

El amparo como vía preferencial para la exigencia de los derechos sociales.

Por *Federico Saggese*.

“Resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral; es un deber para con la sociedad, porque ésta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general”. Von Ihering, Rudolf¹.

INTRODUCCIÓN:

Razones de tiempo y prudencia nos obligan a abordar en esta ponencia sólo algunos aspectos puntuales respecto de la relación entre el canal procesal del amparo y la exigibilidad judicial de los derechos sociales en el régimen institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En tal idea, nos abocaremos principalmente al análisis de la pertinencia de la vía –en sí misma considerada y en relación con otros institutos procesales–; los derechos objeto de protección y la calidad de los sujetos intervinientes de acuerdo al actual esquema constitucional local. Decididamente, no abundaremos –dado el escaso tiempo previsto para nuestras palabras– en citas jurisprudenciales puntuales ni en análisis de fallos. En todo caso intentaremos plantear –o recordar– algunos debates que no por ausentes resultan carentes de importancia.

Entendemos que toda esta exposición estará teñida –sin dudas– por la ideología expresada en las normas constitucionales, puesto que resulta claro el compromiso y la toma de posición progresista de la Carta Fundamental porteña en pos de la defensa y garantía de los derechos fundamentales de sus habitantes,

¹ VON IHERING, RUDOLF, *La lucha por el derecho*, Ediciones Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1971, p. 30.

particularmente en razón de lo dispuesto en el Título segundo del Libro primero de su texto².

Para proceder a tal tarea –creemos preciso remarcarlo al inicio de este coloquio– partiremos de algunas premisas elementales sobre las cuales –de más está decirlo– no resultaría oportuno discurrir aquí. Así entendemos que:

- 1) La pobreza extrema –y/o estructural– constituye en sí misma una violación de los derechos humanos³.
- 2) En nuestro país existe una “injusticia básica” del sistema de justicia consistente en que los pobres no pueden exigir válidamente la efectividad de sus derechos dentro del marco institucional. Ello así –entre otras razones– porque, primero, los procedimientos de la justicia ordinaria no están a su alcance (debido a razones principalmente económicas); y luego, porque la pretendida “neutralidad” del sistema mismo, favorece a quienes tienen recursos al no dar un trato preferente a los que no los poseen⁴.
- 3) Estas cuestiones, si bien se ven un tanto atemperadas en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, atento al particular carácter de su constitución; no escapan al marco general de un país que posee aproximadamente a la mitad de su población en condiciones de pobreza⁵.

² Ver al respecto *Jurisprudencia Argentina*, 2007-III, Número Especial, “Derechos sociales en la ciudad autónoma de Buenos Aires”, artículos varios. Asimismo, GARGARELLA, ROBERTO, “Una esperanza menos. Los derechos sociales según la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires”, *JA*, supl. del 25-X-2006.

³ Para un más amplio desarrollo de estas nociones, puede consultarse la obra de GARGARELLA, ROBERTO, *El derecho a resistir el derecho*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2005, pp. 14 y ss. El autor analiza allí –bien que desde otro ángulo distinto– la situación de “alienación legal” en que se encuentran los grupos poblacionales más marginados de nuestro país. Asimismo. Cfr. CANÇADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”, en *Lecciones y Ensayos*, 1997/98 – 69/70/71, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 80.

⁴ Ver al respecto, LAMAITRE RIPOLL, JULIETA, “El coronel si tiene quien le escriba: La protección judicial del derecho al mínimo vital en colombia”, en *SELA 2005, Derecho y Pobreza*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2006, p. 56.

⁵ La existencia de niveles de pobreza extrema, ha sido asimismo reconocida por el propio Estado Nacional, cfr. considerandos del Decreto nº 565/02. Nos referimos con mayor detalle a estas

El amparo: ¿vía principal o subsidiaria?

En estos días, en que casualmente se cumplirán los 50 años del amparo⁶, conviene iniciar nuestro segmento recordando ciertas palabras que expresara un gran jurista argentino, en ocasión de celebrarse el 25 aniversario del amparo: Sin esconder su angustia por “la dolida crónica de una abrumadora secuencia de frustraciones”⁷, CARRIÓ nos advirtió tempranamente sobre la tendencia “inefectiva” del amparo en nuestro país, y su desvío conceptual.

En ese eje, resulta necesario efectuar una diferenciación entre “remedios extraordinarios” y “vías especiales de protección”.respecto de las ordinarias o “vías comunes”. Todas están encaminadas –en definitiva– a proteger derechos constitucionales, puesto que todos los derechos que consagra el orden jurídico positivo tienen apoyo –mediato o inmediato– en la norma suprema. Pero como ha dicho el autor citado, “eso no cancela la distinción entre vías ordinarias y extraordinarias de tutela de los mismos, sino que por el contrario, la deja abierta”.

Es claro que la acción de amparo es un remedio extraordinario⁸, o excepcional. Basta para ello atender al texto del artículo 43 de la CN y a su par el 14 de la CCABA. Pero no por ello debemos desconocer que no es el único. Existen por el contrario numerosos casos de remedios extraordinarios en nuestro derecho. Y aún más, coincidimos en esto plenamente con Carrió: “no hay entre nosotros derecho más vigorosamente tutelado por los remedios extraordinarios *lato sensu* que el derecho de propiedad (arts. 14 y 17 Constitución Nacional)”. Esto surge palmariamente a poco que se consideren los arts. 2469 y 2470 del Código Civil –acciones posesorias– o bien las numerosas disposiciones

cuestiones en nuestra tesina final de postgrado, “El derecho a un nivel de vida adecuado y su exigibilidad en el Derecho Administrativo”, en etapa de aprobación.

⁶ A contar desde el por todos conocido caso “Siri”, resuelto por nuestra CSJN el 27-XII-1957.

⁷ Cfr. CARRIÓ, GENARO R., “La acción de amparo y otros remedios extraordinarios”, en *EDLA*, 1982-1048.

⁸ Tal como lo explica Carrió, fue instituido con la idea de proporcionar una protección rápida y eficaz a las restantes libertades constitucionales –que no fueran la libertad física y ambulatoria– cuando los remedios comunes u ordinarios resultaran insuficientes a tales fines. Cfr. CARRIÓ, GENARO R., op. cit.

correlativas contenidas en los códigos procesales. Todos ellos son remedios extraordinarios y sumarios.

