



PRUDENTIA IURIS

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia
Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*

Mayo de 1993

EL ROL SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN DE AMPARO

POR NÉSTOR PEDRO SAGÜES

Sumario: 1. Introducción. Sistemas vigentes en el derecho comparado. a) la tutela alternativa; b) la tutela subsidiaria. 2. El caso colombiano. 3. Dimensiones de la supletoriedad. Un presupuesto de admisibilidad de la tutela. 4. Pautas de evaluación. Intensidad del contralor judicial. 5. Modalidades (objetivas o subjetivas) del contralor. 6. Caso de los procesos ordinarios con medidas cautelares. 7. Ejemplificaciones. 8. Conclusión.

1. Introducción. Sistemas vigente en el derecho comparado.

La acción de *amparo* (como se la llama en el derecho mexicano o argentino), de *tutela* (en el colombiano), de *protección* (en el chileno), de *seguridad* (en el brasileño), es un tema de *derecho procesal constitucional*. Esta última asignatura, de gran pujanza e imprescindible para la vigencia del estado de derecho, tiene dos grandes capítulos: la *magistratura constitucional* (es decir, los órganos jurisdiccionales encargados de velar la supremacía de la Constitución) y los *procesos constitucionales* (que son las rutas procesales destinadas a tramitar de modo concreto esa supremacía de la Constitución). Entre los procesos constitucionales cabe mencionar al *habeas corpus*, las acciones de inconstitucionalidad y la tutela, amparo, protección o mandato de seguridad. (1)

En tal sentido, existen en la vitrina del derecho comparado dos alternativas básicas para programar a la tutela o amparo:

a) *La tutela (amparo) alternativa*. En esa hipótesis, producido (o a producirse) un acto lesivo de derechos constitucionales, el perjudicado puede escoger entre plantear la tutela o (a su discreción) interponer otros procesos o recursos, paralelos a la tutela. Normalmente, elegida una vía no podrá ocurrir a la otra. (2)

¹ V. Sagües, Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional" Tomo I "Recurso extraordinario" (Buenos Aires, 1992) 3ª ed., T. I p. 3 y sigtes. ed. Astrea.

² V. por ejemplo al respecto a la ley 23.506 del Perú, cuyo texto después corregido por la ley 25.011, estableció que no procedía al amparo *cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria*. Véase sobre el tema Abad Yupanqui Samuel B., "Acción de amparo y vías paralelas", en Comisión Andina de Juristas, "Lecturas sobre temas constitucionales 4" (Lima, 1990), p. 136 y sigtes.

Un sistema de este tipo tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Por un lado, evita que una tutela sea fácilmente rechazada so pretexto de haber otros vías idóneas para proteger al derecho vulnerado. Agiliza, pues, la defensa de la Constitución. Por otro, fomenta la proliferación de acciones de tutela, incremento que puede provocar una devaluación forense del instituto: no es lo mismo que un juez deba resolver un par de tutelas en un mes, a que deba atender a decenas de ellas. Al mismo tiempo, esa inflación de tutelas obligará a programar múltiples órganos jurisdiccionales para atenderlas debidamente (y tal vez, a instrumentar un “fuero constitucional”, especializado en ellas). Si eso no ocurre, una catarata de tutelas puede provocar una congestión en el funcionamiento cotidiano de los tribunales, y a la postre, un colapso de la administración de justicia.

En ciertos países, un exceso de tutelas ha suscitado un serio bloqueo en la operatividad de sus cortes supremas o salas constitucionales (caso, v. gr., de Perú y Costa Rica). Ello puede motivar la imposibilidad de resolver adecuadamente tal cúmulo de procesos de amparo o tutela, o lo que es tan grave, el deslizamiento de responsabilidades de los miembros tutelares de los más altos tribunales a secretarios y auxiliares, es decir, a la llamada “junior court” en el derecho estadounidense.

b) *La tutela (amparo) subsidiaria*. Conforme a esta segunda variable, la tutela o amparo cumple un rol *supletorio* o *heroico*: opera únicamente si, ante un acto lesivo de derechos constitucionales, el afectado no tiene acciones o procesos para impugnarlo o sí existen, pero no son idóneos o eficaces para enfrentar a tal acto lesivo.

