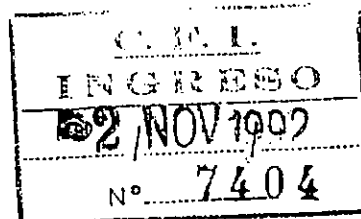


MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

0  
276  
I 24  
V



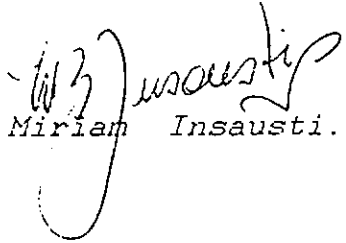
Buenos Aires, 30 de octubre de 1992.

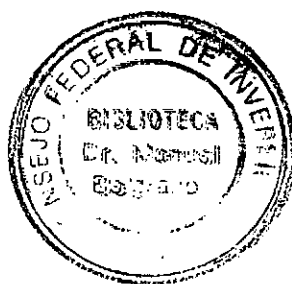
SEÑOR  
SECRETARIO GENERAL DEL C.F.I.  
INGENIERO JUAN JOSE CIACERA  
SU DESPACHO. -

REF. Locación de obra: Elaboración del Anteproyecto de Código Procesal Constitucional para la Provincia de Jujuy.

Tengo el agrado de dirigirme a Usted a fin de elevar a su consideración el tercer informe parcial de la locación de obra de la referencia.

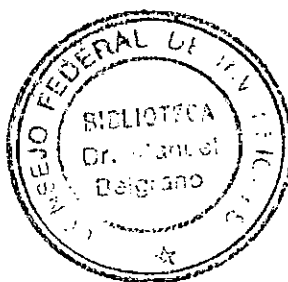
Atentamente,

  
Miriam Insausti.



37421

# TERCER INFORME PARCIAL



0/7.46  
I 24  
V/  
Z 30  
Z 301

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

SUMARIO

Página N<sup>o</sup>

I.	INTRODUCCION . . . . .	1
II.	CARACTERISTICAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO FEDERAL . . . . .	1
	1. Organo de Control . . . . .	1
	2. Según el momento en que se efectúa . . . . .	5
	3. Según el modo de articularlo . . . . .	6
	a. Declaración de oficio . . . . .	6
	b. Acción declarativa . . . . .	8
	4. Según los sujetos que lo impulsan . . . . .	11
	5. Alcance del control . . . . .	14
	a. Cuestiones políticas . . . . .	14
	b. Facultades discrecionales . . . . .	16
	6. Efectos del control . . . . .	17
	a. Efecto entre partes . . . . .	17
	b. Efecto vinculante . . . . .	17
III.	RECURSO EXTRAORDINARIO . . . . .	19
	a. Requisitos comunes . . . . .	20
	b. Requisitos propios del recurso . . . . .	21
	1. Cuestión federal o constitucional . . . . .	21
	a. Sentencia arbitraria . . . . .	23
	b. Gravedad institucional . . . . .	27
	c. Exceso ritual manifiesto . . . . .	28
	2. Relación directa o inmediata con la materia del proceso . . . . .	29

**MIRIAM INSAUSTI**  
**Abogada**

3. Resuelta en forma contraria al derecho federal . . . . .	30
4. Sentencia definitiva o equiparable a definitiva . . . . .	31
5. Superior tribunal de la causa . . . . .	34
6. Cuestión federal suficiente, trascendente y que no sea insustancial . . . . .	37
c. Requisitos formales . . . . .	39
1. Introducción oportuna y en forma correcta . . . . .	40
2. Mantenimiento en todas las instancias . . . . .	40
3. Autosuficiencia del escrito . . . . .	40
4. Legitimación y plazo para su interposición . . . . .	41
IV. AMPARO . . . . .	42
1. Amparo contra actos de autoridad pública . . . . .	43
2. Amparo contra actos de particulares . . . . .	55
3. Amparos especiales . . . . .	58
a. Amparo por mora de la Administración . . . . .	58
b. Amparo por mora de la Dirección General Impositiva o de la Administración General de Aduanas . . . . .	60
c. Amparo sindical . . . . .	62
d. Amparo electoral . . . . .	63
V. HABEAS CORPUS . . . . .	65
1. Habeas Corpus contra actos de autoridad pública . . . . .	65
a. Procedencia del Habeas Corpus durante el estado de sitio . . . . .	72
b. Declaración de inconstitucionalidad de oficio . . . . .	73
2. Habeas Corpus contra actos de particulares . . . . .	74

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

### TERCER INFORME PARCIAL

#### I. INTRODUCCION

Habiendo abordado ya el estudio del Derecho Comparado, cabe referirnos ahora al control de constitucionalidad existente en nuestro país.

En esta etapa nos referiremos específicamente al control de constitucionalidad en el orden federal.

#### II. CARACTERISTICAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO FEDERAL

##### 1. Órgano de Control

La supremacía de la Constitución está consagrada en el artículo 31 de la Constitución Nacional, el cual establece:

"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales..."

Si bien, podría decirse que en principio este artículo pretendió establecer la supremacía del derecho federal sobre el provincial, por temores similares a los que existieron en EE.UU. al momento de la sanción de su Constitución, debe destacarse que nuestra Constitución, a diferencia de la de los EE.UU. contó con otras normas constitucionales tales como el art. 28, 27 y 86 inc. 2 que establecieron el sometimiento tanto de las leyes, los tratados como los decretos del Poder Ejecutivo a la Constitución, configurándose así una verdadera supremacía de la Constitución, frente a cualquier norma, sea de orden federal o provincial.

En nuestro país el control de constitucionalidad está a cargo del Poder Judicial. Es así que el art. 100 establece:

"Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución..."

De esta norma se desprende que nuestra constitución presenta un sistema difuso de control de constitucionalidad, puesto que cualquier juez está facultado para declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Sin embargo el intérprete último de la Constitución es la Corte Suprema de Justicia, en virtud del art. 101 C.N.

Existen autores que entienden que el control de constitucionalidad en la Argentina es concurrente o complejo, ya que también es ejercido tanto por el Poder Ejecutivo como por el Poder Legislativo, e inclusive por algunos otros órganos extrapoder. Así por ejemplo el Poder Ejecutivo realiza un control preventivo de constitucionalidad cuando ejerce su

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

facultad de vetar una ley. Sin embargo bastará la insistencia con el voto de los 2/3 de las cámaras del Congreso para que este control no sea efectivo.

Se habla también de un control reparador de constitucionalidad por parte del Poder Ejecutivo, así cuando presenta un proyecto derogando una norma inconstitucional, pero acá también el control estará condicionado a la voluntad de los legisladores que reconozcan dicha inconstitucionalidad y decidan darle curso al proyecto.

Se cuestiona también la facultad del Poder Ejecutivo para declarar e inaplicar una ley cuando la considera inconstitucional.

Lógicamente todos los órganos del Estado y aún aquellos que se encuentran fuera de él deben ajustar su actuación a los principios de la constitución, y en tanto tengan que aplicar leyes o normas se convierten en intérpretes de la Constitución, debiendo por ende verificar la adecuación de tales normas con los principios y garantías consagrados en ella; pero ello no nos habilita a decir que estén facultados para declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Podrá también decirse que frente a una norma manifiestamente inconstitucional podrán abstenerse de aplicarla, tal como lo sostiene Gordillo o Bidart Campos, pero no declarar su inconstitucionalidad.

Queda en claro que en nuestro derecho el intérprete último de la Constitución es y debe ser la Corte Suprema de Justicia, y que si bien en algunos supuestos ese último control no es ejercido por ella, esto sólo se debe a una lamentable autolimitación que la misma Corte se impone.

Qué comprende en nuestro derecho el control de constitucionalidad?

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

- a. El control de constitucionalidad previsto en el art. 14 de la ley 48.
  - 1) Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso o de una autoridad ejercido en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez.
  - 2) Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional o los tratados o leyes del Congreso y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de Provincia.
  - 3) Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución o de un tratado, o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o evención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.
- b. El control de constitucionalidad frente a sentencias arbitrarias.
- c. El control de constitucionalidad por gravedad institucional.
- d. El control de constitucionalidad frente a limitaciones o amenazas al derecho de libertad, o ante agravaciones ilegítimas en las formas y condiciones en que se cumple una pena privativa de libertad (Habeas Corpus).
- El control de constitucionalidad frente a actuaciones u omisiones que lesionen, restrinjan o alteren los derechos o garantías expresa o implícitamente consagrados en la Constitución (Amparos).



MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

2. *Según el momento en que se efectúe.*

Nuestro derecho no reconoce un control preventivo de constitucionalidad respecto de normas jurídicas y así se ha pronunciado en numerosos fallos (Fallos 61:97, 62:313, 188:179).

La ley de Amparos (16.986 y 17.454), como la ley de Habeas Corpus (23.098) prevén un control preventivo, frente a amenazas de perturbación de los derechos constitucionales, pero recayendo este control en hechos o actos, no en normas jurídicas.

Es así que el derecho argentino presente un sistema reparador de control de constitucionalidad, pues este se ejerce con posterioridad a que la norma haya sido sancionada.

Una mención especial merecen los Tratados.

El art. 67 inc. 19 establece que es facultad del Congreso aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones.

Si en un caso concreto se planteará la inconstitucionalidad de dicho tratado, nada impediría que los tribunales pudieran revisar la constitucionalidad de los mismos, así lo ha reconocido la misma Corte Suprema en Fallos 208-84.

Lo que habrá que ver es cómo jugarían los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (1969) que ha sido ratificada por nuestro país.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

3. *Según el modo de articularlo.*

En principio, en nuestro derecho el control de constitucionalidad se ejerce por vía de excepción, es decir que este control sólo puede existir en tanto exista una controversia entre partes con intereses jurídicos contrapuestos que concluya con una sentencia de condena o absolución.

El control por vía de excepción tiene su fundamento en los artículos 100 y 101 de la C.N. que atribuye competencia a los tribunales federales para entender en "causas o controversias".

Por su parte, el artículo 2 de la ley 27 establece que la justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida y a instancia de parte.

Estos artículos han traído como consecuencia la negativa de los jueces a:

- \* declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma
- \* aceptar la acción declarativa de inconstitucionalidad

a. *Declaración de oficio*

La imposibilidad de los jueces de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma no tiene fundamento constitucional.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

Los jueces se han autolimitado para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes alegando la necesidad de resguardar el principio constitucional de separación de los poderes.

Ello ha llevado a una cuantiosa jurisprudencia de la Corte; que tiene su recepción expresa en el caso "Los Lagos c/Gobierno Nacional", el cual establece:

"Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes, es indispensable que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional<sup>(1)</sup>."

Obviamente lo que aquí está en juego es el concepto que se tenga de división de poderes, y por ende el alcance que se dé a tal concepto, y por sobre todo la vigencia efectiva y plena del art. 31 de la Constitución Nacional que establece la supremacía de estar frente a cualquier norma que vulnere alguno de sus principios.

Si reconocemos que nuestra Constitución consagra al Poder Judicial como su custodio y es deber de éste velar por dicha supremacía, sería irrazonable suponer que ante una norma manifiestamente inconstitucional, los jueces estarían obligados a aplicarlo por el solo hecho que su inconstitucionalidad no fue alegada por alguna de las partes.

---

(1) La Ley, Tomo 23, pág. 253.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

Con buen criterio la jurisprudencia de la Corte ha ido reconociendo la posibilidad de la declaración de oficio de inconstitucionalidad por parte de los jueces, así por ejemplo en los autos "Partido Provincial Unión Santiagueña" (Fallos, T. 238 pág. 239) o en "Acosta, Héctor c/ Crys S.A. (E.D. T. 74, pág. 385).

Sin embargo, en casos más recientes como "Peyrú Osvaldo J." del año 1985 (E.D. T. 127, pág. 557) los votos de los Dres. Caballero y Bacqué admiten la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 21.898, pero revocan el fallo de la alzada que declaró de oficio la inconstitucionalidad, no existiendo pedido de parte. Petracchi compartió dicho argumento.

La ley 23.098 de Habeas Corpus en su artículo 6 establece:

"Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad, cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución".

Si bien esta norma constituye un verdadero avance en lo que respecta a la declaración de oficio, hubiere estado más acorde con el principio de supremacía constitucional establecer que el juez debe y no puede declarar de oficio la inconstitucionalidad.

#### b. Acción declarativa

Si bien en el orden nacional se niega la posibilidad de entablar una acción abstracta o general de declaración de inconstitucionalidad, la Corte ha ido posibilitando otras

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

*mecanismos que van abriendo paso a una acción declarativa de inconstitucionalidad.*

*Estos mecanismos son*

- \* El amparo*
- \* La acción declarativa de mera certeza del art. 322 Código Procesal Nacional, siempre que se den los presupuestos que lo hacen procedente.*
- \* El incidente*

*Para la procedencia de estos mecanismos es necesario, según establece Augusto Morello "la existencia de una causa o controversia judicial en la cual el interés específico de la protección recae en la necesidad de dilucidar la validez de la ley o acto, aspecto que reviste carácter decisivo para la justa y legal composición del caso. No es suficiente con invocar un interés general y abstracto. Debe ser directo o reflejo pero cierto y afectar personalmente al legitimado activo". (2)*

*Entre la jurisprudencia que ha hecho lugar a la acción declarativa se puede citar: "Provincia de Santiago del Estero c/Gobierno Nacional" (La Ley 1986-C-116), "Constantino Lorenzo c/Nación Argentina" (Fallos 307-2384), "Hidronor S.A. c/Provincia de Neuquén" (La Ley t. 154 pág 517, "Klein, Guillermo Walter" del 29/8/86), "Recurso de hecho deducido por Obras Sanitarias de la Nación en el incidente de inconstitucionalidad del decreto 2195 del Poder Ejecutivo Nacional" (C.S.N. del 19/11/87).*

---

*(2) Augusto Morello, "Estado actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes" J.A. 1986-IV-659.*

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

Algunos autores citan como punto de partida más importante para la admisión de la acción declarativa como modo de revisión de la inconstitucionalidad de las normas el fallo "Hidronor S.A. c/Provincia de Neuquén" del 8/2/73, sin embargo es importante señalar que la ley 19549 del 3/4/72 en su artículo 24 inc. a ya posibilitaba la acción declarativa, y con él un control preventivo de los reglamentos.

El art. 24 inc. a establece:

"El acto de alcance general será impugnabile por vía judicial:

a) Cuando un interesado a quiere el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10..."

Se desprende del artículo antes mencionado la posibilidad de impugnar un reglamento, sin necesidad de aguardar el dictado del acto administrativo individual.

Es requisito para ello que el particular cuente con un derecho subjetivo y que el reglamento afecte o pueda afectar dicho derecho.

Nada impediría utilizar esta vía cuando el reglamento vulnere principios constitucionales.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

4. *Según los sujetos que lo impulsan.*

La jurisprudencia de la Corte Suprema estableció que para que procediera la jurisdicción federal era necesario la existencia de ciertos requisitos:

- \* La existencia de un caso contencioso, de una controversia entre partes. Sin embargo se ha sostenido que este requisito queda satisfecho con la existencia de un "asunto" que sea suceptible de apreciación judicial, dando así lugar a la procedencia de las acciones declarativas de mera certeza.
- \* Que dicha controversia no sea abstracta, entendiendo, por ende, que no se puede alegar un perjuicio futuro, eventual o hipotético.
- \* Que el agravio alegado recaiga sobre el peticionante y no sobre un tercero.

Este último requisito ha llevado a la doctrina a discutir si el agravio debe ser invocado sólo por quien tiene un derecho subjetivo, o también por quien tiene un interés legítimo. Quizás la solución pase, como lo sostiene Mairal<sup>(3)</sup> por construir un concepto de derecho subjetivo lo suficientemente amplio, como para permitir un adecuado acceso a la instancia judicial.

Este autor parte de la existencia de ciertos elementos en la noción de derecho subjetivo.