Asimismo debe notarse que las medidas cautelares –en sentido lato, remedios extraordinarios– tienen por principal objeto de protección los derechos de contenido patrimonial. O cuál es sino el sentido del embargo preventivo, del secuestro, de la intervención judicial, de la inhibición general de bienes, de la anotación de la litis, de la prohibición de contratar e incluso de la prohibición de innovar.

Si a ello le sumamos la tradicional interpretación de la Corte acerca del contenido conceptual de la propiedad⁹ podemos decir, sin temor a equivocarnos que los derechos patrimoniales gozan de una protección extraordinaria en nuestro sistema normativo, una verdadera “posición de privilegio en lo que concierne a su prontitud y eficacia de su tutela jurisdiccional”¹⁰.

Pues bien, de la otra parte –y esto resulta clave– nuestro ordenamiento jurídico ostenta un curioso vacío legal en lo que hace a la creación e institucionalización de garantías y medidas judiciales para la procura y satisfacción de los denominados DESC (derechos económicos, sociales y culturales)¹¹. Esto nos lleva a la conclusión –compartida con cierta minoría doctrinaria– de que pese a la inexistencia de argumentos lógicos, deónticos y positivos que impliquen una menor exigibilidad de los derechos sociales respecto de los derechos civiles y políticos, tanto en las normas como en la práctica institucional argentina continúa rigiendo un “modelo de derecho privado clásico”, en abierta contradicción con el

⁹ Cfr. CSJN *in re* “Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital”, sentencia del 01/01/1925; Fallos: 145: 307. Allí nuestro máximo Tribunal expresó que el “sentido constitucional” de la propiedad tal cual “... se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad; por lo que los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien público (derecho a una sepultura), o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, luz eléctrica, explotación de canales. etc., etc.), se encuentran tan protegidas por las garantías constitucionales consagradas por los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio”.

¹⁰ Cfr. CARRIÓ, GENARO R., *op. cit.* p. 1052.

¹¹ Cfr. ABRAMOVICH, VICTOR-COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 130 y ss.

“modelo de derecho social” que ha sido instaurado –o profundizado, según nuestro parecer– con la reforma constitucional de 1994¹².

Por lo demás, existen ciertas obligaciones genéricas del Estado en el plano internacional en relación a los DESC. Así, por imperio del artículo 2.1 del PIDESC, como de las distintas Observaciones Generales emanadas del ComitéDESC y de los Principios de Maastrich y Limburgo, como mínimo resultan exigibles elementos básicos de cada uno de los derechos esenciales de las personas.

En el plano internacional también se han venido discutiendo tácticas para la protección de estos derechos, como asimismo de todos los derechos sociales considerados de manera interconectada. En este sentido, cabe destacar la tendencia de cierta doctrina y jurisprudencia comparada de acudir –entre otras vías–, a la denominada “estrategia del nivel mínimo”. Ella deriva, principalmente de lo expresado en los Principios de Limburgo nro. 25 y 9 de Maastrich¹³ y ha sido de recibo, entre otros tribunales, por la Corte Constitucional de Colombia.

¹² Idem, pp. 50 y ss. Allí los autores postulan la incorporación de este nuevo modelo como una corrección de las disfunciones estructurales del modelo clásico –concebido como una mera regulación jurídica de los presupuestos y prescripciones de la economía política clásica–, a partir de una nueva interpretación del “contrato social” y del rol del Estado y la sociedad en su nexa con los individuos. Nuestro “bloque de constitucionalidad” actual no deja margen de duda al respecto. Así, al decir de Gianibelli-Zas, las normas incorporadas por el constituyente de 1994, integradas dinámicamente con el texto constitucional anterior, permiten conceptuar en la esfera del Constitucionalismo Social Argentino, siete principios fundamentales: el principio de protección del trabajador (art. 14 bis, C.N.); el principio de justicia social (art. 75 inc. 19 CN y Preámbulo); el principio de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana (arts. 75 inc. 22 CN; 29, inc. b CADH, 5.2 PIDESC; 5.2 PIDCyP; 23 CETFDM; 41 CDN); el principio de irreversibilidad de los derechos humanos sociales (art. 33 CN); principio de progresividad (arts. 75 incs. 22 y 23 CN; 2.1 PIDESC; 26 CADH); el principio de igualdad sustancial (art. 75 inc. 23 CN); y el principio de no discriminación (arts. 14 bis, 16, 75 incs. 22 y 23 CN; 2.1 y 7 DUDH; II DAD; 2.2 PIDESCM 2.1 y 24.1 PIDCyP; 5 y cctes. CIETFDR; 1, 11 y cctes, CETFDMM 2, 26 y cctes. CDN). Cfr. GIANIBELLI, GUILLERMO – ZAS, OSCAR, “Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales”, en *Contextos. Revista crítica de Derecho Social*, nº 1, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

¹³ Los “Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales” fueron el producto de una reunión extraordinaria (en 1987) de 29 juristas de reconocida trayectoria internacional y miembros de distintos organismos de aplicación de Convenciones y Tratados, con el objeto de precisar la naturaleza y el alcance de las obligaciones derivadas del citado Pacto. Con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburgo, se reunieron en Maastrich más de 30 expertos internacionales, dando origen a los “Principios de Maastrich sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (1997), con el objeto de contrarrestar el empeoramiento global de las condiciones económicas y sociales de millones de personas en el mundo.

En este sentido, ha dicho el citado Tribunal: “El deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que *existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los ´derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico´* (Principio de Limburgo Nro 25). Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación. Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar ´todas las medidas que sean necesarias, y, hasta el máximo de los recursos disponibles´, por lo cual, si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de estos derechos, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales, por lo cual ´al determinar si se han adoptado las medidas adecuadas para la realización de los derechos reconocidos por el Pacto, se deberá prestar atención a la utilización eficaz y equitativa y la oportunidad de acceder a los recursos disponibles (Principio de Limburgo No 27).´ Conforme a lo anterior, según el Principio de Limburgo No 72, un Estado Parte comete una violación de los derechos económicos, sociales y culturales si, por ejemplo, ´no logra adoptar una medida exigida por el Pacto, no logra remover, a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho, no logra aplicar con rapidez un derecho que el Pacto exige, no logra, intencionalmente, satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada y para cuya satisfacción está capacitado, o adopta una limitación a un derecho reconocido en el Pacto por vías contrarias al mismo´.”¹⁴ (el destacado es nuestro).

