

## *El amparo colectivo\**

Por **Ángela C. Pinacchio**

### **1. Introducción**

El amparo de los derechos individuales está reconocido cuando toda persona física o jurídica y, no existiendo otro medio más idóneo, se encuentre con que un acto u omisión de cualquier autoridad pública (administrativa, legislativa, judicial) o de particulares hubiera producido, en forma actual o inminente, una lesión a un derecho suyo. Otra cuestión muy distinta, es el amparo de los derechos de incidencia colectiva; pues, es respecto de intereses que no son particulares y privativos de un sujeto determinado y preciso.

Sobre las exigencias objetivas del amparo colectivo, entendemos, como lo hace Bidart Campos, que no cabe postular una excesiva incomunicación entre ambos párrafos del art. 43 de la Const. nacional. La posibilidad de realizar un control judicial-constitucional, su interposición frente a actos u omisiones de autoridades públicas y de particulares, como también, la trinidad de fuentes constitución-tratados-ley y la configuración de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, que amenace derechos humanos, son todas coordinadas comunes a ambas especies de amparo (individual y colectivo).

### **2. Reparto de competencias, organización y paz social**

Desde el principio, el Preámbulo de la Constitución nacional, enseña que un objetivo es “afianzar la justicia”. Esta meta señalada por los constituyentes de 1853, en la obertura, conjuga con los arts. 18 y 116 de la Const. nacional. El primer artículo citado (art. 18), obra como garantía, al asegurar la defensa en juicio de la persona y de los derechos, por lo que, el sistema judicial tiene el deber de conocer y decidir en toda causa que verse sobre puntos regidos por la Constitución y los tratados (arts. 30 y 75, incs. 12, 22, y 24).

Los conflictos que puedan surgir en la sociedad civil deben encontrar una forma de ser resueltos. El conflicto jurídico, como una pugna de intereses contrapuestos, puede ser encausado por la acción que insten los particulares o el Estado en el deseo de proteger sus intereses y garantizar la paz social –que debe prevalecer–.

El amparo, en la Argentina, nace por creación jurisprudencial y legislativa. En un primer momento, se fundamentó su regulación en el derecho a la jurisdicción.

Recordamos el fallo “Köt” donde se sostuvo que el amparo es una acción subsidiaria ante remedios judiciales o administrativos menos idóneos, como también, una acción supletoria y de excepción ante la inexistencia de otra vía procesal. Posteriormente, se sancionaría la ley 16.986 donde se exigió como requisito de admisibilidad del amparo la inexistencia de otra vía más idónea.

---

\* [Bibliografía recomendada.](#)

A continuación, me referiré al reparto de competencias que –a partir de la reforma constitucional de 1994– se delinea en materia de política ambiental en el país.

Las relaciones de coordinación, subordinación y de inordinación, no serán materia de estudio en este trabajo; pero me detendré –sólo por un momento– en las primeras. Según Esain, antes de la reforma constitucional de 1994, “toda la faz de poder de policía pertenece al ámbito local en esos tiempos las únicas normas ‘ambientales’ dictadas por el Congreso preveían la adhesión provincial, porque el Congreso en materia de policía sólo podía legislar sobre los territorios nacionales..., porque ese poder no había sido delegado por las provincias expresamente a la Nación... ahora posee la facultad de legislar los presupuestos mínimos no sólo en los territorios de jurisdicción nacional sino en todo el país”. Coincido que, en materia de competencia ambiental, hubo un antes y un después a dicha reforma. Ahora, Esain recuerda que la mayoría de los autores coincidía en que la competencia era concurrente entre la Nación y las provincias.

Con excepción de aquellos asuntos que debían ser regulados por los códigos de fondo o el comercio interprovincial; las provincias tenían una atribución general y de carácter administrativo.

Antes de la reforma constitucional de 1994 se hace referencia al recurso hídrico del país, en relación a la navegación y al comercio. Una parte mayoritaria de la doctrina señaló que el art. 33 –de los derechos no enumerados– propende, también, a la remisión legal sobre materia ambiental; pero debemos remontarnos hacia 1853 para develar la formas de vida de la población en general y el avance tecnológico de la época, los medios de transporte característicos de ese entonces, las problemáticas ambientales instaladas (si las hubo) y a la conciencia ecológica de ese entonces. Había razones históricas para referirse directamente a la navegación de los ríos interiores, a la prohibición de aduanas interiores y a la regulación del comercio.

Podemos, entonces, repasar artículos tales como: 1) “en todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso” (art. 9); 2) “los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito” (art. 12); 3) el mismo art. 14 señala que todos los habitantes tienen el derecho de “navegar y comerciar”; 4) “la navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas” (art. 26). En la parte orgánica, el Congreso ya tenía una serie de atribuciones en materia de reglamentación de la libre navegación de los ríos interiores, habilitación de puertos y de creación o supresión de aduanas, reglar el comercio con las naciones extranjeras y entre las provincias, entre otras. También, en este contexto, hay una especial atención a la organización territorial en materia de límites y fronteras.

Es decir, se observa que ya desde 1853 hay una distribución de competencias entre la Nación y las provincias. Además, dentro de las atribuciones del Congreso de la Nación, se encuentra el poder legislar en materia de comercio interprovincial e internacional, dictar los códigos de fondo, de proveer lo conducente al adelanto y bienestar de las provincias mediante leyes protectoras, fijar los límites interprovinciales y aprobar los tratados que el Poder Ejecutivo celebre (los que deben ser acatados por las provincias en que el recurso natural se encuentre).

