

El amparo preferencial

The preferencial legal protection

Dante Alfredo Mirra*

Autor:

Dr. Dante Alfredo Mirra
Universidad Nacional de
Tucumán (UNT).

Recibido: 13/08/2025

Aceptado: 01/10/2025

Citar como:

MIRRA, Dante Alfredo (2025):
“El amparo preferencial”,
*Revista Jurídica de la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales
UNT, Vol. 1, Núm. 1.*

Licencia:

Este trabajo se comparte bajo la
licencia de Atribución-
NoComercial-CompartirIgual
4.0 Internacional de Creative
Commons (CC BY-NCSA 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



Resumen: La historia de la acción de amparo en el orden federal argentino estuvo marcada por su falta de regulación normativa hasta casi los dos tercios del Siglo XX y por primera recepción jurisprudencial pasada la mitad de aquel centenario. A partir de allí tuvo una vida a la que llamamos “pendular”, ya que pasó de una falta total de reconocimiento, hacia su apertura casi sin límites. A partir de su incorporación al texto constitucional en 1994, a nuestro entender, el péndulo quedó del lado de admisibilidad amplia, lo que conlleva a una tarea librada al juez y las posibilidades materiales del juzgado -que siempre son limitadas- para dar mayor celeridad a las causas que a su entender así lo requieran. Por ello, proponemos un amparo diferenciado o preferencial, que se limite a las causas de mayor urgencia que surjan de ciertas características previamente fijadas por ley, sin perjuicio del resto de los amparos reconocidos y normativizados.

Palabras claves: acción de amparo, amparo preferencial, derechos humanos esenciales

Abstract: The history of the amparo action in the Argentine federal system was marked by its lack of regulatory framework until nearly two-thirds of the twentieth century, and by its first jurisprudential

* Abogado y Procurador. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Castilla, La Mancha, España, Diplomado Universitario en Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Escuela Judicial y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo. Profesor Titular de Práctica Constitucional y Profesor Asociado de Derecho Constitucional, Cátedra B, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT). El presente trabajo fue presentado como trabajo final en la Diplomatura Universitaria en Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Escuela Judicial de San Juan y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo.

reception in the latter half of that century. Since then, it has followed what we call a 'pendular' evolution, shifting from total lack of recognition to near-unrestricted admissibility, and swinging back and forth. With its incorporation into the constitutional text in 1994, the pendulum, in our view, has stayed on the side of broad admissibility. This places on judges -and the inevitably limited resources of the courts- the responsibility of prioritizing cases that in their view require urgent handling. Therefore, we propose a differentiated or preferential legal protection, limited to the most urgent cases arising from specific characteristics pre-established by law, without prejudice to other recognized and regulated forms of legal protection.

Keywords: legal protection action, preferential legal protection, essential human rights

I. INTRODUCCIÓN

I. 1. Evolución de la acción de amparo

Desde la histórica afirmación respecto de que “Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el 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 recurso de amparo”¹, ha transcurrido mucho tiempo y por sobre todo, numerosos aportes en el plano jurídico y fáctico.

De esta suerte, desde antes del recorrido emprendido por Siri y Kot, el amparo tuvo lo que puede denominarse un “movimiento pendular”, donde esta creación pretoriana abría y cerraba sus puertas de procedencia según los momentos históricos y los criterios regulatorios normativos y jurisprudenciales de cada época.

Sagués, a quien seguimos en este punto, divide la evolución jurisprudencial del instituto en las siguientes etapas: “a) antípico y denegación del amparo; b) admisión condicionada; c) retorno a la tesis negatoria; d) aceptación definitiva del amparo, y e) el encuadre jurisprudencial hasta la Ley 16.986.”²

Durante la primera etapa podemos ver que ante la ausencia de una regulación legal y constitucional de esta acción, los litigantes intentaban a través del carril del *habeas corpus* -ya reconocido legal y jurisprudencialmente en nuestro país desde un principio por interpretación del art. 18 de la Constitución Nacional³- montar el contenido del amparo con el propósito de obtener una protección rápida de derechos fundamentales distintos a los de la libertad física, corporal o ambulatoria, de una forma más urgente que las previstas en las normas procesales vigentes .

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/09/1958, Samuel Kot S.R.L.

² SAGUÉS (2009), p. 403.

³ El aludido art.18 reza que “Nadie puede ser ...arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”.

Esta clara intención de utilizar un proceso urgente para restablecer derechos constitucionales violentados, respondía a la lógica de lograr que el remedio no llegara en forma tardía cuando ya el restablecimiento de la libertad en juego era de imposible consecución o estaba dañada definitivamente.