---

(3) Héctor Mairal, Control Judicial de la Administración Pública. Ed. De Palma 1984, Vol. I, págs. 798 y 55.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

**\* Vicio de legitimidad**

*Consideramos que este elemento es esencial.*

*Si se parte de que todo el ordenamiento jurídico está sujeto al principio de legalidad y que los actos dictados por la Administración como los de los otros Poderes deben ser legítimos; en tanto exista un vicio en la legitimidad del acto impugnado el sujeto debe estar legitimado para acceder a la justicia.*

**\* Perjuicio**

*Debe existir un perjuicio personal o propio, actual y efectivo o inminente por parte del recurrente.*

**\* Relación de causalidad**

*Debe existir una relación de causalidad entre la conducta ilegítima y el daño que se alega.*

**\* Carácter no remoto del agravio**

*Entiende Mairal que para evitar caer en una acción popular es necesario agregar este cuarto elemento. Este exige una razonable proximidad entre el acto impugnado o la norma violada y la situación jurídica del recurrente.*

*Cabe agregar que a los efectos de la legitimación, es decir a la admisibilidad formal de la acción o del recurso, bastará con alegar los tres primeros elementos. Con respecto al último elemento, se trata de una conclusión a la cual debe*



MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

arribar el tribunal sobre la base de los hechos y el derecho alegados por el actor.

La jurisprudencia de la Corte en ciertos casos, ha ido ampliando la base de legitimación.

Esta ampliación surge más evidente en materia de amparos con respecto a la protección del medio ambiente, a licitaciones públicas, etc. Un reciente fallo de la Corte Suprema, "Ekmekdjian c/Gerardo Sofovich" del 7/7/92 demuestra la amplitud que el concepto de derecho subjetivo tiene en la Corte.

El considerando 25 establece:

"Que cualquiera sea el nombre que se le hubiese asignado a la acción intentada en estos autos, por aplicación del principio iuria curia novit, esta Corte está facultada a superar óbices formales cuando se trata como en el subexámine de una persona que se ha sentido mortificada en sus sentimientos más profundos por expresiones insitadamente agraviantes para su sistema de creencias, considerando la presencia de un acto ilícito o en su caso de un abuso del derecho. En sentido estricto, Dalmiro Sáenz con sus expresiones vertidas en la audición de Gerardo Sofovich, quien posibilitó el uso del medio, interfirió en el ámbito privado del señor Miguel A. Ekmekdjian conmoviendo sus convicciones más profundas. Esta conducta ha interferido arbitrariamente en la vida ajena, mortificando sus sentimientos, lo que implica un verdadero agravio a un derecho subjetivo tutelado por el legislador".

Una particularidad presenta la ley 23098 de Habeas Corpus, ya que esta acción puede ser deducida por la misma persona detenida o por otra en su favor sin necesidad que tenga mandato, relación de amistad o vínculo familiar con el detenido.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

5. Alcance del control

Se ha dicho en informes anteriores que la mayoría de los países presentan un sistema parcial de control de constitucionalidad, es decir que existen ciertas normas o hechos que escapan al control de constitucionalidad.

Nuestro país se encuentra comprendido dentro de esta mayoría, y al igual que los otros países, fundamentó la exclusión de ciertas materias del control de constitucionalidad en la necesidad de mantener un adecuado equilibrio entre los otros poderes.

a. Cuestiones políticas

Nuestra Corte desde antaño fue limitándose frente a las llamadas cuestiones políticas, entendiendo que las mismas no eran judiciables, ya que sino se vulneraría el principio de separación de los poderes.

Se parte aquí de un erróneo concepto de división de poderes, entendiendo ello como que cada poder es soberano en su esfera, cuando en realidad de lo que se trata es de una separación de funciones. El hecho que una atribución sea privativa de un Poder, en modo alguno implica que el ejercicio de dicha competencia no sea revisable judicialmente para determinar si existió o no lesión a la Constitución.

Si es la Corte Suprema el intérprete último de la Constitución, es su derecho y su deber verificar si las normas y actos de los otros poderes se adecuan a los principios y

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

garantías, como así también a los procedimientos establecidos en la Constitución, y pronunciarse en los supuestos en que considere que existió un apartamiento de los mismos.

Con un sano criterio la Corte ha entrado a dirimir, total o parcialmente cuestiones consideradas anteriormente como estrictamente políticas.

Así en fallos como el de "Frente Justicialista de Liberación" (Fallos 235-410) dijo que no cabe concluir a priori que una determinada cuestión queda sustraída a la espera del Poder Judicial por el simple hecho de que involucre temas de índole política, cuando la decisión adoptada suscita una controversia estrictamente jurídica.

En este fallo se adopta la posición del Procurador General, Dr. Soler, en el leading case "Partido Demócrata - Distrito San Juan" (Fallos 238-283) que tuvo una resolución totalmente distinta, pues allí la Corte entendió que no eran justiciables las cuestiones electorales, por considerarlas políticas, y por ende irrevisables por la vía del recurso extraordinario.

En Fallos 244-164 Unión Cívica Radical Bloquista estableció que aún cuando se trate de una materia excluida en principio de la jurisdicción de la Corte Suprema por su naturaleza política, si la sentencia del tribunal investida de jurisdicción por disposición expresa de la ley viola las garantías constitucionales (por haber sido, en el caso, pronunciado por uno solo de los tres integrantes de la Cámara Federal) cabe el recurso extraordinario a su respecto.

En materia de estado de sitio, la Corte entendió que era competente para evaluar la razonabilidad de las medidas tomadas durante la vigencia del estado de sitio. Así en Fallos 282-392 "Mallo" se dejó sin efecto la prohibición de proyección y el secuestro de una película.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

En Fallos 298-441 "Zamorano" la Corte consideró la razonabilidad del arresto dispuesto por el Poder Ejecutivo y las causas del estado de sitio.

Con respecto al procedimiento de sanción de las leyes, si bien en principio los tribunales se negaron a conocer en las impugnaciones relativas al proceso parlamentario, así en Fallos 141-271 S.A. Cía. Azucarera Tucumana c/Provincia de Tucumán; en Fallos 256-556 "Soria" estableció que si no se daban los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una ley, podía entrar a juzgar en el tema.

#### **b. Facultades Discrecionales**

Muchas veces la Corte se abstuvo de entender en una cuestión alegando que se trataba de una facultad discrecional de los otros Poderes y por ende irrevisible jurídicamente.

Una facultad es discrecional cuando la autoridad que tiene que tomar una determinación tiene varias alternativas, todas igualmente válidas frente al ordenamiento jurídico.

Si la autoridad elige una alternativa contraria al ordenamiento jurídico, dicha decisión es ilegítima.

Si es deber de los jueces pronunciarse sobre la legitimidad de las normas y de los actos, no puede negarse a revisar el acto fundándose en que se trata de una facultad discrecional cuando se han violado los límites de dicha discrecionalidad.

Cosa distinta es el acto dictado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia en el que, a través de un juicio de valor positivo por disciplinas no jurídicas, se

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

considera la decisión como la más idónea para alcanzar una solución posible para una situación existente.

La oportunidad, mérito o conveniencia, en tanto es irrelevante para el derecho, no está sujeta a revisión por parte del Poder Judicial.

Cabe destacar que el control de constitucionalidad en nuestro país comprende todas las normas infraconstitucionales, entendiendo el término normas en sentido amplio, comprensivo de leyes, decretos, resoluciones, etc.

También abarca el control de los actos o hechos de la administración, como así también las omisiones de la misma.

## 6. Efectos del control

### a. Efecto entre partes

En nuestro derecho el control de constitucionalidad sólo tiene efecto entre partes, ya que el juez no deroga la norma inconstitucional, la cual continúa dentro del ordenamiento jurídico, sino que sólo se limita a declarar su inaplicabilidad al caso concreto.

### b. Efecto vinculante

#### \* Corte Suprema

Si bien el derecho argentino presenta un control de constitucionalidad difuso, en donde cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma, se ha dicho

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

anteriormente que el control último de constitucionalidad está a cargo de la Corte Suprema.

Siendo la Corte intérprete final, se ha entendido que los jueces inferiores están obligados a conformar sus sentencias a sus precedentes. Sin embargo, los jueces inferiores podrán apartarse de dichos precedentes si aportan nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal.

Algunos autores, como Bidart Campos, entienden que esta fuerza vinculante no se ejerce tan sólo respecto de los jueces inferiores (federales o no federales, nacionales o locales), sino también respecto del Poder legislativo, es así que carecerían de validez las leyes que prescindan o violen interpretaciones realizadas por la Corte.

#### **\* Tribunal de Casación Penal**

A diferencia de lo que sucede con respecto a la Corte Suprema, en donde no existe una ley que acepte o deniegue el efecto vinculante de sus resoluciones, sino que ello surge de los propios fallos de la Corte, la ley 24050 en el artículo 10 última parte establece:

"... La interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la Cámara de Apelaciones y para todo otro órgano jurisdiccional que dependa de ella, sin perjuicio de que los jueces que no comparten su criterio dejen a salvo su opinión personal.