Con la reforma constitucional de 1994 se incluyó el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano. Además, se impone el deber de preservarlo, reverso del derecho de gozar de un ambiente limpio, apto para la vida y el progreso económico. Todo habitante estará legitimado para accionar en defensa del ambiente y ello, también, es una carga pública. Se incorporó el concepto de desarrollo sustentable o sostenible, que implica explotar los recursos de manera de satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer el de las generaciones futuras, por lo que esto mismo se alinea con la aspiración declarada por el constituyente originario.

Entre otras consideraciones, se facultó al gobierno nacional para fijar los presupuestos mínimos de protección ambiental para todo el país. Es decir, mientras el gobierno de la Nación impone la calidad ambiental mínima para el país; cada provincia decide imponer o no presupuestos más estrictos en su territorio respectivo.

A través, del art. 43 se legitima a los “afectados” y a determinadas asociaciones no gubernamentales y al Defensor del Pueblo para accionar judicialmente por vía de amparo en defensa del derecho al ambiente.

### **3. “Hard cases” y casos difíciles**

La “indeterminación” es un estado de cosas o de situación que no cubre la totalidad de la superficie del ordenamiento jurídico.

Es cierto que no hay una única respuesta frente a problemáticas planteadas. Hay soluciones, pero no hay precisiones como en las ciencias exactas.

Se está frente a una ramificación (derecho ambiental), cuya especialidad se pretende hace bastante tiempo e incluye todo un bagaje conceptual que se busca precisar. Es loable la búsqueda por un lenguaje propio de la disciplina; además, de un marco histórico y filosófico que se pretende establecer como fundamento de presupuestos básicos, a partir de los cuales, se sustentan construcciones posteriores. Ese colorario de conceptos, historia y filosofía del derecho ambiental da cuentas, además, que el plexo normativo (leyes, la Constitución, tratados, etc.) requiere integrarse con los otros componentes del fenómeno jurídico (conducta y valores).

La ciencia del derecho se manejará con conceptos abstractos; pero los hechos, a los cuales, se aplican las normas son concretos y el uso del lenguaje es, a nivel empírico, aplicado a ellos.

“Hard cases” y “casos difíciles”, es decir, en todo sistema hay supuestos no previstos por el orden legal.

La semántica que caracteriza el lenguaje o vaguedad de los términos empleados da lugar a cierta indeterminación. Entonces, conforme dicha teoría, el sentido gramatical de una norma no sería unívoco y generaría varios significados. También, se plantea que la misma “ambivalencia” es un riesgo y se procura evitar que el imperio de la ley pueda ser asaltado por la discrecionalidad de la Administración pública, el Estado.

Entonces, hay conceptos jurídicos determinados y otros indeterminados; pero en la resolución final nos remitimos a las fuentes.

Durante la lectura de este artículo, se percatará de la presencia de conceptos, tales como: ambiente, bienes, derechos colectivos, amparo, garantías, racionalidad, equidad, eficacia, costos, riesgos, beneficios, etcétera. Ahora bien, insertos en un contexto determinado adquieren sentido ¿Cuáles son conceptos propios del derecho ambiental y cuáles corresponden a otras disciplinas o áreas del saber? En el contexto en que cada una de ellas se inserte, el sentido que adquieren tiene una orientación –no neutral– sobre la hoja de ruta del hermeneuta (en este caso, de los operadores jurídicos).

Ahora bien, Dworkin circunscribe al derecho a la actividad jurisdiccional y plantea un contrapunto con Hart en materia de “casos difíciles” ¿Qué son los “casos difíciles”? “son aquellos en los que los jueces se enfrentan con la incerteza del derecho aplicable”. Sea porque no existe una norma específica o porque existen varias contradictorias que determinan soluciones distintas, estos casos críticos no puedan ser resueltos mediante la aplicación de una norma específica. El derecho –según Hart– no es exhaustivo, los casos difíciles carecen de una respuesta correcta previa a la decisión judicial y, es entonces cuando los jueces deben decidir discrecionalmente. Dworkin se opone a esta solución afirmando que estos casos también pueden recibir una respuesta correcta si se les aplica los principios jurídicos.

Corresponde la aplicación de los principios jurídicos, en este sentido, me remito al pensamiento de Dworkin –en relación al contrapunto con Hart, citado en el párrafo anterior–.

¿Podemos jugar al ajedrez con la premisa que cada quien puede hacer mover sus piezas en cualquier dirección, aún sin atención, a las reglas del juego? La falta de reglamentación en este tipo de juego, atentaría contra la estrategia que lo caracteriza. Trasladando la metáfora al campo procesal, la falta de reglas claras, atenta contra la buena estrategia procesal.

Goldschmidt, por su parte, refirió a la importancia de la analogía, cuando alude a la carencia histórica y dikelógica de normas jurídicas. A su entender, el “unidimensionalismo normológico” tiene dos grandes deformaciones: apartarse de la realidad social y alejar –como valor inmanente del mundo jurídico– a la justicia. Ante estas deformaciones, intenta en una suerte de sortilegio, encuadrar el caso en un formulismo lingüístico que “permite cuanto no esté prohibido, o prohíbe cuanto no se permite” (art. 19, Const. nacional)<sup>1</sup>.

Se ha dicho, por otro lado, que un “análisis consecuencialista” implica considerar a la decisión adoptada como un incentivo para conductas futuras de partes no involucradas en el conflicto<sup>2</sup>. “Es decir, que se debe estudiar claramente el tipo de regla de conducta que se está creando mediante la decisión y cómo será observada por los ciudadanos en el futuro”<sup>3</sup>. También, siguiendo este hilo argumental, se ha señalado

---

<sup>1</sup> “Si un caso no está previsto en la fuente formal, pero la fuente formal aborda otro caso que ofrece las mismas características esenciales, la reglamentación del último debe darse igualmente al primero”. La analogía y los principios generales del derecho guardan en un punto afinidad; pues, la analogía es posible si se justifica en un principio general contenido en ambos preceptos legales (Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Bs. As., Depalma, 1967, p. 294 y 295).