Esa legítima búsqueda encontró en un principio una pared infranqueable en la jurisprudencia de la Corte Suprema cuando dijo en “Manuel González Maseda s/recurso de hecho” que “era indispensable que las acciones o los recursos llamados a hacer efectiva la garantía a esos derechos se ejercenten en el modo y dentro de los términos señalados por las leyes de forma que son de orden público, y por lo tanto, de estricta observancia”⁴, posición que sería dominante en sus fallos, salvo algunas excepciones donde parecía abrirse las puertas de la aceptación del amparo, aunque faltaría aún recorrer mucho camino para ello.

En la segunda etapa señalada, la Corte en el caso “Compañía Sudamericana de Servicios Públicos S.A c/Comisión de fomento de Gálvez s/recurso de amparo” sostuvo que “por voluntad expresa de las partes, se ha dado a esta causa el trámite breve de aquel recurso o el de un interdicto... sin que se vea en ello comprometido ningún principio de orden público. Habiéndose recurrido por solo la parte actora, que inicio la cuestión en aquella forma, su impugnación se refiere únicamente al fondo de la sentencia, en cuanto esta pueda ser negativa de la garantía constitucional reclamada, y es a este punto que el tribunal tiene que reducir su pronunciamiento”⁵. Parecía que aquí se dejaría de lado la rigidez procedural que venía sosteniendo el alto tribunal, pero esta luz se apagó prontamente cuando vuelve a su tesitura original.

Así en los autos “San Miguel, José S. s/ recurso de amparo” va a sostener rotundamente “Que el recurso de habeas corpus ampara la libertad personal, por ser ésta la condición ineludible y fundamental para el ejercicio de todos los derechos individuales sin excepción, pero no es el remedio constitucional ni legal para hacer cesar las violaciones o restricciones que puedan afectar a cada uno de estos en particular, enumerados o no. Que contrariamente a lo que se sostiene en el presente juicio, la Constitución Nacional de 1949 no innovó en modo alguno respecto a la naturaleza del recurso de habeas corpus”⁶.

Cabe recordar que a la fecha del fallo, estaba en vigencia la Constitución reformada en 1949 que había introducido en su texto expresamente el habeas corpus, por lo que la mayoría del Alto Tribunal hace una interpretación de ese texto entendiendo que esta inclusión en nada cambiaba su naturaleza hasta el punto de extenderlo a la protección de otros derechos fundamentales⁷.

En este fallo es muy interesante la disidencia del Ministro Cáceres cuando sostiene “Que sin duda lo interpuesto es un recurso de habeas corpus. Los

⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/09/1929, Fallos 155:356.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 06/03/1935, Fallos 174/178.

⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/05/1950, Fallos 216:607, p.611.

⁷ El entonces art.29 de la Constitución Nacional, en su último párrafo establecía que “Todo habitante podrá interponer por sí o por intermedio de sus parientes o amigos recurso de habeas corpus ante la autoridad judicial competente, para que se investiguen la causa y el procedimiento de cualquier restricción o amenaza a la libertad de su persona. El tribunal hará comparecer al recurrente, y comprobada en forma sumaria la violación, hará cesar inmediatamente la restricción o la amenaza”.

recurrentes se acogen a él, no obstante no mediar a su respecto restricción física de la libertad, por entender que no habiendo garantía constitucional o legalmente enunciada de modo expreso para agravios de esta especie a derechos que les asisten incuestionablemente pues están ‘enumerados’ en la Constitución, si los principios de dicho recurso no se aplican en el caso, lo expresado en el art. 36 de la Constitución ‘Las garantías que enumera...’ no serán entendidas como negación de otras... no enumeradas⁸, haciendo extensiva esta garantía para los otros derechos fundamentales⁹.

La aceptación definitiva del amparo va a venir de la mano de los ya citados casos Siri y Kot y su evolución jurisprudencial se va a asentar en el diseño final que la da este último fallo en el sentido de que es un procedimiento aplicable solo cuando no hay otro remedio más idóneo para proteger el derecho violado. Huelga decir que desde entonces la multiplicación de estas acciones en todo el país se hizo notoria.

La llegada de la Ley N° 16.986 en 1966 mueve nuevamente el péndulo hacia un cuello de botella respecto de la admisibilidad del amparo. Con solo leer sus artículos 1 y 2 alcanza para comprender lo que se dice¹⁰, a tal punto que el primero de estos, y que se refiere a los casos de procedencia, comienza limitando la acción solo para supuestos donde la lesión o amenaza al derecho provenga de un acto u omisión de autoridad pública quedando los demás supuestos abarcados por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que tiene una recepción más amplia que la ley de referencia.

En el interín, las provincias regularon mediante distintas normativas el amparo hasta nuestros días.