Estos datos no pueden pasarse por alto, entonces, cuando hablamos del amparo. Principalmente si retomamos su naturaleza de estricta “garantía”, de último remedio para la efectivización de los derechos. En este sentido, cobra

¹⁴ Cfr. Sentencia C-1489/00, del 2-XI-2000.

relevancia por su claridad lo expresado por LUIGI FERRAJOLI, en cuanto a que en realidad las garantías jurisdiccionales operables ante una “omisión” (violación de un derecho social) deberían ser más eficaces aún que aquellas previstas ante una “comisión” (violación de un derecho de libertad); pues esta última, en rigor, una vez acontecida no puede ser anulada¹⁵. Resulta necesario entonces, considerar la cuestión conforme a las premisas de una realidad dinámica, en permanente fluctuación, y en un contexto político-histórico de graves desigualdades sociales.

Ahora bien, volviendo a lo anterior, este indiscutido carácter “excepcional” o “extraordinario” del amparo, en modo alguno supone que deba ser, necesariamente, residual. Por el contrario, estas características de excepcionalidad se refieren primariamente a una serie de requisitos específicos de admisibilidad y procedencia, que deben manifestarse de manera conjunta¹⁶.

Tal como lo ha expresado calificada doctrina, el amparo es residual para la ley “reglamentarista” 16.986 –que es la que genera conflictos en este punto–, pero no para la Ley Fundamental y, menos aún, para la consagración que de la tutela urgente y sumaria realiza en el texto de 1994¹⁷. Tampoco lo es, claro está, para el régimen institucional de la Ciudad de Buenos Aires (art. 14 CCABA y ley 2.145).

Todos estos apuntes llevan necesariamente a la conclusión parcial de una distorsión en el sentido y finalidad del amparo según su aplicación actual, cuando no de su directa ineficacia y obtuso sobredimensionamiento. Es sabido que hoy el amparo es una vía de utilización cotidiana y que es recibida por la jurisprudencia mayoritaria para la defensa de cualquier tipo de derecho, incluso cuando no se den –o se den de manera muy distorsionada– sus presupuestos de admisibilidad. Por otro lado, salvo honrosas excepciones, es negado de una manera generalizada cuando es instrumento de reclamos de origen social¹⁸.

¹⁵ Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, prólogo a la obra de Abramovich-Courtis, ya citada, p. 11.

¹⁶ Ver al respecto, DIAZ, SILVIA ADRIANA, *Acción de Amparo*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 31.

¹⁷ Cfr. MORELLO-VALLEFIN, *El Amparo, Régimen procesal*, La Plata, LEP, 2000, p. 231.

¹⁸ Resulta paradigmático en tal sentido, lo resuelto por el Supremo Tribunal Federal *in re* “Rodríguez, Karina”, sentencia del 7-III-2006 (publicado en el suplemento de Derecho Administrativo de La Ley del 11-VII-2006, con nota de D’ARGENIO, INÉS, “La zona de reserva de la administración en materia de derechos sociales (II)”, donde pese a mediar un supuesto de incompetencia originaria de la Corte, ésta hizo lugar igualmente al planteo cautelar consistente en ordenar a la

No es razonable aplicar un procedimiento extraordinario a cualquier tipo de derecho, para cualquier tipo de situación, ni respecto de cualquier sujeto de derecho. Sólo un problema extraordinario merece un remedio extraordinario. De otra manera, y en la medida en que se generalice y ordinarice su aplicación, proporcionalmente, aumentará su ineficacia, del mismo modo que sucede con ciertas sustancias medicinales al generar en determinados pacientes una suerte de “acostumbramiento” a los efectos químicos.

A nadie se le ocurriría –por seguir con un ejemplo de la medicina– aplicar un tratamiento de quimioterapia para curar una jaqueca, o recetar poderosos calmantes ante un pequeño corte en la epidermis. Lo mismo sucede en el plano jurídico con la acción de amparo.

Su ejercicio debe ser prudentemente aplicado por los jueces –y aún, por los abogados particulares– so riesgo de perder eficacia ante situaciones críticas.

¿De dónde surge el carácter subsidiario del amparo?

Ahora bien, quienes sostienen la subsidiariedad del amparo basan sus conclusiones en una estricta literalidad del artículo 43 CN “ ... siempre que no exista otro medio judicial más idóneo ...”¹⁹.

Nosotros nos atrevemos a preguntar: ¿es este el verdadero sentido de la norma? ¿Pretende el artículo 43 CN establecer una subsidiariedad general del amparo o bien establecer una funcionalidad selectiva? En todo caso, ¿la subsidiariedad se aplica a la protección de todos los derechos por igual?

Creemos que esta cláusula, en todo caso, ha servido ciertamente para desterrar en forma definitiva el siempre presente obstáculo de la “vía administrativa”, como impedimento para su admisibilidad cuando faltare o se

Provincia de Buenos Aires que provea a los actores los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra necesidades nutricionales básicas y que se realicen controles sobre la evolución de su salud en un plazo de cinco días. El mismo criterio fue reiterado meses después por la misma Corte *in re*, “Quiñone”, sentencia del 11-VII-2006.

¹⁹ Por sólo citar ejemplos, ver SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus en la reforma constitucional”, en *LL*, 1994-D. 1151 y “Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (a propósito de la voluntad del constituyente)”, en *LL*, 1995-d, 1517; SAMMARTINO, PATRICIO MARCELO E., *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, p. 343.

hallare en trámite un pedido ante la Administración Pública. Pero no basta en modo alguno para argumentar el carácter subsidiario del amparo para cualquier caso.

Ha expresado en diversas ocasiones nuestro cimero Tribunal: “La existencia de vías legales para la protección de los derechos presuntamente lesionados excluye, en principio, la admisibilidad de la demanda del amparo, pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes”²⁰. Nuevamente aquí (a través de la contención de la frase “en principio” utilizada por la Corte) nos estamos refiriendo al carácter “excepcional” o “extraordinario” de la tutela sumaria y urgente, pero no a su carácter residual o subsidiario.

Vemos entonces, que no deriva de la Constitución Nacional (ni de la local) la naturaleza limitada y eventual del amparo. Resulta preciso así acudir a otras pautas para encontrar el fundamento de un pretendido carácter subsidiario (o residual) del amparo.

Es aquí entonces, donde deberemos recurrir a datos concretos del caso para diferenciar los supuestos. Ellos serán sin duda: a) la naturaleza de los derechos en juego y; b) la calidad de los sujetos intervinientes.