<sup>2</sup> Lorenzetti, Ricardo, *Teoría de la decisión judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 219.

<sup>3</sup> Lorenzetti, *Teoría de la decisión judicial*, p. 219.

que debe superarse la noción de “sujeto aislado” para alcanzar la conceptualización de “sujeto situado”. Situar al sujeto en un marco de relaciones societarias que nos derive a las reglas institucionales (donde están presentes los presupuestos mínimos de organización).

#### **4. Caracterización de la responsabilidad y el amparo colectivo en materia ambiental**

Sobre la ética, Wittgenstein en el *Tractatus* sostuvo: “la ética es algo que no se puede decir, no se puede decir científicamente. En cambio, se muestra o se da testimonio de ella a través de una forma de vida, y es lo que realmente cuenta para nosotros”<sup>4</sup>. Parfraseando, luego, alguna de sus reflexiones –extractadas de su Conferencia sobre ética de 1934<sup>5</sup>–: aunque, todas las preguntas recibieran respuestas científicas, ni siquiera habrían llegado a rozar los conflictos de nuestro tiempo.

El amparo colectivo encarna el principio de progresividad, pues amplía el amparo individual y ambos son garantías constitucionales, además, porque por medio de esta vía procesal se han reconocido más derechos en pos de la sociedad en su conjunto y se han efectivizado derechos en aras de su reconocimiento y no vulneración.

Se defienden intereses difusos, puesto que no pertenecen a un sujeto determinado; sino que están diseminados entre los integrantes de una o varias comunidades.

Ahora bien, están quienes afirman que es necesaria una reglamentación del amparo colectivo y los procesos colectivos –en general–.

El amparo es una garantía creada primero por la jurisprudencia y consagrada luego por la Constitución para proteger los derechos. Y en el repaso histórico, en cuatro etapas detalladas por Sagüés, culmina en la inserción constitucional de 1994 la evolución del amparo.

En el contexto actual contamos con una nueva normativa. El Código Civil y Comercial reconoce: derechos individuales, derechos colectivos, bienes individuales y bienes colectivos –en principio– y, habida cuenta de ello, es lógico pensar que será necesario instrumentar un mecanismo procesal para la defensa colectiva de todos estos intereses. Claro está que, durante el desarrollo de este artículo, se puede observar criterios, en los cuales, la falta de reglamentación no es impedimento para el ejercicio de las garantías constitucionales.

Hasta ahora, tenemos la analogía y de los principios generales y de antecedentes jurisprudenciales –también– y del derecho comparado; quizás sea hora de cerrar una etapa y concretar un Código de Procesos Colectivos.

¿Qué es la responsabilidad? Piénsese un minuto sobre esta pregunta e intente contestarla desde el lenguaje común y precise desde su experiencia cotidiana ¿qué significa en la sociedad vivir con responsabilidad o el ser responsable o el sentido de

---

<sup>4</sup> Reale, Giovanni - Antiseri, Darío, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, t. III, Barcelona, Herder, 1995, p. 566 y 601.

<sup>5</sup> Reale - Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, t. III, p. 566 y 601.

la responsabilidad? Y tome esta iniciativa como una actividad de inicio e introductoria al tema. En primer lugar, desde la filosofía jurídica, es un fenómeno y, como tal, se explica aludiendo a descripciones sobre él. Por otra parte, se percata uno que, como tal, la responsabilidad abarca o atraviesa todo el ordenamiento jurídico.

El concepto de responsabilidad tiene dos alcances; pero la noción restringida de responsabilidad, es la usualmente utilizada en el foro profesional ¿Cuál es la noción restringida de responsabilidad? Aquella que alude a quien, por no haber cumplido, se le demanda o reclama indemnización.

La responsabilidad, vista desde el derecho obligacional, es el deber de reparar y, en un sentido práctico, es satisfacer una prestación a favor de la víctima de una infracción.

Alterini conceptualizó a la sanción represiva como aquella donde “no hay equivalencia material entre la infracción y el mal inferido”<sup>6</sup>; pero si hay tal equivalencia cuando estamos ante sanciones resarcitorias. Entonces, cuando hablamos de sanciones resarcitorias, hay equivalencia entre el daño y la indemnización con la cual se lo persigue al autor de una infracción. De todas formas, hay una revisión acerca del sistema sancionatorio en el derecho privado. Según Lorenzetti, no podemos decir que todo es el crédito y nada hay de sanción, como por ejemplo: el debate sobre la naturaleza jurídica del daño punitivo.

La forma de exonerarse de responder sería ante la justificación del hecho que ocasiona el daño. Las causas de justificación son legales, tales como: el ejercicio regular de un derecho (recomendable, es pues, la lectura del art. 10 del Cód. Civil y Com. de la Nación). Además del daño, habrá que sumar, por supuesto otros elementos del sistema de la responsabilidad, como lo son: el factor de atribución (¿Cómo le atribuyo la responsabilidad al sujeto sindicado?), la relación causal y la reparación del daño.

Ahora, “algunos de los factores contaminantes son incontrolables por el hombre, pero otros dependen directamente de su acción”<sup>7</sup>. A diferencia de lo que ocurren en materia civil, no se impone la demostración del daño acaecido. Es por ello que en el fallo “Moro y otros c/Municipalidad de Paraná” no se detienen en la consideración de esta cuestión y una vez contemplada la valoración de la afectación del ambiente, obliga al demandado a detener los trabajos.