Pero fue recién en la Reforma Constitucional de 1994 cuando se introdujo formalmente el instituto en la Constitución Nacional en su art.43.

⁸ Cabe decir que el art.36 CN citado en la disidencia se compadece con el actual art.33 CN introducido por la reforma constitucional de 1860.

⁹ Un completo análisis de esta evolución jurisprudencial puede verse en DÍAZ, Silvia Adriana (2001): “Acción de Amparo”, *La Ley* 2001, pp. 1-19, y SAGÜÉS, Néstor Pedro (1991): Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo (Buenos Aires, Astrea, Tomo 3, 3ra. Edición), pp.2-31.

¹⁰ Artículo 1º: La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus.

Artículo 2º: La acción de amparo no será admisible cuando:

- a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate;
- b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la Ley N° 16970;
- c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado;
- d) 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;
- e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

Como era esperable, la nueva norma chocó en varios aspectos con la vieja Ley N° 16.986, donde frente a las diferentes alternativas que se presentaron al respecto de la continuidad de su vigencia, se optó por mantener el texto en todo lo que no se oponía a la Constitución y así sobrevive en los tribunales federales hasta hoy a la espera de una reforma que no llega, a pesar del reconocimiento constitucional, no solo del amparo individual, sino también del colectivo y más aún luego de la entrada en escena de la acción de clase a partir del *leading case* “Halabi” del año 2009.

Con este panorama y con una regulación aperturista en la Constitución, el péndulo se movió hacia la recepción amplia de las acciones de amparo al desaparecer las exigencias de la no existencia de remedios administrativos y la prohibición de plantear la inconstitucionalidad por esta vía, y sumar protección de derechos provenientes de la ley, además de los constitucionales y derivados de tratados internacionales. Además de agregar que no debía existir una vía judicial que sea más “idónea”. Todo esto claro está, ya había sido adelantado por la doctrina y la jurisprudencia.

Y es en esta última etapa donde debemos detenernos para ver cómo se desenvuelve el amparo hoy.

I.2. Una acción constitucional o un proceso constitucionalizado

En la elaboración inicial que efectúa la Corte sobre el amparo antes citada, se habla de “una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas”, por lo que puede interpretarse que la acción en cuestión protege “derechos esenciales”.

En el art.1 de la Ley N° 16.986 vemos claramente que la protección se circunscribe a “los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional”.

El art.50 del Código Procesal Constitucional de Tucumán igualmente determina que la protección alcanza a “libertades o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Provincial o Nacional y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional”.

La Constitución de Tucumán reformada en el año 2006 habla de “derechos o garantías reconocidos por esta Constitución o por la Constitución Nacional”.

Hasta aquí resultaría claro que la acción de amparo tiene como objeto la protección de derechos constitucionales o esenciales y los que surjan de tratados con jerarquía constitucional.

A partir de la Reforma Constitucional de 1994, la fórmula protectora parece ampliar su ámbito de aplicación cuando el nuevo art.43 expresa que la acción es procedente cuando se violenten “derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”. Al agregar “la ley” como fuente generadora de derechos a ser protegidos, parece modificar la esencia del instituto que nació y se

consolidó en nuestro país como protector rápido y expedito de derechos constitucionales o esenciales¹¹.

De allí que cabe preguntarse si hoy la acción de amparo es una acción constitucional porque tiene como objeto la protección y restablecimiento urgente de derechos constitucionales; o si por el contrario es una acción constitucional simplemente porque está en la Constitución, resultando de esta suerte un tipo más de los procesos legales abreviados existentes en las leyes de rito.

Esto último con la salvedad del necesario escrutinio de la inexistencia de otra vía más idónea apta para proteger o restablecer el derecho conculado.

Así las cosas, el órgano jurisdiccional estará siempre dispensado de analizar la fuente del derecho que se ha invocado porque, aunque resulte ser un derecho generado por un acuerdo entre particulares, siempre tendrá su fundamento en la ley pues un negocio jurídico basado en lo ilícito de ninguna manera gozará de la protección de una acción procesal.

Esto lleva al péndulo aún más a la apertura de la procedencia de la acción a mayor cantidad de supuestos, lo que puede considerarse positivo si el sistema judicial puede abarcar todos esos casos con la misma celeridad, pues de lo contrario, en muchas oportunidades el remedio que se dice urgente se transformara en tardío y por lo tanto en ineficaz. Y cuando la justicia es ineficaz, no es justicia.

El profesor Ekmekdjian, citando a Sagüés, sostiene que este “insiste en que la aceptación de la doctrina del amparo como vía ordinaria, no fue lo querido por la Convención Constituyente. Ello obliga a meditar seriamente sobre la inflación (y consecuente devaluación) que puede producirse en la acción de amparo, ya que es evidente que la judicatura argentina no está programada para absorber tal catarata de amparos y que la conversión de una caratula de juicio común o ejecutivo en “amparo” no surtirá el milagro de resolver la congestión de expedientes”¹².

