



## **“El Amparo como medio para lograr una tutela cautelar efectiva ante actos de las autoridades públicas”** **Por Manuel C. Malbrán<sup>1</sup>**

### **I. Introducción**

Entiendo que la ley 26.854, que regula las medidas cautelares dictadas en contra el Estado Nacional, ha revitalizado la figura del amparo en el ámbito del derecho público, como medio para lograr el restablecimiento del bloque de derechos constitucionales, que puedan verse afectados ante los eventuales avasallamientos de la Administración.

En el presente, me propongo poner de manifiesto como la nueva normativa ha reiterado errores del pasado. En particular me centraré en lo dispuesto por el art. 13, inc. 3, 2º párr. de la ley 26.854, que establece: *"El recurso de apelación interpuesto contra una providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efectos suspensivos..."*. Como se analizará en el transcurso de este artículo, la referida disposición reedita lo previsto por el art. 15 de la ley 16.986, reglamentaria de la acción de amparo, que establece que los recursos de apelación interpuestos contra resoluciones que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado, deberán ser concedidos en ambos efectos, privilegiándose de esta forma, la ejecutoriedad del acto. Esta última norma, ya fue objeto de largo debate jurisprudencial, en el cual se decidió por su inconstitucionalidad. Los fundamentos que llevaron a ser declarada tal, a mi modo de ver, son perfectamente utilizables para declarar la inconstitucionalidad del art. 13 inc. 3, de la ley 26.854.

### **II. La acción de amparo en contra de actos de autoridad pública**

El art. 43 de nuestra Constitución Nacional, habilita la garantía amparista al establecer: *"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas (...) que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva"*.

Al respecto se señala, que ante el supuesto de impugnación de actos de autoridades públicas por este cauce expedito, el carácter excepcional de la acción radica en dos cuestiones; primero, que sólo procede ante supuestos de nulidad manifiesta del acto, y en segundo lugar, que no existan vías judiciales más idóneas<sup>2</sup>.

De esta forma, el amparo concretiza la observancia de los mandatos fundamentales que impone el bloque de constitucionalidad, garantizando la supremacía de la Constitución en la esfera de relaciones jurídicas regidas por el derecho público.

### **III. La suspensión de los efectos del acto dictado por autoridad pública como medida cautelar en el amparo. Las modificaciones que introduce la Ley 26.854**

En el ámbito del amparo, el derecho a la tutela judicial rápida y expedita de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, los tratados o las leyes lleva ínsito el derecho a la protección cautelar eficaz<sup>3</sup>.

El derecho a la tutela cautelar "eficaz" en el juicio de amparo adviene como una garantía constitucional adjetiva, que fluye de del derecho constitucional procesal consagrado en los arts. 43 y 75, inc. 22, CN (art. XVIII, DADDH; 8º, DUDH; y 25.1, CADH).

Ahora bien, la extensión en el tiempo que en nuestro país tienen los procedimientos de impugnación de los actos emanados de autoridad pública, han llevado a que frente a la ilegitimidad del acto, el afectado se pregunte si es posible que el conflicto sea resuelto por la vía del amparo y como accesoria de éste, el otorgamiento de una medida cautelar que suspenda los efectos del mismo.

Antes de la sanción de la ley 26.854, la suspensión de los efectos de dichos actos había sido encuadrada bajo la figura de la prohibición de innovar, contemplada en el art. 230 del CPCCN. A lo que la jurisprudencia agregaba un requisito más, la no afectación del interés público.

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, docente de "Derecho Administrativo" en la Universidad Blas Pascal y "Derecho Procesal Público" en la Universidad Empresarial Siglo XXI.

<sup>2</sup> BUTELER, Alfonso, "El amparo contra actos administrativos", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 186.

<sup>3</sup> Nuestra Corte Suprema, se ha pronunciado en este sentido al exponer: "... La protección de los derechos fundamentales está inescindiblemente unida a la tutela oportuna, la cual requiere de procedimientos cautelares o urgentes, y de medidas conservativas o innovativas...". CSJN, "Grupo Clarín S.A. y otros", 27/12/2012.

En la reciente ley 26.854 se encuentra expresamente regulada la figura cautelar que persigue la suspensión de los efectos un acto estatal, así en su art. 13 se dispone: "*La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles...*".