La doctrina sentada podrá modificarse sólo por medio de una nueva sentencia plenaria".

Por su parte, el artículo 11 de la misma ley expresa:

**MIRIAM INSAUSTI**  
**Abogada**

"También darán lugar a la reunión de la Cámara de Casación en pleno las sentencias que contradigan otra anterior de la misma Cámara, cuando el precedente haya sido expresamente invocado por el recurrente antes de la sentencia definitiva de ese Tribunal. La impugnación tendiente a la convocatoria del Tribunal en Pleno deberá ser interpuesta y fundada dentro de los cinco días ante la sala interviniente.

La Cámara establecerá la doctrina aplicable y si la del fallo impugnado no se ajustara a aquella, lo declarará nulo y dictará sentencia acorde con la doctrina establecida. Hasta tanto la Cámara resuelva sobre la procedencia o no de la impugnación, la sentencia quedará suspendida en su ejecución".

Como se puede observar de los artículos antes transcritos las decisiones de la Cámara de Casación Penal tienen efecto vinculante.

### **III. RECURSO EXTRAORDINARIO**

Al analizar el control de constitucionalidad en los Estados Unidos, nos referimos a la Judiciary Act de 1789. Dicha Ley Judicial constituye el antecedente más preciso del artículo 14 de la Ley 48.

La Ley 48 nace como un remedio federal, es decir como una forma de asegurar la supremacía del derecho federal sobre el derecho provincial, de allí que los incisos del artículo 14 se refieren a la impugnación de sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia, que resulten contrarias a la Constitución y demás normas federales.

Sin embargo, hoy en día este recurso se ha convertido en un verdadero recurso de constitucionalidad, pues su finalidad

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

es establecer la supremacía de la Constitución, tanto frente a las normas nacionales como provinciales.

Su conversión en un recurso de constitucionalidad se debió en gran parte a la creación pretoriana de las sentencias arbitrarias, la doctrina de la gravedad institucional y el exceso ritual manifiesto, lo que ha servido para ampliar los límites del recurso extraordinario, llevando a autores como Sagües a hablar de nuevo recurso extraordinario, un "recurso de justicia y de equidad".

El recurso extraordinario se encuentra contemplado en el artículo 14 de la Ley 48 y se complementa con las disposiciones contenidas en los artículos 15 y 16 de dicha ley, el artículo 6 de la ley 4055 y los artículos 256, 257, 258, 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La jurisdicción de la Corte Suprema se divide en jurisdicción originaria y jurisdicción apelada.

El recurso de la Ley 48 es un recurso de apelación extraordinaria.

Para la procedencia del recurso extraordinario deben diferenciarse:

- \* los requisitos comunes
- \* los requisitos propios del recurso, y
- \* los requisitos formales

a. Requisitos comunes

Los requisitos comunes están dados por la necesidad de:

- \* intervención anterior de un tribunal de justicia,



**MIRIAM INSAUSTI**

**Abogada**

- \* que dicha intervención haya tenido lugar en un juicio.
- \* que en ese juicio se haya resuelto una cuestión justiciable, en el cual el legitimado impugnante tenga interés personal y jurídico,
- \* que la resolución cause gravamen,
- \* que los requisitos subsistan al momento de dictarse sentencia.

**b Requisitos propios del recurso**

*Son requisitos propios del recurso extraordinario*

- \* que en el pleito se haya debatido una cuestión federal o constitucional,
- \* que esa cuestión tenga una relación directa e inmediata con la materia del proceso,
- \* que ella haya sido resuelta en forma contraria al derecho federal invocado,
- \* que el pronunciamiento que se impugne sea una sentencia definitiva o equiparable a definitiva,
- \* que provenga del Superior Tribunal de la causa,
- \* que exista gravamen federal suficiente,
- \* que la cuestión sea de trascendencia,
- \* que la cuestión no sea insustancial.

**1. Cuestión Federal o Constitucional**

Se entiende por cuestión federal aquellas que versan sobre una interpretación de normas o actos federales o acerca de conflictos entre la constitución y normas o actos de autoridades nacionales o locales.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

La doctrina y la jurisprudencia distinguen la *cuestión federal simple*, entendiendo por ella la que versa sobre la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, de un tratado internacional, de las leyes federales (con la limitación que establece el art. 15 de la Ley 48, es decir cuando se refiera a la interpretación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos de fondo), de reglamentos de leyes federales o de actos federales, de la *cuestión federal compleja*, es decir aquella que versa sobre un conflicto de constitucionalidad entre normas y actos infraconstitucionales y la Constitución Nacional.

Con respecto a la *cuestión federal compleja*, diferencian la *cuestión federal compleja directa* y la *cuestión federal compleja indirecta*.

Existe *cuestión federal compleja indirecta* cuando la inconstitucionalidad de una norma o acto se funda en su incompatibilidad con otra norma o acto que según la Constitución tiene preminencia. La afectación a la Constitución es indirecta, ya que es esta la que en su artículo 31 establece la gradación jerárquica.

Existe *cuestión federal compleja directa* cuando el conflicto se da directamente entre la Constitución y una norma o acto infraconstitucional.

Si bien el recurso extraordinario sólo es procedente cuando existe una *cuestión federal*, y lo debatido es sólo una *cuestión de derecho*, la Corte en numerosas ocasiones, abrió la instancia extraordinaria frente a cuestiones de derecho local o común o frente a cuestiones de hecho por entender que estaban íntimamente vinculadas a la *cuestión constitucional*, o existía un verdadero conflicto constitucional.

La intervención de la Corte en estos supuestos ha dado lugar a una gran apertura del recurso extraordinario a través de

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

la creación pretoriana de la sentencia arbitraria, la gravedad institucional y el exceso ritual manifiesto.

a. Sentencia arbitraria.

Existe arbitrariedad cuando lo decidido comporta un acto irracional o de palmario apartamiento del cuadro normativo que rige el caso. En estos casos los errores que presenta la sentencia la descalifican como acto judicial válido.

Si bien el recurso extraordinario por sentencia arbitraria nace pretorianamente, tiene fundamento constitucional.

Para Vanossi este fundamento estaría dado en el artículo 33 de la Constitución Nacional (garantías no enumeradas) en donde la "no arbitrariedad" sería una garantía innominada que se traduce en la exigencia de una sentencia razonable.

El primer fallo sobre sentencia arbitraria data de 1909 en "Rey c/Rocha" (Fallos 112-384).

En ese caso la Corte dijo:

"Que el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes, porque si así no fuera, la Suprema Corte podría encontrarse en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales de toda clase de causas, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

confieren los artículos 100 y 101 de la Constitución Nacional y 3 y 6 de la ley 4055."

En este caso el fundamento constitucional estaba dado por el artículo 17 de la Constitución.

Del fallo antes transcripto se desprendían los requisitos que la Corte consideraba necesarios para la existencia de arbitrariedad:

- \* violación constitucional
- \* caso extraordinario
- \* carencia de fundamento legal
- \* simple voluntad de los jueces
- \* algo más que un mero error de interpretación.

Tales requisitos hacían muy excepcional la aplicación por la Corte de la doctrina de la arbitrariedad.

Sin embargo, a partir de 1966 se produce una flexibilización de los requisitos del recurso extraordinario y especialmente con respecto a la arbitrariedad lo que ha llevado a que en la actualidad la mayor cantidad de recursos extraordinarios en que entiende la Corte, se deban a supuestos de sentencias arbitrarias.

Numerosos autores han tratado de establecer cuáles son las causales que dan lugar a una sentencia arbitraria, así por ejemplo Bidart Campos en su "Tratado elemental de Derecho Constitucional", Pedro Torrent en su artículo "Doctrina de la arbitrariedad según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación"<sup>(4)</sup>, Pedro Sagüés en el tomo II del libro "Recurso extraordinario", entre otros.

---

(4) Ver "El Derecho" t. 120 pág. 458/468.

**MIRIAM INSAUSTI**  
**Abogada**

Por su parte Genaro Carrio en su libro "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria" establece una clasificación tripartita de los criterios de arbitrariedad.