Con relación al término “afectado” (art. 43, Const. nacional) hay dos tesis. Me inclino por la tesis restrictiva que estima por “afectado” a aquél que es titular de un derecho subjetivo. La legitimación activa es amplia comprendiendo al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines registradas “conforme a la ley”.

---

<sup>6</sup> Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., *Derecho de obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001, p. 146.

<sup>7</sup> Alterini - Ameal - López Cabana, *Derecho de obligaciones*, p. 205

## **5. La falta de reglamentación, las garantías constitucionales y el impacto ambiental**

La Corte tiene dicho, en numerosos fallos, que la falta de reglamentación no obsta a la vigencia de las garantías y a la vigencia de ciertos derechos. Las garantías individuales existen y amparan a los individuos por el sólo hecho de estar consagrados en la Constitución nacional.

En el juzgamiento de garantías no reglamentadas, ha sostenido la Corte, que se está examinando no una ley sino la ley suprema, destinada a dar el colorario, con la visión del que ha fijado las bases que regirán la vida de las futuras generaciones. No debe atenerse –dijo la Corte– a un estricto apego a “las pautas hermenéuticas de quien examina un código”, al contrario, deberemos preguntarnos por el norte, los objetivos, finalidad y espíritu de la Constitución nacional.

Según Gil Domínguez: “sostener que los derechos colectivos son derechos fundamentales permite delinear una estructura que establezca notas generales esenciales dentro de un paradigma clásico”<sup>8</sup>. A partir de esta línea de criterio, tendremos un aporte de gran valor; porque, hoy por hoy, los derechos colectivos se encuentran contemplados en el ordenamiento jurídico por completo. Es decir, no sólo resulta de una lectura destacada del art. 43 de la Const. nacional y de los tratados internacionales (art. 75, inc. 22); pues, los derechos colectivos, también se encuentran reconocidos por el Código Civil y Comercial.

El art. 41 de la Const. nacional al referirse al derecho a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano, no evoca sólo la necesidad de proteger el ecosistema, sino a la totalidad del patrimonio cultural.

Por ejemplo, en 1972, el Principio 19 de la Declaración de la Conferencia de Estocolmo, expresa la necesidad de desarrollar programas de educación ambiental. En 1973 el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) impulsado en la Conferencia de Estocolmo, sostuvo objetivos tales como: brindar apoyos a programas de información y de educación en materia de medio ambiente. También, se recuerda al Programa Internacional de Educación Ambiental (PIEA) iniciado en 1975 que tenía el propósito de promover la educación ambiental en todos los niveles, con enfoque interdisciplinario e incluso extra-escolar y en función a ellos cinco años después sería preciso acordar sobre los principios que se deberían implementar en educación ambiental (1997), para lo cual, el Estado argentino se comprometió a fomentar la producción de materiales didácticos, programas y estímulo para la investigación ambiental. En 1992 se reúne la Conferencia de Río de Janeiro, llamado Forum Global, donde se elaboraría el documento finalmente titulado: “Tratado de Educación Ambiental” para las sociedades sustentables y responsabilidad global.

“Es principio de interpretación constitucional, que los derechos humanos al desarrollo (art. 75, inc. 19) y al medio ambiente sano (art. 41), no son contrapuestos sino complementarios, y que este último no debe ser interpretado con criterio solamente impeditivo, sino como un límite racional y razonable de la actividad productiva, en un

---

<sup>8</sup> Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Bs. As., Ediar, 2005, p. 141.

contexto que valore el desarrollo económico como llave del progreso de los pueblos” (XIV Conferencia Nacional de Abogados, Santa Fe - Paraná, 2003, Homenaje 150 años Constitución Nacional).

Aun así, la fuente inagotable de esta materia, nos conduce a otros acápites de los derechos, que directamente inciden en la sociedad civil. Esto se debe al concepto mismo de ambiente, comprensible del patrimonio cultural y natural. El transporte –por ejemplo– requiere de infraestructura y con el derecho del transporte más los seguros el tema se complejiza aún más. Nos aventuramos a la planificación y a la logística, derechos de las empresas y consumidores, etcétera. Aun así, en todo un extenso desarrollo no podríamos soslayar el impacto ambiental del transporte ¿Cuáles son las normativas que refieren al impacto ambiental del transporte?

Recapitulando, existen normativas constitucionales, tratados y legislación en nuestro país que prevén consecuencias sobre el ambiente producto del transporte. Con relación al impacto ambiental del transporte, encontramos las siguientes normativas, por ejemplo: la ley 22.190 –sobre contaminación de aguas por hidrocarburos– o la ley 20.284 sobre contaminación atmosférica o la ley 19.587 sobre higiene y seguridad o la ley 25.612 sobre gestión integral de residuos industriales y de actividad de servicios. Independientemente, de las normativas a nivel nacional, existen en el ámbito del Mercosur, acuerdos sobre el transporte de residuos peligrosos. Ahora bien, hasta aquí sólo se abordó un aspecto del derecho del transporte y del seguro que confluyen en el derecho ambiental.

¿Existe obligación de contratar un seguro por daño al medio ambiente? El art. 22 de la ley general del ambiente (25.675) establece la obligatoriedad de contratar un seguro. El objetivo de la ley es lograr la recomposición del ambiente y, como hemos visto, el transporte tiene un impacto ambiental, que está contemplado por la legislación y los tratados.

El ambiente debe ser adecuado y equilibrado, apto para el desarrollo humano.