I.3. Los tipos de amparos

Además del conocido amparo individual que proviene de los casos Siri y Kot, pasando por la Ley N° 16.986 y después regulado en la Constitución Nacional en el art. 43, nos encontramos con otros tipos de amparos que se han ido generando a través del tiempo, tales como el amparo por mora de la administración previsto en la Ley N° 19.549, el amparo aduanero previsto en el Código Aduanero que rige actualmente en la República Argentina, también encontramos el amparo tributario

¹¹ El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en la sección de los procesos sumarísimos regula la acción de amparo y en tono con la Constitución Nacional establece que la protección se extiende a “algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley”. La selección de las normas citadas obedece a la idea de abarcar las posibilidades del planteo en la provincia de Tucumán de manera tal que, cuando el planteo sea de competencia federal se recurrirá a una u otra norma nacional de acuerdo con el emisor del acto u omisión lesiva (autoridad o particulares respectivamente), mientras que en el ámbito de la justicia ordinaria provincial no hay distinciones y se aplica el mismo Código Procesal Constitucional de Tucumán.

¹² EKMEKDJIAN (2010) p. 57.

previsto en la Ley N° 11.683, el amparo electoral previsto en el Código Electoral Nacional, el amparo sindical previsto en la Ley N° 23.551, el amparo ambiental en la denominada Ley General del Ambiente N° 25.675 en el cual encontramos dos posibilidades, el amparo de recomposición y el que tiende a la cesación de las actividades dañosas¹³. En el caso concreto de la provincia de Tucumán, el Código Procesal Constitucional establece en su capítulo tercero un llamado amparo general, una regulación amplia y luego en el capítulo quinto habla de los llamados amparos especiales donde menciona al amparo informativo (habeas data), al amparo electoral, al amparo fiscal, el amparo por mora de la administración y luego, en el capítulo quinto, se refiere a los amparos colectivos.

En este sentido Manili entiende que “el amparo es un derecho en sí mismo... por lo tanto, al ser un derecho es -conceptualmente- uno solo y no varios, dado que existe por mandato constitucional y no por creación legal”¹⁴. Continúa diciendo el autor “... sostenemos que no es conveniente, como técnica legislativa, que existan distintas normas que legislen una multiplicidad de amparos, las cuales, en la mayoría de los casos poco y nada agregan a lo que surge de la Constitución o incluso lo que emana del vetusto Decreto Ley N° 16.986. De ese modo, una futura -y necesaria- reforma legislativa deberá reducir y unificar esta cantidad de amparos sobrepuertos y redundantes, conteniendo un parte general que contenga el diseño de instituto y alguna particularidad para algún caso particular que así lo justifique...”¹⁵.

A esto debe sumarse el amparo colectivo y la vertiente generada por la denominada “acción de clase” a partir del caso Halabi que tuvo gran impacto en el mundo forense generando múltiples pretensiones judiciales en ese sentido, que obligaron a la Corte Suprema y otros tantos tribunales supremos provinciales a regular los procesos colectivos mediante acordadas ante la ausencia de la tan esperada ley regulatoria del instituto¹⁶.

Esto evidencia -más allá de entender al amparo como acción o derecho- que además del criterio aperturista de la última etapa, existe una diáspora de acciones que evidencian la necesidad de un replanteo de la cuestión.

I.4. Una realidad determinante

Podrá advertirse que en la experiencia judicial queda claramente acreditado que los plazos procesales y los tiempos pensados en las leyes de rito para el procedimiento de amparo, ya sea a nivel provincial o a federal, no concuerdan en general, con la realidad de lo que ocurre en los juicios. Con esto queremos decir que no todos los amparos logran su cometido de ser una vía rápida y expedita para la protección de los derechos fundamentales. De allí que entendemos que existe un tratamiento, de alguna manera, diferenciado según las circunstancias que

¹³ Un desarrollo de esta temática puede verse en MARANIELLO (2015) p. 24 y ss.

¹⁴ MANILI (2021) pp. 521-522.

¹⁵ MANILI (2021) pp. 521-522.

¹⁶ Así se dictaron las acordadas 32/14 que crea el “Registro Público de Procesos Colectivos” y 12/16 que crea el “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos”.

tengan que ver con el contenido de la acción de amparo, es decir, que de acuerdo con la pretensión esgrimida en muchos casos, el proceso será más o menos rápido por la urgencia que le darán a su tratamiento.