Según esta posibilidad, el amparo es una vía procesal excepcional, dotada de una “magia” o aura especial. Cargado de cierta electricidad estática forense, el expediente de tutela cuenta con un respeto y temor reverencial propio e intransferible, al estilo del habeas corpus. Esto hace a lo positivo de tal variable. Por el contrario, con la excusa de la subsidiaridad es posible que muchos magistrados desechen livianamente tutelas porque no se ha probado la inexistencia de otras vías paralelas o concurrentes al amparo, aptas para atacar al acto lesivo de los derechos constitucionales.

Cabe subrayar que sea cual fuese la variable que se prefiera, el tema es muy importante en la experiencia y en la vigencia de la acción de tutela.

Bien se ha dicho, al respecto, que resulta uno de los más conflictivos “y de cuyo manejo adecuado depende la posibilidad de que la acción de tutela cumpla una función eficaz y no se torne en un factor más de perturbación de la buena marcha del orden jurídico”.⁽³⁾ El éxito del amparo o tutela, en resumen, está vinculado con una correcta opción de las alternativas que mencionamos.

2. *El caso colombiano.*

La constitución de Colombia de 1991 ha propiciado una solución en verdad singular. Indica (art. 86), que “Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro

³ Arenas Salazar Jorge, “La tutela. Una acción humanitaria” (Bogotá, 1992), ed. Librería Doctrina y Ley, p. 180.

medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irreparable”.

De acuerdo con tal directriz, parecen perfilarse *dos* versiones de tutela:

a) una, que Arenas Salazar llama “plena”, *subsidiaria* o *residual*, subordinada a la *inexistencia* de otras acciones o recursos.⁽⁴⁾

b) otra, como mecanismo transitorio, actúa si hay procedimientos paralelos al amparo, pero su recorrido puede ocasionar daños irreparables (está reglamentada, v. gr. , por el art. 8 del decreto 2591/91). En este caso, el perjudicado por el acto lesivo a un derecho constitucional fundamental tiene medios judiciales para su defensa, pero no son en concreto idóneos o eficaces. El decreto mencionado anticipa que “se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización” (art. 6 inc. 1).

Es obvio que, en el caso que tratamos, esta segunda variable de la acción de tutela tiene efectos cronológicos limitados, y que en ciertos casos se ejerce simultáneamente con la acción de nulidad y otras procedentes en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 8, decreto 2591/91). La tutela transitoria es, pues, una herramienta al servicio de la pretensión que se formule en la acción de fondo que se instaure.

En resumen, trátese de acción plena o dispositivo transitorio, lo cierto es que la tutela colombiana debe tener muy en cuenta la condición de supletoriedad o subsidiariedad que debe asumir. Nos referimos acto seguido a algunos aspectos básicos de esa cuestión.

3. Dimensiones de la supletoriedad. Un presupuesto de admisibilidad de la tutela.

Si se acepta al amparo o tutela como ruta procesal subsidiaria, la acreditación de la inexistencia de otras vías para atender al derecho constitucional lesionado, o en su caso, de la falta de idoneidad de ellas para protegerlo adecuadamente (es decir, la presencia de agravio irreparable si ellas se usan), importa como regla *un requisito o presupuesto de admisibilidad formal*, cuya demostración compete al promotor de la tutela, como *carga procesal* suya.

En el supuesto de no satisfacerse tal supuesto de admisibilidad, ello es suficiente para rechazar a la tutela de amparo. ⁽⁵⁾

En los países que admiten el principio de “suplencia de la queja” (al parecer recepcionado por el art. 17 del decreto 2591/91 de Colombia), esto es, cuando el juez de la tutela, ante defectos formales en su interposición, está obligado a intimar a su promotor a que corrija las falencias que ella contenga, el rechazo de la tutela por incumplirse la carga procesal de demostración de la inexistencia de otras vías idóneas en lugar del amparo, sólo procederá *después* de vencido el término para subsanar la omisión inicial del amparista.

4. Pautas de evaluación. Intensidad del contralor judicial.

Una cuestión significativa, en este quehacer, estriba en averiguar *cuánto* debe exigir

⁴ Arenas Salazar Jorge, ob. cit., p. 89 y sigtes., esp. p. 94.

⁵ Corte Suprema de la Nación Argentina, en “Fallos” 301: 801.

el juez al promotor del amparo para probar que no hay otros caminos procesales útiles para plantear su reclamo.