- **Objeto o tema de la decisión**
  - a) omisión de resolver cuestiones propuestas
  - b) resolución de cuestiones no planteadas
  
- **Fundamentos de la decisión**
  - a) en la premisa mayor
    - 1. jueces que se arrogan una función de legislador
    - 2. prescindencia del texto legal
    - 3. aplicación de preceptos derogados
    - 4. fundamentación en pautas de excesiva amplitud
  - b) en la premisa menor
    - 1. prescindencia de prueba decisiva
    - 2. invocación de prueba inexistente
    - 3. contradicción con otras constancias de la causa
  - c) en la premisa mayor, en la menor o en el tránsito de una a la otra
    - 1. afirmaciones dogmáticas
    - 2. excesos formalistas o rituales
    - 3. autocontradicción
  
- **Efectos de la decisión**

Pretender dejar sin efecto decisiones definitivas firmes.

De todas maneras ninguna clasificación es absoluta y siempre pueden surgir nuevos supuestos de arbitrariedad.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

Al momento de sancionarse la ley 23774 que introduce en nuestra legislación el "writ of certiorari" surgió el interrogante de que sucedería con las sentencias arbitrarias ya que, como se ha dicho anteriormente, la corte flexibilizó en demasía los supuestos de acceso a esta instancia a través del recurso extraordinario por sentencia arbitraria, constituyendo este la mayor fuente de trabajo para los ministros de la Corte.

Si el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, reformado por la ley 23774 otorgaba a la Corte una facultad discrecional para rechazar los recursos cuando consideraba que estos eran intrascendentes, podía suceder que la mayor cantidad de rechazo por intrascendencia se produjera con respecto a las sentencias arbitrarias, como un intento de la Corte de desandar el camino, como lo señala Morello.

Sin embargo la Corte en su nueva conformación ratifica la doctrina de la arbitrariedad y convalida la jurisprudencia anterior del tribunal.

Así, por ejemplo, en fallos "Frianchi Héctor" del 3/7/90, "Bacqué Marcel vs Multicambio S.A." del 18/9/90, "Granada Jorge H. c/Diarios y Noticias S.A." del 23/10/90, "Palacio de Pacheco" del 28/9/89, "Corones Gladys c/Marval y O'Farrell Soc. Civil" del 3/7/90.

Por último debe destacarse que la arbitrariedad no es una causal autónoma de procedencia del recurso extraordinario. Debe dicha arbitrariedad violar garantías constitucionales, y dicha violación ocasionar perjuicios al recurrente. Es éste quien debe demostrar la relación directa entre los perjuicios ocasionados y las garantías constitucionales violadas.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

**b. Gravedad institucional.**

Se define a la gravedad institucional como aquellas cuestiones que exceden el mero interés de las partes afectando el de la comunidad.

Al igual que la sentencia arbitraria, la gravedad institucional ha sido una creación pretoriana de la Corte, en donde se consideró viable el recurso extraordinario no obstante no darse todos los requisitos necesarios para su procedencia por entender que existe una cuestión institucional de suficiente importancia.

El primer fallo que se refiere a la gravedad institucional es el caso "Jorge Antonio" (Fallos 242-189) en donde la Corte establece que la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención del tribunal superando ápices procesales frustratorios del control constitucional.

Sin embargo, la Corte ha abierto el recurso extraordinario en innumerables casos alegando gravedad institucional impidiendo así determinar cual es el criterio que sostiene. A ello se suma que la gravedad institucional es un concepto jurídico indeterminado, y existe un margen de subjetividad en su valoración.

La Ley 23774 que modifica el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece en el párrafo segundo de dicho artículo:

"La Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia."

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

Surge el interrogante de si el artículo cuando se refiere a cuestiones carentes de trascendencia, se está refiriendo a cuestiones que no revisten gravedad institucional, incorporando así esta creación pretoriana al writ of certiorari argentino.

Morello sostiene que "las cuestiones de gravedad o interés institucional son trascendentes y obligan a la Corte a su tratamiento, pero existen otras cuestiones federales igualmente trascendentes que sin revestir el carácter de gravedad o interés institucional, podrán o deberán ser admitidas para el tratamiento de la apelación federal.

Sería angostar en demasía reducir la procedibilidad del recurso extraordinario, en el horizonte de la trascendencia a nada más que las cuestiones de gravedad institucional. Por lo que cabe sostener que la noción legal de trascendencia se independiza, para cobrar un juego autónomo, a los fines que estamos examinando. Como decisiva causa excluyente de admisibilidad del recurso extraordinario".<sup>(5)</sup>

Por último cabe destacar que la gravedad institucional debe ser alegada y probada por la parte interesada, no bastando una alegación genérica.

#### c. Exceso ritual manifiesto

Otra creación pretoriana que ha permitido una apertura del recurso extraordinario es el exceso ritual manifiesto.

---

(5) Augusto Morello, La nueva etapa del recurso extraordinario. El certiorari. Ed. Abeledo Perrot. Cap. 11, págs. 163/164.



**MIRIAM INSAUSTI**  
**Abogada**

Existe exceso ritual manifiesto cuando un juez se apegas al formalismo excesivo, negándose a conocer la verdad jurídica objetiva, desconociendo así la facultad y el deber que la constitución le acuerda de otorgar a los justiciables un adecuado servicio de justicia.

Esta creación pretoriana encuentra su fundamento constitucional en el artículo 18 de la C.N.

El primer pronunciamiento de la Corte respecto del exceso ritual manifiesto se remite al año 1957 en el fallo "Colalillo Domingo c/Cía. de Seguros España y Río de la Plata" (Fallos 238-550).

A este primer fallo le continúan numerosos fallos en donde la Corte, con muy buen criterio, descalifica a aquellos fallos en donde los jueces se han limitado a una estricta aplicación de las disposiciones procesales.

Así, por ejemplo, en "Baracco de Perdome, María del Carmen y otros c/Banco del Acuerdo S.A." (La Ley 1987-A-489); "Carena de Crippa, María c/Municipalidad de Córdoba" (La Ley del 18/4/90); "Yeri" (La Ley del 26/11/90); Giménez, María c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales" del 8/5/86, entre otros.

**2. Relación directa o inmediata con la materia del proceso.**

Este requisito surge del artículo 15 de la Ley 48.

Existe relación directa cuando no se puede resolver válidamente el juicio si no se resuelve la cuestión federal o constitucional involucrada en el pleito.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

No existe relación directa con el derecho federal involucrado cuando la sentencia cuenta con fundamentos no federales suficientes para sustentar el fallo.

Corresponde a quien interpone el recurso probar la relación directa entre la materia del juicio y la cuestión federal o constitucional.

3. **Resuelta en forma contraria al derecho federal invocado.**

El artículo 14 de la Ley 48 exige que la resolución impugnada a través del recurso extraordinario sea contraria al derecho federal.

Dijimos anteriormente que nuestra Ley 48 tiene su antecedente en la "Judiciary Act" de los EE.UU., y al igual que dicha ley, nació con la intención de asegurar la supremacía del derecho federal sobre el local.

Hoy no quedan dudas de que la Constitución Nacional también puede verse lesionada cuando se declara inconstitucional una ley provincial a pesar de no presentar inconstitucionalidad alguna.

Son numerosos los proyectos presentados para modificar en este aspecto el artículo 14 de la Ley 48. Así, por ejemplo, el Proyecto de Vanossi -expediente 64-D-85 de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación, reproducida en expediente 116-D-91, que consta en el Trámite Parlamentario Nº 2 de la Cámara de Diputados, de fecha 3/5/91.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

4. *Sentencia definitiva o equiparable a definitiva.*

Tanto el artículo 14 de la Ley 48 como el artículo 6 de la Ley 4055 se refieren a la necesidad de una sentencia definitiva para poder apelar ante la Corte Suprema.

Existe sentencia definitiva cuando la decisión que se dicte pone fin a la cuestión debatida en el juicio, de modo que dicha cuestión no puede ser ya replanteada en ese juicio ni en otro posterior.

No obstante, la Corte ha entendido procedente el recurso extraordinario en resoluciones asimilables a definitivas. Así abrió la instancia extraordinaria ante resoluciones que impiden la continuación del proceso, resoluciones que causen un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior o resoluciones que impliquen un caso de gravedad institucional.

Dichas resoluciones deben provenir, en principio, del Poder Judicial. Sin embargo, la Ley 4055 en su artículo 6 establece que es procedente el recurso extraordinario frente a las "sentencias definitivas" (si es que en estos casos se puede hablar de sentencias) de los tribunales superiores militares.