Por eso venimos sosteniendo en este desarrollo, que las válvulas de contención para que la acción no se “ordinarice” parecen resultar inocuas en este sentido.

De esta suerte, ante la falta de contención de los amparos, se culmina optando en elegir entre aquellos que van a tener un tratamiento especial. Y aquí es donde queremos ahondar, para demostrar que es necesario establecer una categoría diferente de acción de amparo de todas aquellas que venimos conociendo, donde se le dé un trato preferencial a ese proceso por cuestiones que desarrollaremos en este trabajo.

De esta manera, respecto del derecho protegido y los tiempos del proceso, la experiencia tribunalicia nos indica que existen ciertas situaciones donde los plazos procesales de la acción de amparo y las distintas limitaciones legales, no actúan de igual manera en todos los casos¹⁷. Así hemos visto que en algunas oportunidades la perención de instancia no funciona de la misma manera. También vimos que los plazos de caducidad de la acción, previstos también en la Ley N° 16.986, son computados de distinta forma por considerarse que la lesión es permanente, en consecuencia, al no cesar el plazo, el término no comienza a correr. También se tuvo en cuenta en alguna oportunidad la importancia institucional del tema debatido¹⁸.

Respecto de la existencia de un remedio judicial más idóneo como única válvula reguladora, ya está reconocido jurisprudencialmente, regulado legal y constitucionalmente, ya desaparecidas las barreras fijadas por la Ley N° 16.986 y ampliado el rango de protección a los derechos provenientes de la misma¹⁹,

¹⁷En tal sentido se ha dicho: “El escollo que se deduce de la prescripción del art. 2º, inc. E, de la ley 16.986, que establece el plazo de quince días hábiles, no es insalvable en la medida en que con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, sin solución de continuidad originada tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente”. Extraídos del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en casos Mosqueda, Sergio c. Instituta Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, 07/11/2006, Fallos: 329:4918, en SOLA (2001) p. 331.

¹⁸ Así se dijo que “Es formalmente admisible la acción de amparo en la que se solicita que se declare que el decreto 265/91 que dispuso separar al peticionante del cargo de Fiscal General de Investigaciones Administrativas lesionó los arts. 18, 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional; ello, en virtud de las particulares circunstancias que rodean la causa, en especial, los efectos inmediatos que sobre la situación del actor tiene el acto administrativo cuestionado, la difícil reparación de la supuesta lesión de su derecho subjetivo a través de la vía ordinaria y la, en principio razonablemente fundada invocación de una ilegalidad manifiesta en el decreto citado, máxime teniendo en cuenta la importancia institucional del tema en debate, que exige una rápida solución”. Caso Molinas, Ricardo Francisco c. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo, 24/09/1991, Fallos: 314:1091, en SOLA (2001) p. 330.

¹⁹ Aunque no compartimos tanta amplitud, Ekmekdjian respecto a la protección del art. 43 CN extendida a los derechos y garantías reconocidos por una ley entiende que “En realidad, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art.33 de la Constitución nacional, todo nuevo derecho incorporado por medio de una ley, inmediatamente se incorpora a la Constitución nacional, aunque no esté mencionado en ella, en la categoría de los derechos implícitos” en EKMEKDJIAN (2010) p. 62.

parecería que una acción de amparo solo resultaría inadmisible cuando exista un proceso judicial más idóneo para proteger el derecho. Y aquí cabría preguntarse entonces, cuántos procesos son más idóneos que un amparo en cuanto a términos procesales abreviados se refiere. En lo demás, la parte actora tendrá en sus manos la decisión de avanzar o no por esta vía, cuando las pruebas a producirse sean complejas o cuando el factor tiempo no supere a la necesidad de contar con mayores herramientas procesales y tiempo para concretar su pretensión.

Sostenemos esto porque el resto de las limitaciones constitucionales, tales como la necesidad de existencia de actualidad o inminencia, responde a una exigencia procesal de la mayoría de las acciones, pues si no existe este presupuesto, no habrá causa judicial en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional.

Respecto de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, puede quedar subsumida por vía negativa en la inexistencia de otra vía judicial más idónea, en tanto que, si no se dan estos requisitos significa que no era la vía idónea la intentada. Esto, porque el ámbito cognoscitivo del amparo debería, en principio, ser más limitado que en otros procesos, justamente porque exige que esté a la vista la supuesta arbitrariedad o ilegalidad, dejando para otra oportunidad el debate sobre si existen arbitrariedades y más aún, ilegalidades “no manifiestas”.

A su vez el requisito legal de que no sea necesario un mayor debate o prueba, es en realidad más una protección para el actor que una valla. Esto es así, porque de darse admisión a una acción que necesite un mayor debate o prueba, el amparado se encontrará con las limitaciones que el propio proceso impone en esta materia, y correrá con el riesgo de perder el juicio por falta de producción de toda la prueba necesaria o la limitación del ámbito del debate.