En este punto resulta relevante anotar que obviamente no es lo mismo que en una acción de este tipo se estén discutiendo derechos básicos y de supervivencia de las personas (como v.g.: la provisión de medicamentos para una familia menesterosa) que derechos de naturaleza patrimonial (como podría ser, v.g.: un congelamiento de los depósitos bancarios). Del mismo modo resulta diferente una pretensión esbozada por una persona individual –y aún más si se halla en una posición de debilidad relativa– que una acción de amparo incoada por una empresa multinacional.

Estas pautas –entre otras– son las que, en definitiva zanjarán en cada caso la “idoneidad de la vía”, puesto que no escapa al más sensato sentido común que no puede predicarse en abstracto una cuestión como ésta. Tan es así

²⁰ Cfr. Fallos: 308: 137, entre muchos otros.

que cierta doctrina ha denominado a este elemento: elemento estructural dinámico del amparo²¹.

Sin pretender extendernos aquí sobre este instituto procesal constitucional, diremos simplemente que participamos de la doctrina que ve en el mismo una garantía de justiciabilidad plena en favor del ciudadano, que originariamente surgió para la protección de los derechos y libertades civiles y que hoy se presenta como apto para la defensa urgente de todos los derechos fundamentales.

En tal sentido, constituye un vía de suma utilidad para la defensa de los derechos sociales, ya sea que la vulneración manifiesta de los mismos provenga de una actividad positiva de las autoridades públicas (v.g.: trato discriminatorio en razón del origen social de las personas) o bien de una omisión (ya sea por inactividad formal o material) siempre que ella produzca una lesión cierta y ostensible sobre la relación jurídica protegida²².

Dicho temperamento condice, además, con lo expresado por la Corte Federal en el sentido de que la existencia de otras vías procesales aptas que harían improcedente el amparo no es postulable en abstracto sino que depende - en cada caso- de la situación concreta de cada demandante y su evaluación es propia del tribunal de grado²³. Por lo cual, “siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar las vías del amparo”²⁴.

Particularmente en casos de extrema urgencia, vinculados a la continuidad misma de la vida humana por cuestiones de salud o nutricionales, o bien cuando se encuentre acabadamente comprometida la dignidad de la existencia (v.g.: casos de residencia en condiciones inhumanas de habitabilidad) entendemos que esta garantía constitucional constituye la única vía idónea para

²¹ Cfr. SAMMARTINO, PATRICIO MARCELO E., *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, p. 354.

²² Cfr. SAMMARTINO, PATRICIO MARCELO E., op. cit., pp. 120 y ss. En el mismo sentido, LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 161, donde considera que el amparo es la vía más idónea para proteger los derechos fundamentales en general.

²³ Cfr. Fallos: 323: 3770.

²⁴ Cfr. CSJN *in re* “Yapura, Gloria Catalina c/ Nuevo Hospital El Milagro y Provincia de Salta”, sentencia del 06-VI-2006.

garantizar en tiempo oportuno el ejercicio del derecho vulnerado. Ya sea por la rapidez de su trámite, como por el hecho de que quien reclama no debe abonar aranceles previos (v.g.: conceptos de tasa de justicia), circunstancia que no resulta menor atento a las condiciones económicas de quienes promueven este tipo de acciones²⁵.

Objeto de protección:

No empece a lo anteriormente expuesto, la circunstancia de que pudieran existir “otros medios judiciales”. En efecto: no desconocemos que se ha sostenido –desde otro ángulo de análisis– que dado que el proceso de amparo mismo ostenta un evidente carácter “excepcional”, debería entenderse como regla que si un acto del Estado causa un agravio a un administrado, éste debe recurrir al remedio jurisdiccional que tiene nuestro sistema jurídico político para cuestionarlo y obtener la reparación de su derecho, es decir, el juicio ordinario, que se debe sustanciar en un proceso regulado por la ley procesal, donde se asegure la garantía de la defensa. Desde esta concepción, la simple falta de idoneidad de las vías principales de enjuiciamiento no debe extraerse solamente de razones de urgencia, pues, para estos casos estarían disponibles las medidas cautelares²⁶.

Sin pretender abundar ni entrar aquí en la interesante discusión que se ha planteado al respecto, consideramos que el alcance derivado del propio artículo 43 CN orienta la cuestión hacia su evaluación en cada caso particular. Así, esta acción deberá ser considerada como una vía principal o subsidiaria –como ya dijimos– según el *standard* bifronte de la naturaleza de los derechos protegidos y la calidad de los sujetos intervinientes. En este sentido, calificada doctrina ha considerado que en el derecho argentino resulta indudable que –en principio– queda excluida la vía del amparo para la protección de derechos exclusivamente patrimoniales si es que –como sucede en la mayoría de las ocasiones– estos

²⁵ Ver art. 14, pár. 4to. *in fine* de la CCABA.

²⁶ Cfr. LUQUI, ROBERTO ENRIQUE, “El amparo y el proceso administrativo”, en *Derecho Procesal Administrativo*, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (homenaje), JUAN CARLOS CASSAGNE (director), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. II., p. 1497.

cuentan con una protección procesal suficiente²⁷. Por el contrario, y en lo que nos interesa aquí, la acción en comentario se muestra como la “más idónea” para la protección urgente e inmediata de los derechos no patrimoniales (o no exclusivamente patrimoniales) y relacionados con la dignidad de la persona humana. Así lo ha reconocido nuestra CSJN, al referirse en varias sentencias a la pertinencia de la vía del amparo para la defensa de los “derechos humanos esenciales”²⁸.

Al respecto, han dicho autores de la talla de SÁNCHEZ VIAMONTE que el amparo es una garantía tendiente a la protección exclusiva de los derechos que forman “la libertad” y de que es sujeto la persona humana porque le son inherentes. “Esos derechos presentan rasgos distintivos y característicos que los distinguen de los derechos patrimoniales, creando así dos estatutos jurídicos diferentes: la libertad y el patrimonio”²⁹. En este sentido, los derechos inherentes a la persona humana presentan características tales como su existencia en función del individuo, su carácter intrínseco, común, inalienable, intransferible, imprescriptible, inexpropiable, inheredable, indelegable y público. Por el contrario – y sin posibilidad de explayarnos aquí acerca de las cualidades ontológicas de ambos tipos de derechos–, los derechos patrimoniales no tienen una vinculación directa con la dignidad humana, ni siquiera con la persona.

Y lo que es aún más relevante, los derechos patrimoniales se hallan –como dijéramos precedentemente con cita de CARRIÓ– suficientemente protegidos por el derecho privado y por la legislación civil, comercial, penal y procesal.