Cabe destacar que a partir de la Ley 23049 que introduce el artículo 445 bis al Código de Justicia Militar, ante ciertas "sentencias" del Superior Tribunal Militar se puede deducir recurso en sede judicial, y eventualmente contra dicho fallo interponer el recurso extraordinario.

La Ley 23984, que reforma el Código Procesal Penal establece en el artículo 23 que le corresponde a la Cámara de Casación entender del recurso previsto por el artículo 445 bis de la Ley 14029 (Código de Justicia Militar).

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

Por su parte, el artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación expresa que el recurso extraordinario debe ser interpuesto ante el "juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva". Surge el interrogante en que casos procede el recurso extraordinario ante una decisión administrativa.

Algunos autores, y la propia jurisprudencia de la Corte, han entendido que se trata de supuestos en que los organismos administrativos actúan en ejercicio de facultades jurisdiccionales, y no está prevista una revisión judicial de dichas decisiones ni por vía de acción ni por vía de recurso.

Obviamente, ello está íntimamente vinculado con la posición que se tenga respecto de jurisdicción administrativa; es decir, si se reconoce o no que la Administración puede ejercer jurisdicción administrativa y en el caso de reconocérselo, si el recurso extraordinario es el control judicial suficiente al que se refería la Corte en el fallo "Fernández Arias c/Poggio" (Fallos 247-652) al pronunciarse sobre este tema.

Otro tema a dilucidar es cual es, frente a las sentencias plenarias del Tribunal de Casación Penal, sentencia definitiva a los efectos de acceder al recurso extraordinario no previsto en el art. 14 de la Ley 48.

Este problema ha sido expuesto por el Dr. Pedro Néstor Sagües en las "Segundas Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional", realizadas en la Ciudad de Buenos Aires los días 15 y 16 de octubre de 1992.

En dicha ocasión se plantearon los tres supuestos en donde la Cámara Nacional de Casación Penal se reúne en pleno y se trata de establecer cuál decisión (si la del Pleno o de la Sala) es sentencia definitiva a los fines del artículo 14 de la Ley 48.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

Estos tres supuestos están contemplados en los artículos 10 y 11 de la Ley 29050:

- \* Para unificar la jurisprudencia de sus salas o evitar sentencias contradictorias.
- \* Para fijar la interpretación de la ley aplicable al caso cuando la Cámara, a iniciativa de cualquiera de sus salas, entendiera que es conveniente.
- \* Cuando la sentencia de la Sala contradiga otra anterior de la misma Cámara, cuando el precedente haya sido expresamente invocado por el recurrente antes de la sentencia definitiva de ese Tribunal.

El primer supuesto no presenta problema ya que se trata de una convocatoria en abstracto. No existe un caso concreto de aplicación.

Los problemas se presentan en los supuestos 2 y 3.

En el supuesto 2, en donde el pedido del pleno parte de una de sus Salas, la sentencia definitiva será la establecida por el Pleno.

En el supuesto 3, la parte interesada plantea la convocatoria al Pleno.

En este caso el Pleno puede:

- a) convalidar el primer fallo citado como precedente, ordenando su aplicación y nulificando el segundo fallo. Esta decisión del Pleno es sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario.
- b) Considerar correcto el segundo fallo. Es aquí donde la cuestión, según Sagües, se vuelve más discutible. El

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

entiende que aplicando el fallo Strada, y considerando que era viable la convocatoria al Pleno, la parte interesada debía convocarlo, siendo en este caso el pronunciamiento del Pleno la sentencia definitiva.

5. Superior Tribunal de la causa.

En el fallo "Cautana" (La Ley F.1981-A-pág. 390) y sobre todo a partir del fallo "Strada" (La Ley F.1986-B-pág. 474) se estableció que para acceder al recurso extraordinario era necesario agotar las vías ordinarias y extraordinarias locales.

Así en el fallo Strada se estableció:

"Tribunal Superior de Provincia, según el artículo 14 de la Ley 48, es el órgano judicial erigido como Supremo por la Constitución de la Provincia, salvo que sea incompetente en el caso, circunstancia que no podrá extraerse del carácter constitucional federal de la materia que aquel suscite. En los supuestos en que por razones diversas de esta última naturaleza, el órgano judicial máximo de la provincia carezca de aptitud jurisdiccional, aquella calidad la tendrá el tribunal inferior habilitado para resolver el litigio por una sentencia que, dentro del régimen procesal respectivo, no sea susceptible de ser revisado por otro o, incluso, por él mismo. Consecuentemente, los litigantes deben alcanzar a ese término final, mediante la consunción, en la forma pertinente, de las instancias locales a efectos de satisfacer el recaudo examinado".

Surgen algunas dudas con respecto al superior tribunal de la causa en materia penal, ante la reforma introducida por la Ley 23984 al Código Procesal Penal de la Nación.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

Dichos interrogantes fueron planteados por el Dr. Sagües en las Jornadas de Derecho Procesal Constitucional antes mencionadas.

Dicho Código contempla dos recursos, el de casación y el de inconstitucionalidad, que según las proyecciones del caso Strada, deberían transitarse para poder luego acceder al recurso extraordinario.

a. *Recurso de casación.*

El artículo 456 del Código antes mencionado establece:

"El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos:

- 1º Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.
- 2º Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación."

Surge de la norma transcripta corroborada en la exposición de motivos que el recurso de casación está programado para discutir sólo cuestiones de derecho.

Planteaba este autor que las sentencias que contienen una arbitrariedad fáctica no estarían captadas por el recurso de casación, en tales supuestos, teóricamente podría interponerse directamente el recurso extraordinario federal, sin tener que recorrer la vía del recurso de casación.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

El mayor problema se plantearía ante una sentencia con arbitrariedad mixta (normativa y fáctica).

En estos casos qué recurso habría que plantear?, un recurso de casación y simultáneamente un recurso extraordinario que debería quedar en suspenso hasta la resolución del Tribunal de Casación Penal?

La solución según Sagües es, quizás yendo contra el espíritu del legislador, abrir el recurso de casación a las cuestiones de hecho necesarias para resolver el conflicto y aún involucrando cuestiones de hecho, convirtiendo el recurso de casación en una casación amplia y no restrictiva a las cuestiones normativas, o introducir las sentencias de arbitrariedad fáctica a través de los problemas de nulidad que acarrea la inobservancia de normas procesales, contempladas en el artículo 456.

**b. Recurso de inconstitucionalidad.**

El artículo 474 del Código Procesal Penal de la Nación expresa:

"El recurso de inconstitucionalidad podrá ser interpuesto contra las sentencias definitivas o autos mencionados en el artículo 457, si se hubiere cuestionado la constitucionalidad de una ley, ordenanza, decreto o reglamento que estatuya sobre materia regida por la Constitución, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente".

De esta norma surge que a través de este recurso se plantea la inconstitucionalidad de una ley, ordenanza, decreto o reglamento, siendo su órbita mucho más restringida que la del recurso extraordinario. Así, por ejemplo, no resolvería las cuestiones que involucren la interpretación de una cláusula de



MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

la Constitución o de una ley, llamadas por algunos autores cuestiones federales simples.

En estos supuestos, podría accederse al recurso extraordinario sin plantear el recurso de inconstitucionalidad, paso necesario para poder apelar ante la Corte?

Sagües entiende que una solución posible sería que el recurso de casación entendiera en las cuestiones federales simples, ya que este recurso tiene como objetivo captar la errónea aplicación de la ley sustantiva.

6. *Cuestión federal suficiente, trascendente y que no sea insustancial.*

Estos tres últimos requisitos han sido incorporados por la Ley 23774 en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

A través de este artículo y del artículo 285 referente a la queja por denegación del recurso extraordinario se introdujo en la legislación argentina el writ of certiorari, que ya venía aplicando de hecho la Corte en numerosos fallos.

El writ of certiorari es la facultad discrecional que tiene la Corte para, sin fundamentos y con la sola mención del artículo 280, rechazar el recurso extraordinario por considerar que no existe un agravio federal suficiente o que las cuestiones planteadas resultan insustanciales o carentes de trascendencia.

Una de las mayores críticas que recibió esta reforma es que no estableció la trascendencia como un presupuesto de admisibilidad del recurso, cuya existencia debía verificar el superior tribunal de la causa.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

Otra crítica consiste en la posibilidad de rechazar los recursos, con la sola mención de esta norma, sin dar fundamentos.