En relación con otros topes de tipo procesal, como la caducidad de la acción²⁰ y la perención de la instancia, veremos que la realidad tribunalicia ha generado excepciones a su aplicación, cuando no alguna morigeración legal²¹.

En definitiva, se acepte o no la subsunción de los diferentes recaudos en uno, volvemos a encontrarnos con un proceso sujeto a su admisibilidad en la ponderación que haga el juez en cada caso, sin que esté normativamente determinado el supuesto de la relevancia del derecho protegido.

²⁰ El código Procesal Constitucional de Tucumán dispone que la acción se podrá interponer hasta noventa (90) días hábiles después de que hayan cesado totalmente los directos de la acción u omisión respecto del perjudicado, lo indica una gran morigeración del instituto de la caducidad.

²¹ Así, el código Procesal Constitucional de Tucumán no regulaba la perención de instancia hasta que varios años después de su puesta en vigencia lo incluyó en su art. 13 que quedó redactado de tal manera que parece contradecirse la primera parte con la segunda. Este reza: “Una vez requerida la intervención judicial, el Tribunal actúa de oficio y con la mayor celeridad, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el procedimiento. Sin perjuicio de ello, la parte interesada tendrá a su cargo el impulso del procedimiento siendo aplicable lo establecido en el Título III, Actos Procesales, Capítulo VII sobre Caducidad de la Instancia del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Tucumán. La caducidad de la instancia se operará, si no se insta el curso del proceso, en el término de 3 meses”.

Este detalle carecería de toda trascendencia si el sistema judicial tendría la posibilidad real y efectiva, de tramitar con la misma urgencia todos los tipos de pretensiones que puedan ingresar por tal circunstancia.

Con solo contar los breves plazos que las leyes de rito fijan para este proceso, parecería de difícil pronóstico un trámite igual de veloz para todos los casos.

En este sentido, podemos seguir a Sagüés cuando se refiere a la aplicación del amparo individual contra actos de particulares, en los demás fueros ajenos a la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, donde sostiene que “Pero como en todo caso, siguiendo las huellas de los casos ‘Siri’ y ‘Kot’, debe salvaguardarse la rápida protección del derecho vulnerado, esos mecanismos procesales subsidiarios deberán amoldarse a la naturaleza de la litis que en concreto se plantee”²².

En este orden y como venimos sosteniendo, la multiplicidad de acciones y procesos, y la realidad tribunalicia, nos hace pensar en volver al origen y replantear la situación a punto tal de proponer un cambio en el paradigma actual.

II. LA NECESIDAD DEL AMPARO PREFERENCIAL

Teniendo en cuenta el estado de situación antes mencionado, en los supuestos en que el actor haya completado los, cada vez menores, requisitos de admisibilidad y superados los pocos requisitos de inadmisibilidad, se encontrará con que seguramente en el tribunal donde se radique su caso, habrá procesos de amparo en trámite anteriores y posteriores al suyo. Esto significa que hay otros tantos procesos rápidos y expeditos que deberán ser despachados con la premura que los brevísimos plazos que las leyes de rito imponen. Esto, sumado a los múltiples tipos de amparos, ha llevado a lo que se denomina la “ordinarización del amparo”²³.

La experiencia tribunalicia indica que en general los juzgados tienen numerosos casos que les insumen todo su tiempo útil, y por ello, deben priorizar unos sobre otros en base a ciertos criterios, como por ejemplo, aquellos en donde se está tratando los superiores intereses de niñas, niños y adolescentes, los temas relacionados a la salud, la determinación de alimentos provisорios, los casos que tienen pendiente de resolución una medida cautelar, solo por citar algunos.

Esto nos dice que también entre las acciones de amparo se deberá optar por privilegiar alguna sobre otra en base -nuevamente- a determinados criterios.

Cabe preguntarse entonces de dónde se extraen esos criterios y en su caso, quien los fija.

²² SAGÜÉS (2009) p.585.

²³ “Al haber diferentes tipos de amparos: sindical, tributario, aduanero, previsional etc., el amparo se ha ramificado de un modo tal, que lo que era exclusivo y excepcional se ha transformado en general y común; si bien los temas son delicados, no todos ellos lo son, se ha transformado en lo que se llama “la ordinarización del amparo”, que requerirá de una esfuerzo de la justicia para seguir seleccionando el verdadero amparo de otros que no llegan a serlo, para volver a revalorizarlo como una auténtica medida urgente y extraordinaria”, MARANIELLO (2015) p. 43.