²⁷ Cfr. QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001 (tomo I), p. 584. Dicen allí los autores –acertadamente– que en estos supuestos la vía del amparo funciona en forma excepcional, de modo que para su admisión es de estricta aplicación la doctrina de la CSJN sentada entre otros casos, *in re* “Villar” (1995), Fallos: 318: 178. Desde distintas ópticas, actualmente la doctrina se divide entre quienes postulan el carácter meramente subsidiario del amparo (v.g: SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo”, en *LL*, 1995-D, 1517); o bien su rol directo (v.g: MORELLO, AUGUSTO M.-VALLEFIN, CARLOS A., op. cit., p 362). En una posición intermedia, se muestra BIDART CAMPOS, GERMÁN J. en su *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. VI, p. 312. Allí, este autor proclama como excepción al principio de subsidiariedad del amparo, aquellos supuestos en los que –si bien existen otros medios judiciales– estos resulten *menos aptos* para la tutela inmediata que se debe deparar a los derechos.

²⁸ Cfr. Fallos: 241: 291; 280: 234; 306: 406; entre otros.

²⁹ Cfr, SANCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, voz “Juicio de amparo”.

Coincidimos entonces con SÁNCHEZ VIAMONTE en que, lo que requiere el amparo expeditivo y urgente es la libertad, a la que debemos reconocer una jerarquía ética y democrática inconfundible y superior a toda otra en el ordenamiento jurídico³⁰. Esto resulta claro –de su lado– en materia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puesto que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como Convención Americana de Derechos Humanos son precisas en el sentido de que los derechos humanos son los que conciernen a la libertad, pero no los que conciernen al patrimonio³¹.

De esta forma, se estaría devolviendo el río a su cauce y el instrumento del amparo a su sentido más práctico, esto es, que su utilización no sea ordinarizada para intentar la protección de cualquier derecho, ante cualquier circunstancia que el particular –según su propio criterio o interés– considere “urgente”. Sino que, por el contrario, sea una vía firme y decidida para los derechos y las personas menos protegidas en un tiempo y lugar determinados. En nuestro país, y hoy en día, todos sabemos cuáles son.

Hablemos claro, el amparo es una garantía propiamente dicha, es una acción que pone en movimiento la función jurisdiccional de los jueces en ejercicio de su *imperium*, y como ha expresado el autor que seguimos en este punto: “sólo merece el nombre de garantía la acción con la cual está armada la persona humana cuando se trata de la libertad, y también un ente jurídico cualquiera cuando se trata de la inconstitucionalidad”³². Es una acción protectoria de la libertad, y ése es el significado que debe tener el juicio de amparo.

Recordemos al respecto que –aunque pueda parecer un tanto forzada esta postura, de acuerdo a las actuales tendencias jurisprudenciales– en

³⁰ En este sentido, ha dicho Sánchez Viamonte, que además “... la aplicación del juicio de amparo a los derechos patrimoniales supone suprimir prácticamente la vigencia, unas veces del Código Civil, otras del Código de comercio, y siempre del Código de Procedimientos civiles y comerciales”, Cfr. SANCHEZ VIAMONTE, op. cit.

³¹ Ver al respecto considerando 5to. y art. 17 DUDH y art. 23 CADH. Como expresa el Dr. Sanchez Viamonte –en el artículo ya citado– en todo caso la Declaración reconoce el “*derecho a la propiedad*” (y no el *derecho de propiedad*) en relación con la facilitación y aseguramiento de lo relativo al *ser* y no con el *tener*: el ser es asunto de la persona humana y se vincula con su dignidad; el tener, es asunto del individuo como ente puramente jurídico que se proyecta hacia fuera, sobre las cosas y los bienes.

³² Cfr. SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, op. cit.

el origen mismo de la creación pretoriana del amparo se dio este arduo debate entre los integrantes de nuestra Corte Suprema de Justicia. En aquél momento, dos de los cinco jueces fijaron en su disidencia en el caso “Kot” el deslinde que corresponde efectuar entre el ámbito que pertenece al derecho privado y el que corresponde al derecho público³³.

Así han dicho aquellos notables magistrados –no obstante alguna imprecisión en el vocabulario jurídico– que no todos los derechos de que una persona puede ser titular están incluidos en el concepto jurídico de “garantía constitucional”. Literalmente, han expresado que *“Cuando un particular lesiona el Derecho privado de otro, su acto no es inconstitucional; tampoco vulnera garantías constitucionales, ni es susceptible del amparo que resguarda esas garantías; por el contrario, tratase de un acto ilícito y sujeto a las previsiones de la legislación ordinaria, las que deben efectivizarse de acuerdo con las normas procesales pertinentes, cuyo dictado incumbe privativamente a las provincias”*³⁴.

Desde una posición centrada en la autonomía de la persona como valor fundamental de la concepción liberal de la sociedad, CARLOS NINO ha proclamado la necesidad de atender prioritariamente a la “creación” de esta autonomía por sobre su “ejercicio”. Para este autor, resulta tan necesario la elección como la materialización de los distintos planes de vida, lo cual genera claros conflictos cuando –como en nuestro caso– nos vemos envueltos en un contexto general de escasez. Por lo cual, la satisfacción de las necesidades básicas se encuentra en el comienzo mismo de una promoción efectiva de la

³³ Cfr. votos de los Dres. Oyhanarte y Aráoz de Lamadrid *in re* “Kot”, Fallos: 241: 291. Recordamos que en la sentencia citada, la mayoría del Tribunal entendió reunidas para el caso las condiciones necesarias para la procedencia del amparo puesto que consideró acreditada una “restricción ilegítima” del derecho de propiedad y de la libertad de trabajo.

³⁴ V. cons. 3º, segundo párrafo. Transcribimos asimismo por su simpleza y claridad, lo que dijeron estos jueces en el cons. 9º: “... si algo no puede afirmarse con verdad, es que en el derecho argentino falta una amplia y expeditiva tutela jurisdiccional ofrecida por la ley al dominio y sus atributos. Por consiguiente, siendo innegable que ello existe, ¿por qué razón esencial debería concederse el amparo? La respuesta no parece difícil, ciertamente. El amparo debería concederse no por inexistencia, sino por una supuesta ineficacia de aquella tutela. Y ante esta comprobación se hace forzoso reiterar que al juzgador le está vedado pronunciarse sobre el acierto del Congreso, o de una legislatura, en la elección de los medios que estimó aptos para el logro de los fines legales (Fallos: 153: 111; 181: 264; 196: 295)”.

citada autonomía personal, implicando –de consuno– una tendencia a la mayor participación de los sectores marginados en el proceso democrático³⁵.