Sería iluso pensar que el interés de proteger los recursos naturales, nació con la reforma constitucional de 1994. Al contrario, a partir de dicha reforma, se alcanzó un reconocimiento expreso, lo que antes era un derecho implícito.

Para dedicarnos, luego, al análisis jurídico procesal de la temática, hay que determinar: 1) el concepto de ambiente; 2) la determinación del daño ambiental; 3) la legitimación para acceder a la justicia.

Para la concepción jurídico ambiental, recurriremos al art. 41 de la Const. nacional y a la Declaración que adoptó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, celebrada en Estocolmo (1972).

“El art. 41... fija un objetivo en el tiempo –la satisfacción de ‘las necesidades... de las generaciones futuras’– que pone de manifiesto la incorporación de la noción de desarrollo sustentable que hoy en día ubica a la variable ambiental como necesario en la toma de toda decisión que haga al desenvolvimiento de una comunidad organizada”<sup>9</sup>. En el fallo “Moro y otros c/Municipalidad de Paraná” –comenta Sabsay– se

---

<sup>9</sup> Sabsay, Daniel A., *La protección del medio ambiente a través del llamado amparo colectivo, a propósito de un fallo de la justicia entrerriana*, ED, 167-61.

estableció el contenido del derecho ambiental, no como limitado a una obligación de conservar o preservar y decisivamente es una obligación de hacer. Proveer a lo necesario para la protección del ambiente es una carga tanto para los habitantes como para las autoridades públicas. La sentencia considera, no sólo el eventual daño al ambiente, sino, también, aquél que pudiera ocasionársele al patrimonio histórico y cultural –dijo Sabsay–.

Bajo el halo del patrimonio cultural se cubren bienes de disímil sustancia; pero tienen raíces histórico-culturales y hacen a la identidad social. Los objetivos del art. 41 de la Const. nacional exigen un cambio de comportamientos –más comprometidos y conscientes de la necesidad de preservación del ambiente natural y cultural–.

## **6. El amparo: su historia y cuestiones relevantes**

Llegó a concluir Grau, que la incorporación del recurso de amparo al derecho nacional era un medio novedoso de control que recaía en la actividad administrativa<sup>10</sup>. Sostuvo ello, pues, se indilga al Estado ser responsable de la vigencia del orden jurídico.

Con lo anteriormente expuesto, queda obvia la íntima relación que existiera entre función administrativa y principio de legalidad.

En este sentido, acompaña el precedente jurisprudencial que dispuso el rechazo a un amparo interpuesto contra un acto administrativo, pues, “no medió ilegalidad manifiesta”<sup>11</sup>. Igual criterio sostuvo que uno de los requisitos de la acción de amparo es la violación de un derecho constitucional por un acto administrativo manifiestamente ilegal.

En muchas oportunidades, uno puede percatarse sobre el uso indistinto de los términos “recurso” o “acción” acompañando al vocativo amparo. Sin embargo, Becerra Ferrer hizo hincapié en las diferencias entre los términos recurso y acción para caracterizar al amparo.

En este trabajo me remito al amparo como una acción y no como un recurso. De hecho, al remitirnos al vocativo “amparo”, lo es como garantía procedimental en los términos del art. 43 de la Const. nacional.

Ahora bien, cabe advertir, que la acción pone en movimiento la jurisdicción.

En opinión de Quiroga Lavié el derecho a la jurisdicción opera como garantía de eficiencia de todos los otros derechos subjetivos reconocidos en el ordenamiento jurídico<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Grau, Armando E., *Resumen sobre la extinción de los actos administrativos*, JA, 1961-I, secc. doctrina, p. 40.

<sup>11</sup> CSJN, “Cooperativa Ltda. de Consumo de Electricidad de 30 de agosto Trenque Lauquen”, *Fallos*, 248:142.

<sup>12</sup> Quiroga Lavié, Humberto, *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Bs. As., Depalma, 1985, p. 174, 182 y 183.

Esto se explica, en tanto y en cuanto, el único medio para que los particulares no tomen la justicia por su mano, es permitir que puedan recurrir a un órgano que le preste tutela.

Contar con legitimación (*legitimatío ad causam*) es tener el derecho a que sobre lo peticionado se resuelva. Por ello, esta es condición necesaria e ineludible para que “pueda proferirse sentencia de fondo o mérito”<sup>13</sup>.

Ahora bien, el amparo en la Argentina nace por creación jurisprudencial y desarrollo legislativo. En un primer momento, se le había reconocido raíz constitucional en el derecho a la jurisdicción. De esta forma, el amparo representó una respuesta jurisdiccional eficiente y concreta.

A partir de los casos “Siri” y “Köt” se cristalizaba legislativamente en normas de la ley 16.986 en cuanto a la protección relativa a los actos de la autoridad pública. En 1967, las modificaciones introducidas al Código Procesal Civil y Comercial –por la ley 17.454– incorporaron el procedimiento sumarísimo y a partir de allí se alcanzó –también– el amparo contra actos de los particulares.

Se garantiza la efectiva Administración de justicia al exigir al juez que dicte sentencia y en los supuestos de no poder resolver la cuestión por las “palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas” (art. 16, Cód. Civil).

Desde el fallo “Köt” se sostuvo que el amparo es una acción subsidiaria de remedios administrativos o judiciales menos idóneos o una acción supletoria y de excepción ante la inexistencia de aquellas tutelas<sup>14</sup>.

Posteriormente, con la ley 16.986 se exigió como requisito de admisibilidad del amparo, la inexistencia de recursos judiciales o administrativos que permitieran obtener la protección del derecho o garantía constitucional lesionada.