Una jurisprudencia sumamente restrictiva ha exigido una demostración concluyente, "más allá de toda duda", o "fehacientemente".⁽⁶⁾ En cambio, otras líneas jurisprudenciales, más indulgentes, se conforman con una prueba "prima facie" de la falta de idoneidad de los otros recursos, para presentar la tutela.⁽⁷⁾ En tal supuesto, basta con que el amparista arrime elementos de juicio mínimos para sostener su postulación, no siendo razonable que el juez de la tutela incurra en exceso ritual para la apreciación del rol subsidiario del amparo.⁽⁸⁾ Compartimos esta tendencia.⁽⁹⁾

5. Modalidades (objetivas o subjetivas) del contralor.

Otro punto de sumo interés es averiguar *cómo* debe el juez meritarse si hay o no otros procesos útiles par el caso, además de la tutela.

a) una tendencia, de tipo *objetivo*, alerta que no es suficiente que el actor de la tutela estime personalmente que un trámite le resulta lento, o que un tribunal prefiera el amparo al procedimiento común.⁽¹⁰⁾ Las demoras ordinarias en la sustanciación de un pleito no tienen por qué subsanarse, indefectiblemente, por medio de la tutela.⁽¹¹⁾

b) Pero otra corriente, de corte *subjetivo*, ha hecho operar en esta cuestión las circunstancias especiales en que puede hallarse el promotor de la tutela. Por ejemplo, en Argentina, en los autos "Fernández, Encarnación Pilar", se decidió la viabilidad del amparo interpuesto por una persona mayor de edad, enferma de cáncer, que reclamaba por esa vía el cobro de pesos provenientes de jubilaciones adeudadas por el Estado.⁽¹²⁾ Con esto quiere significarse que por lo común el cobro de una acreencia previsional no es demandable a través de la tutela, pero sí lo era (en función de la vejez de la accionante, y de estar discutiéndose sus derechos constitucionales a la vida y a la salud) en tal caso concreto.

La primacía de la tesis subjetivista parece afianzarse en el derecho colombiano, ya que el art. 6 inc. 1 del decreto 2591/91, cuando alude al examen del concepto de "perjuicio Irremediable" que puede ocasionar el recorrido de una vía procesal distinta a la tutela, exige tener en cuenta "las circunstancias en que se encuentra el solicitante".

⁶ Cfr. Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1983-B-100 y 1987-B-242. También, ídem, 1986-E-176. Nos remitimos a nuestro "Derecho Procesal Constitucional", tomo III, "Acción de amparo", 3ª. ed. (Buenos Aires, 1991) Ed. Astrea, p. 181.

⁷ Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1986-E-176.

⁸ Corte Suprema de la Nación Argentina. en "Jurisprudencia argentina", 1986-III-446 y 1988-IV-717.

⁹ Sagües Néstor Pedro, "Derecho Procesal constitucional. Acción de amparo", ob. cit., p. 182.

¹⁰ V. por ejemplo Corte Suprema de la Nación Argentina. "Fallos", 249:565, 252:154; Revista Jurídica de La Ley, 1981-C-606, con jurisprudencia de la Cámara Federal en lo contencioso administrativo.

¹¹ Corte Suprema de la Nación Argentina, "Fallos", 252:253; 249:449.

¹² V. Sagües Néstor Pedro, "El amparo como cobro de pesos", en "Doctrina Judicial" 1992, tomo 2.

6. Caso de los procesos ordinarios con medidas cautelares.

Par apreciar si hay caminos excluyentes del amparo cabe también averiguar si un proceso distinto a éste cuenta o no con medidas precautorias o cautelares que durante la tramitación del principal, impidan la consumación de un perjuicio irremediable para el actor.

Normalmente, en efecto, si el perjudicado en un derecho constitucional por un acto lesivo tiene un trámite procesal para exigir la conclusión de agravio, y en ese trámite tiene la posibilidad de plantear medidas de *no innovar* (que pueden paralizar la ejecución de aquel acto lesivo) o de medidas *innovativas* (que retrotraen el estado de las cosas al momento anterior de la lesión, v. gr., levantando la clausura de un local) la necesidad de ocurrir supletoriamente al proceso de tutela se desvanece. Al respecto, el art. 1 del decreto 306/92 de Colombia contiene un listado de situaciones que se refieren a este tema. Son los supuestos de órdenes de reintegro o promoción a un empleo, de dar posesión a determinado funcionario o a ejercer el derecho, de entrega de bienes, de restitución o devolución, de actuar o de abstenerse a hacerlo, etc.

Ahora bien: para que en estos casos quede desplazada la tutela, la medida cautelar del caso debe ser *suficiente* para impedir un perjuicio irremediable⁽¹³⁾ y de *producción segura*,⁽¹⁴⁾ esto es, no discrecional sino obligatoria para el juez del caso.