No desconocemos tampoco que autores de gran valía han proclamado históricamente la pertinencia del amparo para “todos los derechos” consagrados en forma explícita o implícita en la Constitución³⁶. Sin embargo, nos permitimos disentir con estos grandes autores, en el sentido de que el hecho de que un derecho esté consagrado en la Constitución basta para que se le otorgue protección a través de la vía del amparo.

Es sabido que –en última instancia– absolutamente todos los derechos derivan de la Constitución, ya sea por mención expresa o implícita.

Así llegamos, entonces, a una de las cuestiones centrales que diferencian a los derechos patrimoniales de los derechos fundamentales relacionados con la persona humana. Los derechos patrimoniales son esencialmente fungibles, disponibles, renunciables, intercambiables ... en una palabra: “reparables”. Todos los perjuicios ocasionados por su arbitraria o ilegal vulneración pueden ser acabadamente solventados con la indemnización correspondiente, incluyendo los intereses propios del tiempo transcurrido para ello, así como también el eventual daño moral que pueda haberse generado a su titular. De esta forma lo manifiesta la jurisprudencia general diariamente.

Un inmueble propio es usurpado por un tercero, y tarde o temprano su titular es restituido en el goce e indemnizado de los perjuicios sufridos, contando para ello con innumerables recursos judiciales, incluso sumarísimos, como ya hemos expresado. Lo mismo para el caso de sumas de dinero afectadas por actuaciones de terceros y tantos otros clásicos ejemplos de vulneración de derechos patrimoniales.

Sin embargo, la cuestión es diametralmente opuesta en el campo de los derechos de la personalidad, y más precisamente en el terreno de los derechos sociales de primera necesidad como la alimentación sana, la salud, la

³⁵ Cfr. NINO, CARLOS SANTIAGO, “Autonomía y necesidades básicas”, en DOXA nº 7 (1990), pp. 21-34. Ver asimismo, del autor *Fundamentos de Derecho Constitucional, Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 418 y 706.

³⁶ Por sólo citar algunos, ver MORELLO-VALLEFÍN, op. cit., pp. 23 y 232 y ss; GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, *Amparo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, pp. 296 y ss.

educación y un adecuado nivel de vida. Nada de esto puede ser reparado con posterioridad. El perjuicio reiterado en el tiempo y sus efectos no pueden ser “retrotraídos” por ningún magistrado, por mejor voluntad que tenga. Y ninguna indemnización pecuniaria, por más “integral” que sea, servirá para anular o siquiera modificar los efectos que la violación de estos derechos implica en quienes la padecen.

Pongamos un ejemplo, para graficarlo: imaginemos el más que común supuesto de un menor criado en una villa de emergencia (“villas miseria”). Las carencias que sufra durante su niñez, su mala e insuficiente alimentación, las enfermedades que contraiga directamente o en forma derivada de lo anterior, la educación salteada y mermada por un estomago vacío, la muy probable necesidad familiar de que el menor trabaje (de cualquier forma), entre muchas otras circunstancias muy fácilmente imaginables (u observables, si se quiere), hacen imposible una reparación posterior. Un menor que ha crecido en estas condiciones, por mucho que nos duela, en el mejor de los casos, nunca podrá recuperar las “oportunidades” perdidas, y estará condenado a una marginalidad social indignante para sí y su familia por toda la vida. Sin que ningún remedio institucional –en caso de que en algún momento llegare– pueda revertir tal situación.

El amparo y las “vías ordinarias”.

Más allá de la posibilidad –a veces concretada– de una declaración de inconstitucionalidad de las normas (y omisiones) que lesionen derechos constitucionales o bien de la limitación de su aplicación³⁷, creemos que resulta necesario que cada persona o grupo de personas pueda elegir libremente –según las variadas condiciones del caso– el trámite que le parezca más conveniente a los fines de obtener una satisfacción inmediata de sus necesidades vitales.

Tal es la solución que rige en España, a partir de la ley de jurisdicción contencioso administrativa de 1998, donde cabe también la tutela de

³⁷ Ver al respecto el análisis efectuado por : MORELLO, AUGUSTO M.-VALLEFIN, CARLOS A., op. cit. pp. 149 y ss. y sus citas.

los derechos fundamentales por la vía contencioso-administrativa ordinaria, pudiendo –de todas formas– el administrado “optar” por la vía del amparo y su protección especial³⁸.

Yendo ahora a otra de las objeciones comunes en esta materia, se ha dicho que las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales requieren, al mismo tiempo, satisfacción urgente y amplitud de prueba, por lo que la elección de una vía como la del amparo (y aún el amparo colectivo) se vería en la práctica seriamente comprometida³⁹. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta lo ya mencionado, en el sentido de que en la mayoría de los supuestos, acreditadas determinadas condiciones subjetivas iniciales –principalmente relacionadas con el carácter de la indigencia y la urgencia de las necesidades insatisfechas– la principal carga probatoria recaerá sobre el Estado incumplidor, debiendo el mismo acreditar que la obligación que se le imputa no es tal, o bien, que han mediado en el caso las asignaciones presupuestarias máximas de acuerdo al estado contable del erario y que las políticas públicas en esa dirección diseñadas, permiten la inmediata inclusión del peticionario. Como hemos dicho, estas cuestiones resultarán en la práctica de muy difícil o imposible acreditación –de acuerdo, al menos, a los actuales balances superavitarios–.

Por lo demás, tiene dicho nuestro Supremo Tribunal que “(...) el art. 2º inc. d) de la ley 16.986, no debe ser entendido de manera absoluta, porque ello equivaldría a destruir la esencia misma de la institución que ha sido inspirada con el propósito definido de salvaguardar los derechos sustanciales de la persona, cuando no existe otro remedio eficaz al efecto”⁴⁰.

No existe una norma semejante en el ámbito de la Ciudad Autónoma, aunque los duros términos en que ha sido confeccionado el artículo 5º de la ley 2.145 podrían dar lugar –claramente– a una interpretación restrictiva en

³⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO-RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMÁS, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006. (tomo II), p. 66.

³⁹ Cfr. AAVV, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: un desafío impostergable*, San José de Costa Rica, IIDH, 1999, p. 61.