En un régimen de derecho, en donde es función de los jueces asegurar la legitimidad de las normas y de los actos, debe existir una relación directa entre el ejercicio de una facultad discrecional y la motivación o fundamentación del acto o resolución. Es así que a mayor discrecionalidad, mayor fundamentación, como una forma de dar garantías al judiciable que no se ha caído en arbitrariedad.

Esto tiene mayor peso si se tiene en cuenta que en nuestro derecho no existen pautas más o menos claras que indiquen en mayor o menor medida que razones tendrá en cuenta la Corte para entender en una causa, a diferencia de lo que sucede en EE.UU. que cuenta con la Regla 17, mencionada en nuestro primer informe.

Se podrá alegar que el writ of certiorari sirve a la Corte como instrumento para alivianarla de las innumerables causas que llegan hasta sus estrados permitiéndole así ocuparse de las cuestiones constitucionales verdaderamente trascendentes.

Sin embargo, con anterioridad a la sanción de la ley 23774 se habían propuesto soluciones tendientes a alivianar las tareas de la Corte sin haber tenido respuesta favorable. Así, por ejemplo, la creación de un Tribunal de Casación que entendiera de todos los recursos por arbitrariedad que constituyen el fundamento de la mayoría de los recursos extraordinarios.

Los motivos que establece el artículo 280 para rechazar el recurso son:

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

- \* *Falta de agravio federal suficiente:* Sagües<sup>(6)</sup> critica esta expresión. Entiende que no es posible imaginar que el derecho federal pueda ser lesionado mucho o poco. No se trata de un problema cuantitativo sino cualitativo.
- \* *Cuestiones insustanciales:* se refieren a recursos extraordinarios que objetan líneas jurisprudenciales firmes de la Corte sin dar argumentos con entidad como para que la Corte modifique su posición.
- \* *Cuestiones sin trascendencias:* Según Sagües el concepto de trascendencia se vincula con el de gravedad institucional. De allí que un recurso extraordinario es intrascendente si no presenta un problema que tenga interés o gravedad institucional. Morello, como lo manifestamos al referirnos a la gravedad institucional, no comparte dicha posición.

c. *Requisitos formales.*

*Son requisitos formales del recurso extraordinario:*

- \* *que la cuestión federal haya sido introducida oportunamente y en forma correcta;*
- \* *que sea mantenida en todas las instancias;*
- \* *que el recurso esté redactado técnicamente en forma idónea, es decir que se baste a sí mismo;*
- \* *que haya sido interpuesto dentro del plazo legal, por parte legitimada.*

*Analizaremos cada uno de ellos.*

---

<sup>(6)</sup> Néstor Pedro Sagües. *El writ of certiorari argentino*. La Ley T. 1990-C-pág. 717.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

### **1. Introducción oportuna y en forma correcta.**

La cuestión federal o constitucional debe ser oportunamente planteada en el juicio, permitiendo así que los jueces ordinarios de la causa, dado nuestro sistema de control difuso, puedan expresarse acerca de la aparente violación constitucional.

La oportunidad del planteamiento de la cuestión federal es al momento de trabarse la litis o en la primera oportunidad posible desde que se conoce que existe una violación a principios o garantías constitucionales.

Un planteo correcto es haciendo reserva del caso federal, explicitando cuales son las normas del derecho federal lesionadas y la conexión que ellas guardan con la litis.

### **2. Mantenimiento en todas las instancias.**

El requisito de que sea mantenida la cuestión federal en cada una de las instancias del procedimiento, tiene como finalidad permitir a cada uno de los órganos que intervienen la consideración y resolución de la cuestión constitucional.

### **3. Autosuficiencia del escrito.**

Este requisito surge del artículo 15 de la Ley 48.

Siendo el recurso extraordinario un recurso autónomo, el escrito de interposición de tal recurso debe bastarse a sí mismo, es decir que de su sola lectura debe comprenderse el caso y cual es la cuestión federal o constitucional planteada.

La Corte ha sostenido, a través de algunos fallos, que la fundamentación del escrito de interposición del recurso

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

extraordinario limita su competencia o los puntos sometidos a su consideración.

Esto está íntimamente vinculado con la posibilidad o no de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas.

En párrafos anteriores hemos comentado que existe una mayor convicción en la doctrina y en algunos fallos de la Corte que la declaración de oficio es un deber que tienen los jueces y que ello tiene fundamento constitucional.

#### 4. Legitimación y plazo para su interposición.

Se encuentran legitimados para interponer el recurso extraordinario:

- \* Quienes han sido parte directa y formal en el proceso
- \* Los terceros con intereses legítimos en la causa
- \* El Ministerio Público Fiscal, cuando actúa en representación del Estado, cuando se desempeña en ejercicio de la acción pública, o cuando interviene por vía de dictamen
- \* El Ministerio Pupilar
- \* El Procurador del Tesoro, cuando actúa en representación del Estado.

El plazo para interponer el recurso surge del artículo 257 del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación. En él se establece que el plazo será de 10 días hábiles a partir de la notificación de la resolución que motiva el recurso, siendo dicho término individual y perentorio.

Para concluir con el tema de los recursos extraordinarios debemos mencionar el recurso extraordinario en forma pauperis.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

Estos recursos, denominados en forma pauperis por la forma de interponerlos, ya que no cumplen con los requisitos formales del recurso extraordinario, tienen como finalidad proteger la garantía constitucional de defensa en juicio en los casos de civiles sometidos a jurisdicción castrense o personas privadas de libertad cuando no tienen debida asistencia profesional.

Es así que, cuando una persona privada de su libertad interpone directamente un recurso extraordinario, sin patrocinio letrado y sin una debida fundamentación, la Corte ha entendido que existe una simple voluntad de interponer el recurso, y en tales casos no lo rechaza sino que da intervención al defensor oficial para que lo asista adecuadamente.

En otros pronunciamientos, la Corte ha sostenido que el plazo de 10 días, establecido en el artículo 257, debe computarse a partir de que pueda estar idóneamente asesorada la persona que se encuentra privada de su libertad.

A través del recurso in pauperis la Corte, con buen criterio, ha tratado de no incurrir en rigor formal, asegurando una adecuada defensa y una vigencia de los principios constitucionales, que deben cobrar mayor fuerza, cuando lo que está en juego es la libertad individual.

#### IV. AMPARO

Nuestra Constitución, no contempla expresamente la acción de amparo, sino que ella surge implícitamente del artículo 33 de la Constitución Nacional, referido a las garantías implícitas.

**MIRIAM INSAUSTI**  
**Abogada**

Tampoco, en un principio, ninguna ley contemplaba esta acción, sino que esta surge, al igual que la doctrina de la arbitrariedad y gravedad institucional, por una creación pretoriana de la Corte Suprema.

Fue en el fallo "Siri" (Fallos 239-459) del año 1957 en donde la Corte hizo lugar al recurso de habeas corpus interpuesto por la parte interesada, aclarando que se trataba de una acción distinta del habeas corpus, fundada en las libertades constitucionales alegadas por las partes (artículos 14, 17 y 18 de la C.N.) y expresa que:

"las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias".

Otro fallo también fue decisivo en el nacimiento del instituto del amparo. Esta vez fue el caso "Kot" (Fallos 241-291) del año 1958. En este fallo la Corte Suprema reconoce la viabilidad del amparo frente a restricciones manifiestas e ilegítimas en los derechos esenciales de un individuo, aún cuando provengan de actos de particulares.

Luego de una larga trayectoria jurisprudencial, en el año 1966 se dictó una ley que reglamentó dicho instituto. Fue así que nació la ley 16986, regulatoria del amparo en el orden nacional.

**1. Amparo contra autoridad pública.**

El artículo 1º de la ley 16986 establece:

"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."

Analizemos dicho artículo:

**1. Procede contra actos u omisiones**

Esta ley según surge del artículo antes transcripto permite interponer la acción de amparo no tan sólo frente a actos sino también frente a omisiones de la autoridad pública.

El amparo por omisión en nuestro derecho es similar a lo que en EE.UU. se denomina writ of mandamus.