7. Ejemplificaciones.

La judicatura debe dirimir con cuidado la hipótesis de utilidad, idoneidad o eficacia de los procesos ordinarios (y sus consecuentes medidas cautelares) para acceder, de haber respuesta negativa, a la tutela o amparo.

En Argentina, “el caso de los niños irreverentes” ha sido una buena muestra de esa adecuada evaluación. Se trataba de infantes que en escuelas se negaban -a raíz de su pertenencia a determinada confesión religiosa- a cantar el himno nacional o a juramentar la bandera, motivo por el cual fueron expulsados de sus colegios. Con acierto, los tribunales pensaron que allí era admisible el amparo, ya que corrían el riesgo de perder el año lectivo, y no existían procesos rápidos para subsanar su derecho constitucional a aprender.⁽¹⁵⁾ Siguiendo con un tema análogo, en el “caso de los alumnos menudos”, se utilizó la tutela para superar la prohibición de ingreso a establecimientos educativos a estudiantes que medían menos de un metro cincuenta. Ante la no presencia de otros procesos útiles para encarar prontamente el problema, el amparo fue exitosamente esgrimido para atacar la negación de inscripción, también por estar en peligro la pérdida del año lectivo.⁽¹⁶⁾

En el “caso de los amparos telefónicos”, la Corte Suprema argentina aceptó la tutela

¹³ Corte Suprema de la Nación Argentina, en “El Derecho”, 113-459.

¹⁴ Cámara 3ª Civ. y comercial de Mendoza, en “Jurisprudencia Argentina”, 1985-II-264.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en “Jurisprudencia Argentina” 1984-III-39. V. también revista Jurídica La Ley, 1982-A-276.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en “Jurisprudencia Argentina” 1984-III-39. V. también Revista Jurídica La Ley, 1984-A-116.

para impugnar sobrefacturaciones en el servicio de teléfonos, cuando el afectado, si no las abonaba, corría el riesgo de verse privado de tal medio de comunicación. Para impedir tal corte, el amparo resultó la única posibilidad procesal utilizable (en la especie, estaba en juego el derecho constitucional de propiedad; pero también, pensamos, el derecho constitucional no enumerado, pero implícito, a la comunicación).⁽¹⁷⁾

Otro supuesto ilustrativo ha sido el “caso del novio impedido”, donde la Cámara Federal de Córdoba habilitó la tutela ante la resolución irrazonable de Gendarmería Nacional que negaba sin motivo valedero el permiso de casarse, a un cabo de esa repartición.⁽¹⁸⁾ Aquí operó el derecho constitucional a contraer matrimonio, y la justicia entendió que no había otro conducto procesal, salvo el amparo, para protegerlo idóneamente.

Finalmente, nos interesa mencionar el “caso del lactante”, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación autorizó asimismo el amparo en favor de una madre que solicitaba la franquicia de finalizar su jornada laboral una hora antes, para amamantar a su hijo. No se encontró, por cierto, otro proceso útil en lugar de la tutela, actuando en la especie el derecho constitucional a la vida y a la alimentación, a más del de procreación. ⁽¹⁹⁾

8. Conclusión.

Cuando un país opta por concebir al amparo o tutela como acción subsidiaria, toca a la judicatura la difícil tarea de distinguir, caso por caso, si existen o no trámites idóneos fuera del amparo, para recién habilitarlo después.

Tal quehacer exige apreciar los factores objetivos y subjetivos en juego. También demanda averiguar si los otros procesos tienen o no medidas cautelares, de no innovar o innovativas, eficaces para impedir la producción de un gravamen irreparable. Al promotor de la tutela corresponde, como carga procesal, explicar *prima facie* por qué el amparo es admisible, y por qué no son útiles las otras herramientas procesales en vigor .

Y en definitiva, compete el Poder Judicial evaluar prudencialmente el problema y dar respuestas razonables. La tutela no debe ser un castillo inaccesible para el común de los mortales, pero tampoco un parque de diversiones abierto para todos los que a él quieren ir.

¹⁷ Cfr. Sagües Néstor Pedro, “Los amparos telefónicos”, en “Doctrina Judicial” 1990-I-49.

¹⁸ Revista “El Derecho”, 125-659, con nota de Germán J. Bidart Campos: “El derecho a casarse sin permiso previo en las fuerzas armadas”.

¹⁹ Corte Suprema de la Nación Argentina, en “Revista Jurídica La Ley”, 1987-B-633, núm. 1377 (caso “Bacigaluz Sáez”).