La respuesta dependerá de la normativa de cada provincia y el margen que otorga la Ley N° 16.986 en el ámbito federal, pero en las circunstancias actuales, siempre la decisión final de la admisibilidad recaerá en la magistratura, porque no se puede agregar de ninguna manera limitaciones mayores que las que dispone la Constitución Nacional.

De esta forma, los tiempos de la acción expedita y rápida de amparo pasa a correr la suerte de la situación de mayor o menor abarrotamiento de expedientes que tenga un juzgado, y no de las normas de rito que la regulan.

Como vimos, esta es una regla de la que no escapan el resto de los procesos judiciales, pero la respuesta no nos alcanza cuando hablamos de la acción de amparo. Es necesario dar un giro más de tuerca en ello, pues de lo contrario la temida ordinarización de estos procesos estará latente en gran parte de los casos.

De allí la propuesta del "amparo diferenciado". Una clase de proceso amparístico independiente de los tipos existentes que se citaron -y de los que no se citaron- que se diferencien en general por la materia especial que tratan o por la legitimación activa.

Lo que se propone es una acción de amparo preferencial fundado, por un lado, en el rango del derecho que se pretende proteger, sabiendo que no existen derechos constitucionales superiores a otros, pero sí algunos "preferidos" en palabras de la Corte, justamente por ser fundamentales tales como el derecho a la vida o la salud; otros fundamentados en la urgencia que denote la necesidad de protección, de tal suerte que no se convierta en una cuestión abstracta como en tantos casos en que no puede ser solucionada ni siquiera con una medida cautelar, o que la solución llegue cuando el derecho ya está definitivamente dañado; y por último, basado en la entidad del daño que podría producirse de no obtenerse el remedio con la premura necesaria²⁴.

Podrá sostenerse que estas situaciones las ponderan los jueces cuando ingresa un amparo, pero lo que no puede sostenerse es que son "regladas". Y esto es muy importante, porque la decisión basada en un criterio discrecional, al darle trámite más urgente a un amparo sobre otro, puede romper con la igualdad de los justiciables frente a un error de apreciación. Y de poco servirá una corrección en instancias superiores cuando verdaderamente se trate de un caso con las características propias de las premuras que lleva un verdadero amparo.

²⁴ En este sentido coincidimos con Olmos Sonntag en su conclusión cuando sostiene que "No obstante los alcances normativos previstos en la Ley y en la Constitución Nacional, se puede concluir a esta altura que su exclusión como vía apta e idónea para resolver controversias no puede solo fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente, por el hecho de no cumplir con los requisitos formales de admisibilidad, pues los jueces están obligados a efectuar una verdadera valoración –en cada caso concreto– respecto de las acreditaciones que efectúe el amparista, tales como la idoneidad 'procesal' de la vía elegida. En los hechos, la realidad demuestra que no obstante su fin, pocas son las contiendas que se resuelven por la vía del amparo, pues, aunque con distintos argumentos y variantes, siempre existe una vía judicial más idónea o bien la arbitrariedad e ilegalidad no es manifiesta, con lo cual se requiere mayor amplitud de debate y prueba. No es posible generalizar, pues en muchos casos, no obstante, los requisitos procesales de admisibilidad de la acción, su admisión dependerá del tipo de derechos vulnerados y de la necesidad de una pronta resolución del conflicto", OL莫斯 SONNTAG (2016) p. 221.

De allí que una catalogación de los supuestos de amparos preferenciales, traería junto a una importante agilidad en los casos que la requieran, una mayor previsibilidad en estos procesos constitucionalizados.

La enumeración taxativa de los casos en que procede el amparo diferenciado, permitirá que los exiguos plazos fijados en las leyes de rito realmente se cumplan en beneficio del actor, y además respete el derecho defensa del accionado, al no imponerse estos breves plazos para defenderse en cualquier tipo de pretensión amparista que, como sostengamos, tiene pocas limitaciones a su admisibilidad inicial. Y cuando se acortan los plazos para los demandados, también se le reduce el margen para ejercer el derecho de defensa en juicio, ya que además hay que decirlo, no se debe legislar solo pensando en el actor, el que a veces puede no tener la razón.

Claramente esta fijación de pautas específicas solo puede ser concretada por ley en los ámbitos de cada jurisdicción, y que en nada violenta la pauta constitucional, en tanto existen de hecho numerosos tipos de amparos sin que se haya objetado su constitucionalidad, aunque sí su conveniencia.

Estimamos que el faro que puede guiar a esta nueva concepción de un amparo preferencial, puede resultar del juego armónico entre los principios ya mencionados que surgen del caso “Kot” y los que surgen del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁵ el que se compone de dos partes: la primera, respecto de que toda persona debe contar con un recurso rápido y sencillo para proteger sus derechos fundamentales, de donde extraemos la necesidad de que se cumpla la rapidez y sencillez del remedio, y de que la protección se refiera a derechos fundamentales, es decir, no cualquier derecho. La segunda parte se refiere al compromiso de los estados a que esto se efectivice en la práctica a través de acciones positivas.

