derechos sociales, etc. son ámbitos en que el derecho público provincial puede moverse sin ataduras.

La jurisprudencia de la Corte de los EU, cada vez mas conservadora y cada vez restringiendo en mayor medida el acceso a los tribunales, no encuentra seguimiento en tribunales liberales como los de California o Massachussets y cuentan con la aprobación aún de aquellos críticos, porque tan importante es la interpretación que hace la Corte de las normas federales, como la que efectúan los propios estados locales de las suyas.

Es decir la idea de que el derecho federal constituye el piso y no el techo puede ampliar las posibilidades, como de hecho está sucediendo, -basta la lectura de los pronunciamiento de los tribunales- en el derecho de esta Ciudad.

Solamente para trazar unas ideas finales y a modo de conclusión. El interrogante ¿cómo debería ser respondido?. En mi criterio, debería serlo en sentido negativo.

No es necesaria la consagración legislativa del amparo en la Ciudad de Buenos Aires.

Pensaba en la presencia –y esto motivaba mi reflexión- de un legislador en esta mesa y me anticipaba en una eventual observación, pues parece un poco irrespetuoso, irreverente respecto de la competencia del Poder Legislativo, ya que parece que la actividad de los jueces garantizara más que la de los legisladores.

Ello no es así, o, sería muy apresurado pensar de ese modo. El único juicio que formulo es el de la experiencia histórica: la ley se dictó para restringir. Doy, otro ejemplo histórico: 22 de agosto de 1994, sanción de la Constitución Nacional, artículo 43 incluido; septiembre de 1994: proyecto del Poder Ejecutivo en materia de amparo. Mi calificación de ese proyecto: derogatorio del artículo 43. Algo así como si lo que si la cláusula constitucional fuera una suerte de instrumento para calmar las ansiedades de quienes querían llevarlo al rango constitucional: total siempre está el instrumento legislativo para restringir.

Con esta idea pesimista de la legislación, lo conveniente sería no ceder a la tentación de legislarlo. Pero, si buenos propósitos o la buena voluntad de hacerlo triunfase, a mi juicio, sería necesaria una legislación mínima. Algo así como que el amparo tramitará según las reglas del CPCC vigente que establezca el trámite mas breve.

Pero sin llegar a este extremo, es importante no consagrar un auténtico código del amparo. Si el derecho comparado – aún dentro del ámbito provincial de nuestro país sirve de experiencia-, aquí nos ofrece un nuevo elemento para juzgar el comportamiento futuro.

El padre del amparo en América es México que tiene un auténtico código del amparo que llega hasta los 200 y tantos artículos, y el debate actual allí es retirarse de esa reglamentación engorrosa codificada y consagrar un estatuto legislativo breve y que permita un amparo dinámico y eficaz.

No caer en la tentación de una reglamentación extensa. Quizás el único punto en que pudiera haber no ya la conveniencia sino la necesidad de la reglamentación del aparato sería en el amparo colectivo.

En definitiva, si el amparo pudo nacer jurisprudencialmente no es poco aventurado sostener que podrá vivir sin el auxilio del legislador y pretorianamente como en sus inicios en la década del 50 y mediados de los 60.

Respuesta a la preguntas del público

Sintéticamente, en qué aspectos piensa que debería regularse el amparo colectivo.

En general, se tiende a reglar los aspectos relacionados con la legitimación, con la litispendencia y la contracara de la legitimación, que es la cosa juzgada.

Con relación a la legitimación normalmente el punto se subdivide en tres tendencias: aquella que legitima a los individuos, la que suma a las asociaciones y la tercera que suma a una suerte de legitimación Estatal (Ministerio Público o Fiscal de Estado, etc.)

La litispendencia, porque el amparo colectivo choca a veces con amparos deducidos en otros sitios y con la posibilidad de que haya sentencias o pronunciamientos contradictorios, entonces un régimen tal que haga que los amparos no tramiten en distintas jurisdicciones, sino que se unifiquen y que no se nos enrostre, cuando se intenta la protección, que “nos ordenan cosas distintas, diferentes jueces federales y no sabemos a quien cumplir” como pasó con el rebalanceo telefónico.

Para que no haya dudas, este instituto de la litispendencia debe reglarse y así en otras legislaciones se hace.

Y finalmente la cosa juzgada, es decir, qué resultado arroja cuando la demanda es desestimada y cuando es desestimada por cuestiones formales.

Otro capítulo vinculado con este, es dejar a salvo las acciones individuales que podrían proponer los particulares; porque un argumento para desarmar la legitimación colectiva es que venga cada uno porque a cada uno le afecta.

En general, uno de los argumentos para que se acepte la legitimación colectiva es que el daño es tan pequeño –como diría Calamandrei, son dosis tan homeopáticas de injusticia-, que nadie litigaría por eso. Entonces, reconocido el derecho en pronunciamiento pasado en autoridad de cosa juzgada, el daño puede ser distinto.

Un ejemplo en la Ciudad puede ser el gran corte de luz. Un pronunciamiento que establezca si existió o no la responsabilidad del Estado o del concesionario que presta el servicio, sin perjuicio del derecho que le asiste a cada uno de los particulares afectados por la cuantificación del daño.