“Hay garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al Estado para que lo proteja, sea impidiendo el ataque, sea restableciendo la situación anterior al ataque, sea procurando compensarle el daño sufrido, sea castigando al transgresor, etcétera”<sup>15</sup>.

Ahora bien, Quiroga Lavié ciñe las garantías constitucionales a los instrumentos procesales para lograr que el derecho se haga efectivo. Mientras que Bidart Campos entendía que las garantías constitucionales, podían ser tanto: derechos como procedimientos.

Adopto la posición de Quiroga Lavié –en este particular–, por lo que, el art. 43 de la Const. nacional es la garantía que permite –por su carácter procedimental– proteger el derecho a la libertad sindical.

---

<sup>13</sup> Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, Bs. As., Universidad, 2002, p. 255.

<sup>14</sup> Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., La Ley, 2008, p. 607.

<sup>15</sup> Bidart Campos, G., *Manual de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 383 y 384.

## **7. Comentario sobre la legislación que regula la acción de amparo individual**

El amparo es una acción cuyo fin es proteger derechos y libertades reconocidos por la Constitución, tratados y leyes, que actual o potencialmente, pueden ser afectados por actos u omisiones ilegales o arbitrarias de autoridades públicas o de particulares.

Es una acción rápida y expedita, se aplica únicamente a casos que exigen una rápida solución. Un requisito que ha de verificarse, antes de plantearse un amparo, es que no exista una vía alternativa más idónea.

La ley que lo regula es la n° 16.986, que da pie a la tesis negatoria amplia, haciendo uso de una interpretación literal. El argumento de la Corte Suprema en el fallo “Aserrado Clipper SRL”, validó esta posición. En la opinión de Sagüés, conforme la interpretación literal del art. 2 de la ley 16.986, veda a los magistrados expedirse sobre la supremacía de la Constitución en los juicios de amparo (según surge –prima facie– del art. 31, Const. nacional).

El juicio de amparo no prospera frente a recursos o reclamos judiciales o administrativos que permitan, igualmente, la tutela de derechos o garantías constitucionales. Tampoco, prosperaría cuando para la eventual determinación de la invalidez del acto u omisión se requiera, mayor amplitud de prueba o debate.

Es una vía específica y muy excepcional, que encuentra asidero para expedirse rápidamente sobre actos u omisiones manifiestamente ilegales.

La acción de amparo requiere para su procedencia la reunión concomitante de tres elementos: *a)* lesión, restricción, alteración o amenaza por acto u omisión de órganos o agentes de la Administración pública de los derechos y garantías reconocidos en las constituciones nacional o provincial; *b)*, que aquélla sea provocada mediando arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, y *c)*, inexistencia de un procedimiento ordinario administrativo o judicial que permita obtener el mismo efecto.

El art. 2, inc. e de la ley 16.986 establece un plazo de caducidad; pues, no puede interponerse demanda de amparo, más allá, de los 15 días hábiles de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

Según la ley citada, en su art. 3, “si la acción fuera manifiestamente inadmisibile, el juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones”. De esta forma, Sagüés se remite al artículo tercero de dicha ley y refiere a razones de inadmisibilidad –de índole formal– y razones de improcedencia.

El art. 3 impone al juez la obligación de emitir un juicio, es decir, que opine sobre la admisibilidad. Esto sólo puede darse en un momento procesal. Verbigracia, en el fallo “Bacre c/Estado nacional”, la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, Sala I (14/8/89), dispuso atender un rechazo in limine resuelto por el juez a quo antes de requerir el informe circunstanciado del art. 8, pero no en forma inmediata, y requiriendo al actor una aclaración, luego, la rechazaría in limine. Para Bidart Campos esta resolución no hace cosa juzgada. La resolución que desestima in limine la demanda de amparo debe equipararse a una sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario (art. 14, ley 48).

El art. 15 dice cuáles resoluciones son apelables, dentro de las 48 hs., y en caso de no admitirse, el interesado podrá articular el “recurso directo”.

Resulta competente el juez de la jurisdicción en que el acto se exteriorice o tuviera efecto (art. 4 de la ley). Contamos con jurisprudencia que reseña que se debe computar desde que el afectado tomó conocimiento del acto o de su publicación en el Boletín Oficial. No debe tenerse en cuenta la denegatoria del trámite administrativo cuando éste se instó y no era procedente; sino la fecha del acto que, finalmente, fue impugnado.

La ley de amparo no permite la articulación de las cuestiones de competencia, sin embargo, ello sólo rige para las partes; mas no para los jueces, quienes deben examinar su competencia. Esto tiene un razonamiento plausible, donde el ánimo de la ley, fue eliminar del procedimiento toda cuestión obvia que tienda a dilatar.

### **a. Requisitos formales de la demanda de amparo y el ofrecimiento de la prueba**

Debe presentarse por escrito la demanda de amparo. Los cambios de criterio surgieron a partir de si debía o no individualizarse al demandado. El inc. *b* del art. 6 de la ley señala que, de ser posible, el actor lo individualizará; es decir, se determina al agente que provocó la lesión de ser posible, mas no es indispensable. No obstante, el art. 12 de la ley relativo a los puntos que debe cubrir la sentencia indica “la mención concreta de la autoridad contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo”. En opinión de Sagüés “la manera de conciliar ambas disposiciones es la siguiente: la mención ‘concreta’ de la autoridad aludida es exigible siempre que constare en autos la individualización ‘posible’ a que refiere el art. 6, inc. *b*. Tal conclusión, es la que mejor empalma con la aplaudida doctrina del caso ‘Siri, Ángel’”.