⁴⁰ Cfr. Fallos: 306: 406, cons. 4º. Recordamos que el art. 2º inc. d) de la ley 16.986 expresa 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 o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas; (...)*”.

materia de admisibilidad del amparo⁴¹. Todo lo cual, resulta notoriamente atemperado –sin embargo– por la posibilidad que se otorga al magistrado de reconducción de la acción “a otro tipo de proceso” (cfr. art. 6º).

Un último punto a este respecto, estaría dado por el denominado plazo de caducidad que prevén tanto la legislación nacional como la ley porteña (art. 4º) para la interposición de la acción de amparo. En relación a ello, digamos brevemente que –más allá de la dudosa supervivencia de tal requisito de admisibilidad de la acción derivada de sendas reformas constitucionales– la cuestión ha sido recientemente relativizada en gran medida por nuestro Címero Tribunal⁴².

Todo lo cual, nos persuade de que la vía del amparo aparece como apta para la tutela inmediata que se debe deparar a los DESC en general⁴³ y aún de que resulta pertinente el planteo de “amparos colectivos” con tales cometidos⁴⁴.

El amparo y las medidas cautelares.

Como expresamos anteriormente, algunos autores sugieren la inadmisibilidad formal del amparo ante situaciones de mera urgencia, puesto que – en todo caso– ella puede resolverse satisfactoriamente mediante la interposición de una medida cautelar dentro de un proceso ordinario.

Ante este planteo, corresponde aclarar que (o reiterar que) incluso estos mismos autores que predicán la excepcionalidad del amparo están de

⁴¹ Dice textualmente el artículo: “*Rechazo in limine: El/la juez/a puede rechazar la acción por auto fundado, sin necesidad de sustanciación alguna, cuando resulte manifiesto que ésta no cumple con los requisitos de admisibilidad de la acción. Dicha resolución debe ser dictada dentro de los dos (2) primeros días de recibido el amparo*”.

⁴² En efecto: la CSJN ha considerado en su sentencia del 7-XI-2006, *in re* “Mosqueda”, (publicado en LL del 5-II-2007, p. 7 con nota de SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “El derecho a la vida y el plazo para interponer la acción de amparo”) que toda vez que se enjuicien arbitrariedades o ilegalidades continuadas debe dejarse de lado “el escollo” prescripto por el art. 2 inc. “e” de la ley 16.986, particularmente cuando se encuentra debatido el derecho a la vida. En contra, ver SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., “El amparo y las cuestiones políticas no justiciables”, en *Derecho Procesal Administrativo*, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (homenaje), JUAN CARLOS CASSAGNE (director), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. II., p. 1550.

⁴³ Particularmente claro en este sentido, se ha mostrado el voto del Dr. Vazquez en la causa “Asociación Benghalensis”, Fallos: 323: 1339 (cons. 7º), una de las pocas oportunidades en que un miembro de la CSJN se ha referido expresamente al “derecho a un nivel de vida adecuado”.

⁴⁴ Cfr. el reciente caso de nuestra Corte Suprema, *in re* “Verbitsky”, Fallos: 328: 1146, sentencia del 3-V-2005. Asimismo, en el caso “Asociación Benghalensis” (Fallos: 323: 1339). Ampliar al respecto en MORELLO, AUGUSTO M.-VALLEFIN, CARLOS A., *op. cit.*, cap. XVII.

acuerdo en que el mismo sería una especie de “remedio heroico”, susceptible de ser utilizado sólo en casos extraordinarios, tanto por su ilicitud, como por su gravedad⁴⁵. Pues bien, ¿qué mayor ilicitud que el no incumplimiento conciente de la constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos que ostentan la misma jerarquía? Asimismo, ¿qué mayor gravedad que la indignidad de familias enteras que se ven inmersos cotidianamente en situaciones de pobreza extrema, viviendo hacinados, en condiciones inhumanas, sin educación, mal alimentados y aún peor vestidos?

Pero aún así, reiteramos nuestra concepción del amparo no como un remedio excepcional, sino como un remedio esencialmente apto para la protección de los derechos fundamentales en general. Como dijimos, desde esta postura –en cualquier caso– la excepcionalidad de esta garantía constitucional solamente debe relacionarse con su aplicación a los derechos patrimoniales.

Sea que la conducta debida por la Administración (y eventualmente por otros poderes públicos) se requiera en el marco de una acción de amparo o bien como medida cautelar en una pretensión procesal administrativa, el carácter de la resolución judicial estará directamente relacionado con el tipo de actuación (u omisión) contra la cual se dirige la petición del particular. De esta manera, en supuestos de actuación ilegítima de las autoridades públicas la decisión judicial deberá consistir en una suspensión de la aplicación del acto o norma involucrados. Por el contrario, si se trata de un caso de omisión ilegítima la medida a disponerse tendrá –inevitablemente– un contenido positivo.

En ambos supuestos, el objeto específico de la solución cautelar dependerá de las condiciones fácticas del caso, y en última instancia, de la voluntad de quien se halle padeciendo una violación grave de derechos.

El amparo y las “vías administrativas”. ¿Es preciso un reclamo administrativo previo cuando se reclaman prestaciones sociales?

⁴⁵ Cfr. LUQUI, ROBERTO ENRIQUE, “El amparo y el proceso administrativo”, en *Derecho Procesal Administrativo*, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (homenaje), JUAN CARLOS CASSAGNE (director), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. II., p. 1498.

Mucho se ha escrito ya sobre el “agotamiento de la vía administrativa” y el “reclamo administrativo previo” en general. Nos ceñiremos aquí –nuevamente– únicamente a los puntos que se relacionan directamente con nuestro objeto de estudio.

Ya nuestra Corte Suprema Federal sostenía –con anterioridad a la última reforma constitucional– que “el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos humanos esenciales acogidos por la Constitución Nacional, frente a la trasgresión que cause grave daño, irreparable en tiempo oportuno, y que exige urgente remedio”⁴⁶; continuando en el considerando siguiente con la afirmación de que siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de esos derechos esenciales de las personas “así como el daño grave e irreparable que causaría la remisión del examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del amparo”⁴⁷.

Como atinadamente se ha dicho, la nueva formulación del artículo 43 de la Constitución no ha incluido como requisito de admisibilidad del amparo la condición de la inexistencia de “otro medio administrativo más idóneo”. Por el contrario, se ha limitado a restringir la improcedencia de este proceso constitucional a la existencia de trámites judiciales, con lo cual se tornaría inconstitucional cualquier exigencia de agotamiento previo de la vía administrativa⁴⁸ aún cuando se lo utilice para cuestionar un acto administrativo⁴⁹.