La ley mantiene la exigencia de la acreditación de los presupuestos tradicionales -verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la no afectación del interés público, a los cuales agrega que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

#### **IV. La inconstitucionalidad del art. 15 de la ley 16.986 y su repercusión sobre el art. 13, inc. 3° de la ley 26.854**

Adentrándome en un tema primordial en lo que hace a la tutela cautelar efectiva en el amparo, esto es, la forma de concesión del recurso de apelación interpuesto contra las medidas cautelares dictadas en este proceso, el art. 15 de la ley 16.986, establece en lo pertinente: "*Sólo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3° y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado. El recurso deberá interponerse dentro de 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos dentro de las 48 horas...*". Como puede observarse, la norma establece la concesión del recurso "en ambos efectos" (suspensivo y devolutivo), privilegiando de esta forma la ejecutoriedad del acto estatal por sobre el derecho a una tutela cautelar eficaz.

En los términos del art. 15, hasta tanto la Cámara no se pronuncie, la autoridad pública, no estará obligada a dar cumplimiento a la medida dispuesta por el juez de grado. Esa posibilidad, no resulta apropiada en los procesos constitucionales urgentes, como el amparo en el cual suponen están en juego los contenidos constitucionales de los derechos<sup>4</sup>.

Esta regulación de la apelación fue criticada por la doctrina especializada<sup>5</sup>, y posteriormente declarada inconstitucional por la jurisprudencia, por cuanto priva a la norma de protección de su finalidad, que es la de evitar que se consuma el daño para el amparista mientras se tramita el proceso. Más claro resulta aún si se tiene en cuenta que el art. 43 de la CN, otorgó rango constitucional a la acción de amparo, lo cual tiene como consecuencia, que la Constitución deroga a la vieja ley de amparo en todo cuanto resulte incompatible entre ambas.

La concesión de la apelación en ambos efectos es uno de los aspectos incompatibles entre la vieja norma y el régimen constitucional vigente en nuestro país. Y ello por cuanto asignar efectos suspensivos a la mera concesión del recurso, equivale a privar a la acción de amparo de su carácter de tutela rápida y expedita, produciéndose la desnaturalización de la misma<sup>6</sup>.

También se ha señalado que el art. 15 se encuentra en contradicción con las garantías supranacionales a la cual nuestra Constitución les otorgó jerarquía constitucional, particularmente en lo que dispone el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica.

Ahora bien, retomando el análisis del art. 3, inc. 13 de la ley 26.854, puede fácilmente observarse que, en tanto se entendiera que el mismo resulta de aplicación en los casos de apelaciones a medidas cautelares dictadas en procesos de amparo, y por lo tanto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico<sup>7</sup>, y el recurso se concediera con efectos suspensivos. Dicha norma será objeto del mismo reproche que se le hace al art. 15 analizado, por el agravio que provoca al derecho a la tutela judicial efectiva. Todo lo cual implica, que el art. 3°, inc. 3 de la ley 26.854, en cuanto otorga efecto suspensivo al recurso de apelación interpuesto en contra de una medida cautelar que suspende los efectos de una ley o reglamento del mismo rango jerárquico, dictada en el marco de un proceso de amparo, resulta a mi criterio inconstitucional.

<sup>4</sup> Cfr. SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., "Amparo y Administración en el estado constitucional social de derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 927/929.

<sup>5</sup> SAGÜES, Néstor P., "Derecho procesal constitucional", Buenos Aires, 1995, t. 3, p. 502. LAZZARINI, José Luis, "El juicio de amparo", Buenos Aires, 1988, p. 368; MORELLO, Augusto-VALLEFIN, Carlos, "El amparo, régimen procesal", Buenos Aires, 1998, p. 150.

<sup>6</sup> Ver en este sentido: "Adecua c. Poder Ejecutivo Nacional", Juzg. Nac. de 1ª Inst. en lo Contenciosoadministrativo Fed. Nro. 1, AR/JUR/5006/1999, 16/02/1999. Asimismo, "Assorati, Marta Luisa y otros incidente rex. e inap. C.PEN. D. 1317/6 y otro", CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 18/7/1997.

<sup>7</sup> Cabe destacar que dicho artículo no contempla el efecto suspensivo del recurso de apelación, en el caso de que se tratara de una medida cautelar suspensiva de los efectos de un acto administrativo.