En toda demanda de amparo debe constar el derecho constitucional vulnerado<sup>16</sup>.

Como la sentencia conforme el art. 12 de la ley debe contener “la determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución”, el aludido art. 6, inc. *d* debe ser satisfecho por el actor, en idénticos términos; por lo que es una verdadera carga procesal.

La prueba debe ofrecerse conjuntamente con la demanda (art. 7). El ámbito probatorio de la ley se encuentra recortado (“no se admitirá la prueba de la absolución de posiciones”). Es decir, la acción no es admisible en cuestiones que requieren mayor prueba o debate (art. 2, inc. *d*). Estas restricciones tienden a evitar demoras y no podríamos conceptualizarlo como de pleno conocimiento. Se restringe la investigación sólo a los supuestos de manifiesta arbitrariedad o ilegalidad.

Sagüés reflexiona si podemos comprender en la categoría de prueba instrumental, según surge del art. 7 de la ley, la prueba documental. La ley los utilizaría para indicar lo mismo.

---

<sup>16</sup> Sagüés, Néstor P., *Acción de amparo*, Bs. As., Astrea, 1995. Cita fallos de la CNTrab, Sala IV, 19/11/74, LL, 1975-B-238; ST Santiago del Estero, Sala Crim. Lab y Minas, 1/4/75, JA, 1976-II-101; p. 396, nota n° 23.

En cuanto a la prueba testimonial sólo puede ofrecerse hasta cinco testigos y todos deben comparecer a costa de la parte que los ofreció. En caso de ser necesario, se empleará la fuerza pública para su comparecencia; esto puede traer algunos inconvenientes interpretativos.

Se excluye la *probatio probatissima*, es decir, “la absolución de posiciones”. En la opinión de algunos doctrinarios es a efectos de evitar dilaciones. En cambio, Sagüés opina que es dudoso que fuera por ello o, por lo que, algunos sostendrían que se suple con el informe del art. 8 de la ley que comentamos; como ocurre con el art. 407 del Cód. de Proc. Civil y Com. de la Nación. Sea cual fuera el motivo, este no es un proceso de pleno conocimiento.

¿Cuál es la finalidad de requerir un informe circunstanciado (art. 8)? Al decir de Sagüés, “el informe circunstanciado” tiende, fundamentalmente, a salvaguardar el principio de bilateralidad en el amparo; dando oportunidad al accionado de efectuar un descargo. Como carga procesal, me remito al concepto que diera Couture: “el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto”<sup>17</sup>. Junto con el informe circunstanciado debe adjuntarse la prueba.

En cuanto a la naturaleza de ese “informe”, mucho se ha discutido, para algunos es una suerte de contestación de demanda y para otros una réplica. El fallo “Palomar Schuele” sostiene que es un medio informativo<sup>18</sup>. Lo que sí, es que no puede sustituirse por el pedido que haga el letrado de la actora, pues, si o si debe ser solicitado por el juez, pues ello sería más un informe que la carga procesal del art. 8 de la ley comentada. Si no se cumple con el pedido de informe el proceso de amparo se decreta nulo. El “informe circunstanciado” del art. 8 de la ley 16.986, debe revestir las formalidades que exige el decr. 929/67. El plazo para su contestación es el que fije el tribunal; sin embargo, las partes pueden aconsejar un plazo más breve o más largo, atendiendo la urgencia del caso o distancia entre el tribunal y las partes. La ley no refiere a la habilitación de días y horas; aunque, tampoco, las prohíbe.

## **b. Medidas cautelares**

Conforme el art. 15 de la ley, dentro de las medidas apelables, están tanto las que disponen medidas de no innovar, como las que las deniegan y la razón de ello es el debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

Un punto debatido es la distinción entre recurso de amparo y medidas precautorias y de no innovar. Sin embargo, hubo autores que distinguieron al amparo como un proceso autónomo y las medidas cautelares, al contrario, como un proceso accesorio que sirve a uno principal. Observemos, que algunas medidas cautelares, pueden promoverse de oficio, lo que no podría suceder con el amparo.

---

<sup>17</sup> Sagüés, *Acción de amparo*, p. 412.

<sup>18</sup> CNFed, Sala Contencioso Administrativo, 18/8/69, “Palomar Schuele SA c/Secretaría de Cultura y Educación”.

### **c. Audiencia y producción de la prueba**

Se prevé una audiencia de recepción de prueba, que deberá decretarse como plazo máximo dentro del tercer día posterior al de evacuación del informe o de vencido el plazo. Ambas partes deben estar notificadas, que deberá operarse el mismo día, en que se decretó la audiencia.

Si el actor es quien no asiste, se lo entenderá desistido con costas. En el caso de que no asistiera el demandado se recibirá la prueba del actor si la hubiera (art. 10). Esta inasistencia del demandado no implica confesión tácita ni allanamiento.

Conforme el art. 11 de la ley puede ampliarse el término de producción de la prueba por igual plazo; esto es, si el retraso en la probanza no es atribuible a ninguna de las partes.

### **d. Sentencia**

En principio, una vez “evacuado el informe a que se refiere el art. 8 o realizada, en su caso, la audiencia de prueba, el juez dictará sentencia dentro del tercer día” (art. 11, ley 16.986); además, se cita el art. 12 de la ley comentada que prevé lo que debe contener dicha sentencia.

## **8. A modo de conclusión**

En la teorización sobre el derecho ambiental se observa, también, el empleo del siguiente vocabulario: escasez, eficacia, costos y riesgo-beneficio.