Entendemos que en el orden federal, si alguna duda quedaba respecto a la necesidad de interponer previamente alguna reclamación administrativa, es claro que el constituyente de 1994 –con la formulación dada al artículo 43– ha

⁴⁶ Cfr. Fallos: 267: 215 y 280:234.

⁴⁷ Fallos: 241: 291; 280: 234, cons. 4º y 306: 406, cons. 4º.

⁴⁸ Cfr. QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *op. cit.*, p. 583.

⁴⁹ Cfr. LUQUI, ROBERTO ENRIQUE, *op. cit.* p. 1503. Este autor, expresa que –en todo caso– el tránsito previo por la vía administrativa sólo sería necesario cuando el acto administrativo cuestionado no produzca efectos inmediatos, carezca de ejecutoriedad, o no sea “definitivo”. Situación que –como es sabido– resulta notablemente anormal.

eliminado tal requisito⁵⁰. De allí, que algunos autores hablen de la directa derogación de los artículos 1 y 2 inciso “a” de la ley 16.986⁵¹.

En este sentido, nuestra Corte Suprema ha sido clara: “el inc. a) del art. 2° de la ley 16.986 -al igual que todas las disposiciones de la Ley de Amparo- debe interpretarse a la luz del art. 43 de la Constitución Nacional reformada, que estableció la procedencia de dicha acción “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”⁵². Y aún ha sostenido reiteradamente el criterio de *in dubio pro actione* como rector en materia contencioso administrativa⁵³.

Por otra parte, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispensado del cumplimiento del agotamiento de los recursos internos a las personas indigentes, con lo cual, y por imperio de los artículos 8 y 25 CADH, el Estado debe asumir positivamente la obligación de remover los obstáculos materiales que obturan el acceso a la justicia por parte de las personas de posiciones socioeconómicas más desprotegidas⁵⁴.

Por sólo citar un ejemplo comparado, en España, la Ley de Jurisdicción de 1998 (arts. 114 y siguientes) ha modificado los antiguos mecanismos diseñados para privilegiar a la Administración en su trato con los particulares. Así, los bienes jurídicos de que la Administración es portadora (v.g.: su necesidad de eficacia, su presunción de legitimidad, la ejecutoriedad de sus

⁵⁰ Cfr. PERRINO, PABLO ESTEBAN, “El régimen del agotamiento de la vía administrativa en la Provincia de Buenos Aires”, en CASSAGNE, JUAN CARLOS-GORDILLO, AGUSTÍN (directores), BOTASSI, CARLOS A. (coordinador), AAVV, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2004, 2ª ed., p. 320.

⁵¹ Cfr. SAMMARTINO, PATRICIO MARCELO E., op. cit. p. 91.

⁵² Cfr. causa “Berkley International A.R.T. S.A. c/ E.N. (M° E. y O.S.P.). dto. 863/98 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 21-XI-2000 (Fallos: 323: 3770). Es de destacar, que la CSJN ya había restado efectos prácticos a la limitación legal de la existencia de vías administrativas, incluso con anterioridad a la reforma constitucional. V.g.: en el caso “Arbonés” –1988– (Fallos: 311:213) donde en el considerando 5º, el Tribunal expresó: “...lo decidido por el a quo acerca de la existencia de otras vías, con sustento en el art. 2 inc. a, de la ley 16.896, padece de un exceso ritual manifiesto y no constituye derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias de la causa”.

⁵³ Así, lo ha expresado el Cíbero Tribunal en Fallos: 311: 214; 300: 152; 292: 392 y 395; 265:94. Particularmente para el caso del amparo, la CSJN ha dicho que: “Debe procurarse el resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio, pues ésta también supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes”.

⁵⁴ Véase, Corte IDH, OC-11/90 del 10-VII-1990, Serie A Nº 11. “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”. Asimismo, ver AAVV, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: un desafío impostergable*, op. cit. p. 131.

decisiones, etc.) han sido subordinados –al menos parcialmente– ante la proclamación de los “derechos fundamentales”, haciendo retroceder –por infundado– el instituto del reclamo administrativo previo⁵⁵. El contenido del amparo, puede –en aquél país– anular el acto administrativo, si lo hay, o bien restablecer al recurrente en la integridad del derecho violado, con la adopción de las medidas apropiadas para su conservación⁵⁶.

Finalmente, y como otro argumento en pos de la demandabilidad directa del Estado en estos casos cabe reflexionar sobre la circunstancia de que en los supuestos en que la Administración incumple mandatos legales prestacionales –y aún constitucionales– opera en la práctica un verdadero supuesto de vía de hecho, el cual por su propia naturaleza excluye la exigencia de una actuación previa ante la propia Administración como requisito de admisibilidad de la pretensión contencioso administrativa.

Afortunadamente, nada de esto tiene relevancia en el orden local, donde el mismo artículo 14, párrafo tercero, explícitamente excluye la exigencia del agotamiento de la vía administrativa como requisito para la procedencia del amparo.

CONCLUSIÓN:

No es lo mismo el “ser” que el “tener”. No puede sostenerse una situación jurídica de privilegio respecto de los derechos patrimoniales en perjuicio de los derechos sociales elementales. Ello desafía toda lógica, toda eficiencia y toda justicia.

Los remedios procesales son una herramienta para la realización de los derechos.

Por ello, en nuestra concepción, el amparo no debe verse meramente como un remedio excepcional, sino como un remedio esencialmente apto para la protección de los derechos fundamentales en general, y particularmente en el caso de los derechos sociales, donde –comúnmente– será

⁵⁵ Ver al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO-RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMÁS, op. cit. p. 65.

⁵⁶ *Idem*, p. 66.

incluso el único. Como dijimos, desde esta postura –en cualquier caso– la excepcionalidad de esta garantía constitucional solamente debe relacionarse con su aplicación a los derechos patrimoniales.

Respecto de estos sí, creemos, el afectado deberá demostrar la “falta de idoneidad” de las vías ordinarias, y sobre todo de las “vías extraordinarias” que ya protegen al derecho de propiedad con particular celo en nuestro derecho.

El amparo destinado a proteger derechos relacionados directamente con la vida y con la dignidad humanas debe ser la vía más rápida, más ágil y más eficiente de todo nuestro sistema jurídico.