De allí sacamos entonces los fundamentos del amparo preferencial:

1) Un recurso rápido y sencillo pero solo frente a violación de derechos humanos esenciales. Para los demás casos están los distintos tipos de amparos existentes.

2) Asegurar su efectividad mediante una normativa precisa y la organización jurisdiccional adecuada, lo que significa una enumeración de los supuestos admisibles reduciendo el margen de discrecionalidad en la selección de causas, y un trato preferencial en el tribunal frente a los demás procesos.

3) La acreditación por parte del accionante de que se trata de un derecho humano fundamental, de la necesidad de la urgencia del tratamiento y de la

²⁵ Artículo 25: Protección Judicial 1) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2) Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

inexistencia de otra vía judicial más idónea. En estos ítems, habrá espacio para un mayor margen de discrecionalidad del tribunal, y también, para un análisis profundo por parte del actor sobre la conveniencia de la vía elegida ante la posibilidad cierta y real de que luego de transitado el camino del proceso de primera y segunda instancia, se encuentre con un fallo que rechace la acción por carencia de requisitos de admisibilidad.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Por último, esa lista de derechos fundamentales que tienen la aptitud de abrir la admisibilidad de la acción, sin lugar a dudas, es de compleja selección y dependerá de los valores supremos de cada sociedad en un lugar y tiempo determinado. Pero cuando estén en juego valores como la vida; la salud; el derecho alimentario no solo en el campo del derecho de familia; los intereses superiores de niñas, niños y adolescentes; el estado de derecho; la paz social; la existencia de la mínima posibilidad de censura previa con las excepciones previstas en la Convención Americana de Derechos Humanos; el riesgo de que no se protejan los derechos de los más vulnerables; la posibilidad de discriminación de cualquier naturaleza entre otros que supuestos que merecen protección; existirá la necesidad de un amparo diferenciado.

Así como alguna vez se tuvo que reconocer que las vías ordinarias no eran siempre aptas para salvaguardar los derechos fundamentales y nació el amparo, hoy nos encontramos con una realidad que indica que debemos avanzar un poco más y recategorizar este instituto frente a una realidad palpable.

En definitiva, se pretende hacer un aporte para que lo que a mi entender se ha convertido en una figura con contornos borrosos, vuelva a ser aquella garantía de vigencia plena de los derechos fundamentales.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BORDA, Guillermo A. (2001): *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (Buenos Aires, Perrot).

DÍAZ, Silvia Adriana (2001): *Acción de Amparo* (Buenos Aires, La Ley).

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (1997): *Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Depalma).

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (2010): *Tratado de Derecho Constitucional* (Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, Tomo IV, 1a. Ed. Reimpresión) p.57.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2005): *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).

MANILI, Pablo (2020): *El amparo en la doctrina argentina* (Córdoba, Advocatus).

MANILI, Pablo Luis (2021): *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado Tomo III* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 1era ed.).

MARANIELLO, Patricio Alejandro (2015): “El Amparo en la Argentina. Evolución, Rasgos y características especiales”. Disponible en internet: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/El-amparo-en-la-Argentina>.

MARANIELLO, Patricio Alejandro (2015): “El amparo en la Argentina. Evolución, rasgos y características especiales”. Disponible en: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/El-amparo-en-la-Argentina>

OLMOS SONNTAG, María Gimena (2016): “El amparo como instrumento de control” en ALONSO REGUEIRA, Enrique M. y otros (eds.): *El Control de la Actividad Estatal II* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1a. edición). Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-el-control-de-la-actividad-estatal-ii.php>.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (1991): *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo. Tomo III* (Buenos Aires, Astrea, 3ra. Edición).

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2009): *Compendio de Derecho Procesal Constitucional* (Buenos Aires, Astrea, 1^a ed.).

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2018): *Derecho Procesal Constitucional* (Buenos Aires, Astrea).

SOLA, Juan Vicente (2001): *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo V* (Buenos Aires, La Ley, 1^a ed.).

V. LEGISLACIÓN CITADA

ARGENTINA, Ley N° 16.986. Acción de amparo. (18/10/1966).

ARGENTINA, Constitución Nacional (1994), art. 43.

ARGENTINA, Código Procesal Constitucional de Tucumán (2006).

VI. JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/12/1957, acción de amparo (caso SIRI).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/08/1958, acción de amparo (caso KOT).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24/02/2009, acción colectiva (caso HALABI).