No corramos el riesgo de naturalizar una justicia ambiental sobre criterios económicos. La teorización jurídica en relación al ambiente debe precisar qué entender por eficacia, escasez, beneficios y con ello no alcanza si no se establecen criterios para sopesar cuando valores –no beneficios– se ponen en juego.

Si hay disyuntivas, no lo es en aras de la obtención de ganancias, donde haya la oportunidad de producir más un bien que otro; porque hay alternativas planteadas, desde el punto legal, en base a principios jurídicos y éticos donde hay conductas humanas y bienes jurídicos, actual o potencialmente afectados.

El derecho ambiental –un desprendimiento del derecho administrativo– fiel a su propio desarrollo, se desprende de su tronco. No corramos con la iniciativa de hacer del derecho ambiental, un desarrollo de la teoría económica, bajo el riesgo de sesgar la mirada.

Un nuevo bien jurídico protegido, según Lorenzetti, es la acción típica e imperativa, un nuevo diseño de derechos subjetivos en coordinación con el bien colectivo que configura una función ambiental y se remite a la teoría de la implementación de regulación continua hacia la eficacia<sup>19</sup>.

Por otro lado, a mi entender, no existe un nuevo diseño de derechos subjetivos ni la acción judicial es un bien jurídico. Mucho se ha disertado sobre la naturaleza

---

<sup>19</sup> Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría del derecho ambiental*, México, Porrúa, 2008.  
Pinacchio, *El amparo colectivo*

jurídica de la acción en la teoría general del derecho procesal. Para explicitar mejor, es decir, sólo para conceptualizar los llamados “derechos colectivos”, se compara el esquema de derechos subjetivos individuales con los derechos subjetivos colectivos<sup>20</sup>.

Se desprende de la combinación adecuada entre bien colectivo con un aparente nuevo diseño de derechos subjetivos una función ambiental y, se pone en contraste otra afirmación, sobre el desprendimiento de la función ambiental de la propiedad<sup>21</sup>.

En mi opinión, la necesidad de establecer una “función ambiental”, como la organización de la justicia civil, comercial, penal, contenciosa-administrativa, etc., deberán buscarse fundamentos iusfilosóficos del derecho procesal y en sus disciplinas auxiliares.

El término, “función” –reseñado en el párrafo anterior– no me parece correcto; porque la “función” es “competencia” o “zona de reserva” que sólo la ley puede determinar. Por otro lado, entre un particular y el poder exorbitante del Estado y las empresas que emprenden actividades con impacto ambiental hay relaciones desproporcionadas cuyos costos no pueden ser trasladados a los habitantes.

La “vigencia social” que pueda tener una normativa reposa en la conducta efectivamente cumplida y exigida por ella o en la sanción aplicada. Por lo que, las normas jurídicas, en todos los casos, deben representar una posibilidad fáctica de cumplimiento. El derecho no puede exigir superhombres y supermujeres, es decir, conductas que sobrepasen las fuerzas humanas, naturales, materialmente posibles, en general.

Quizás se emplea el término de “bien colectivo” para encuadrar en él, los conceptos de patrimonio natural y cultural (art. 41, Const. nacional). Sumar nuevo vocabulario nos enriquece y desde el punto de vista legal deberemos de cuidar que, la polisemia del lenguaje, no nos haga perder de vista el derrotero de las garantías constitucionales. Hasta ayer los bienes públicos y los bienes privados, ahora, deberemos de analizar la naturaleza de bienes individuales y colectivos con cuidado.

Según Lorenzetti el movimiento ambientalista o ecologista tejió simbologías en relación a la problemática de fondo, posteriormente, se inició una tarea meramente descriptiva de la cuestión ambiental y, en la actualidad, estamos ante las puertas de un nuevo “paradigma” ¿en qué consiste el “nuevo paradigma”? Traducido significa encarar la cuestión ambiental con otro enfoque o, mejor sería decir, contrarrestar las respuestas que antes se daban por soluciones diferentes.

La naturaleza nos provee de los recursos que pueden ser renovables o no renovables.

Cito textual: “en virtud de que la multiplicidad de derechos individuales de los propietarios deben coordinarse de manera tal que se coordinen en la preservación del bien colectivo”<sup>22</sup>. El párrafo al que me remito es de aplicación directa al derecho positivo argentino, habida cuenta de la vigencia del Código Civil y Comercial. Ante la falta de notas en el Código, es útil conocer el pensamiento de uno de los codificadores.

---

<sup>20</sup> Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, p. 141.

<sup>21</sup> Lorenzetti, *Teoría del derecho ambiental*.

<sup>22</sup> Lorenzetti, *Teoría del derecho ambiental*, p. 14.

Apreciar la naturaleza como un recurso escaso sólo nos hace ver el aspecto de la utilidad, de los servicios y del comercio. Cuando la habilidad para los negocios y la administración eficiente no está para ser juzgada; sino para merituar el daño ocasionado y el interés potencialmente afectado.

¿Un criterio o un principio? Un criterio nos puede servir para evaluar o analizar la racionalidad de una conducta. La racionalidad y la equidad son principios que tiene en cuenta la ciencia del derecho.

La eficiencia, la eficacia, los costos-beneficios y la escasez pueden formar parte de esos “criterios”, por los cuales, se adoptan determinadas decisiones en el ámbito de los negocios –por ejemplo–. Ahora bien, el juzgar nos obliga a ponderar todos los criterios, por lo cuales, los justiciables acuden a la justicia.

La Constitución nacional, en su art. 41, exige al Estado en materia de política ambiental, lo siguiente: “las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección”.

De por medio, en todo proceder, hay un rumbo de responsabilidades sociales insoslayables.

© Editorial Astrea, 2017. Todos los derechos reservados.