Procede la acción de amparo por omisión cuando:

- \* El órgano estatal no ejecuta el acto que legalmente debe cumplimentar. En estos supuestos y conforme al artículo 12 inc. b de la ley 16986, la sentencia de amparo debe contener la determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución.
- \* El órgano estatal no emite la decisión en el plazo en que debe hacerlo, y la ley no provee el silencio como admisión o rechazo de lo petitionado. En estos casos la sentencia debe establecer un plazo para que el órgano se pronuncie.



MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

2. *Deben provenir de autoridad pública.*

Una de las mayores críticas de que fue objeto la ley 16986 fue el haber establecido el amparo sólo contra actos u omisiones de autoridad pública, incluso limitando la doctrina sentada en el caso "Kot" por la Corte Suprema.

Esta omisión de la ley fue suplida en el año 1967 por la ley 17452 que reforma el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación.

Esta reforma estableció un proceso sumarisimo de amparo contra actos de particulares.

3. *Deben producir lesiones o amenazas con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.*

En realidad, la ley 16986 se refiere a lesionar, restringir, alterar o amenazar en forma actual o inminente, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Esta descripción de los actos u omisiones que pueden dar lugar a amparos ha sido motivo de crítica por parte de algunos autores, así por ejemplo, Sagües entiende que hubiere bastado referirse a lesiones o amenazas, ya que la restricción y la alteración quedan comprendidas en el término lesión.

Con respecto a la lesión, ésta debe ser cierta, real, actual, es decir que dicha lesión debe tener vigencia al momento de interponerse el amparo. De allí que sólo se pueden analizar hechos pasados en tanto éstos o sus efectos se mantengan durante el juicio de amparo.

La acción de amparo procede también frente a amenazas, es decir ante posibles lesiones, existiendo en estos casos un verdadero control previo de constitucionalidad.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

Si bien la amenaza se está refiriendo a hechos futuros, éstos deben ser inminentes.

Por último, tanto la ilegalidad o arbitrariedad que dan lugar al amparo deben ser manifiestas, es decir que deben ser evidentes, ostensibles, claramente individualizadas.

4. Debe afectar derechos o garantías constitucionales.

En este aspecto, el espíritu del legislador ha sido el de proteger a través del amparo o una gama bastante amplia de derechos.

La ley 16986, en su artículo 19 se refiere a derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, excepto la libertad, que se encuentra tutelada por el Habeas Corpus.

El artículo 2 de la ley 16986 establece en qué casos la acción de amparo no será admisible.

Es así que es inadmisibile el amparo cuando:

- \* Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trata.

Es decir que el amparo no procede si existen otras vías paralelas que otorguen una adecuada protección al derecho o garantía conculcado.

No existe una adecuada protección si por la lentitud, o complejidad de la vía alternativa, tornan ilusoria la protección, produciéndole al accionante un perjuicio irreparable.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

Es decir, que siendo el amparo una acción excepcional, ella sólo procede ante la inoperancia de las otras vías alternativas.

- \* El acto impugnado emanare de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley 16970.

Debe otorgarse a este inciso, contemplado en el artículo 2 de la ley 16986, el verdadero alcance que quiso darle el legislador, y que surge también de la norma que le sirve de antecedente, que es la ley 7166 de la Provincia de Buenos Aires.

Cuando en este inciso se refiere al acto que emanare de un órgano del Poder Judicial, se está refiriendo a las resoluciones que dicta el Poder Judicial, en el ejercicio de las funciones que le son propias.

Es así que nada impediría, si se dan las demás condiciones, interponer un amparo por un acto que provenga de cualquier órgano del Poder Judicial, cuando éste actúa en ejercicio de funciones administrativas.

Pero aún frente a resoluciones judiciales surge indefectiblemente un interrogante: Si el artículo 31 de la Constitución establece la supremacía de ésta frente a cualquier norma o acto de autoridad pública o particular, si es deber de los jueces, incluyendo el juez del amparo, velar por dicha supremacía, si el instituto del amparo surge del artículo 33 de la Constitución Nacional, es decir que tiene fundamento constitucional, puede el juez del amparo frente a un acto u omisión manifiestamente ilegal, y dándose los requisitos necesarios para habilitar esta vía, negarse a conceder el amparo, sólo porque una ley que reglamenta una garantía constitucional, ha limitado, en forma inconstitucional, el alcance de la misma?

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

Entendemos que siempre que se den las condiciones para la procedencia del amparo, debe otorgárselo sin tener en cuenta la autoridad de la que proviene el acto.

La última parte del inciso hace mención a la improcedencia del amparo cuando el acto haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley 16970 que es la ley de defensa nacional.

En estos casos, la jurisprudencia ha entendido que no basta la mera mención a dicha ley para desestimar el amparo, sino que es necesario que el acto que motiva el amparo haya sido adoptado por expresa aplicación de dicha ley, por la autoridad competente y de conformidad con lo establecido en ella.

- \* La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad o eficacia de la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado.

Este inciso contempla dos situaciones:

Por un lado cuando compromete directa o indirectamente la regularidad, continuidad o eficacia de un servicio público.

Por otro lado, cuando se compromete el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado.

Esta excepción, de extrema amplitud, desnaturaliza el instituto del amparo; tornándolo de imposible aplicación frente a actos u omisiones del Estado, convirtiendo así la excepción en regla.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

Sin embargo los jueces y letrados, con gran sensatez, no dieron aplicación a este inciso, habiendo caído en desuetudo.

- \* La determinación de la eventual invalidez del acto requiérese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas.

Se requiere una mayor amplitud de debate o de prueba, cuando existe una complejidad normativa o axiológica, o una complejidad fáctica de imposible resolución en los brevisimos plazos que establece el instituto del amparo.

Si bien esta excepción es razonable, la justicia de su instrumentación dependerá en gran medida de la prudencia con que la ejerzan los jueces.

La segunda parte del inciso se refiere a la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas.

Este inciso, al igual que el referido a los actos del Poder Judicial, plantean una colisión con el artículo 31 de la Constitución Nacional, ya que a pesar del sistema difuso de control de inconstitucionalidad que el régimen argentino presenta, a través de este inciso se le estaría vedando a los jueces del amparo, y a pesar de haber sido la inconstitucionalidad planteada por la parte, hacer valer la supremacía de la Constitución, frente a leyes, decretos u ordenanzas.

La Corte, a partir del caso "Outón" (Fallos 267-215) del año 1967, entiende procedente la declaración de inconstitucionalidad por esta vía.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

Si bien en algunos fallos posteriores, como Editora Popular Americana S.R.L, Diario "El Mundo" c/Gobierno Nacional (Fallos 289-177) o "Cafés, Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos." (Fallos 274-471) se aplicó este inciso, la doctrina "Outón" volvió a tener aplicación en fallos como "Dercoem S.A." c/Estado Nacional (Fallos 304-1020), "Arenzon, Gabriel c/Dirección Nacional de Sanidad Escolar" (Fallos 306-399) o recientemente en el fallo "Peralta Luis y otros c/Estado Nacional" del 27/12/90.

- \* La demanda no hubiese sido presentada dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

El plazo establecido en este inciso es un plazo de caducidad, así lo estableció la Cámara Nacional Federal, Sala Contenciosa Administrativa, en los autos "Olive José c/Aerolíneas Argentinas" (La Ley 129-972).

Este término de 15 días deben computarse, conforme lo establece el inciso, desde que el acto fue ejecutado o debió producirse.

Conforme con el artículo 3 de la ley 16986 si la acción fuera manifiestamente inadmisibile, el juez la rechazará sin sustanciación, pudiéndose en virtud del artículo 15 apelar dicha decisión.

Con respecto a la competencia, el artículo 4 de la ley de amparo establece:

"Será competente para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efectos. Se observarán en lo pertinente, las normas sobre competencia por razón de la materia, salvo que aquellas engendraran dudas razonables al

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

respecto, en cuyo caso el juez requerido deberá conocer de la acción. Cuando un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas esas acciones el juzgado que hubiese prevenido, disponiéndose la acumulación de autos, en su caso."

Una crítica que se le hizo a este artículo fue el haber establecido la competencia en razón de la materia, ya que siendo el amparo un remedio excepcional, en donde los plazos tienen una gran importancia, hubiera sido adecuado establecer una competencia amplia a los fines de evitar incidencias por razones de competencia.

A ello se agrega que la materia propia y fundamental del amparo son los derechos constitucionales, que son de competencia de cualquier magistrado.

A pesar de estas críticas, el mismo artículo 4 establece una solución para evitar conflictos de competencia, es así que establece que cuando existan dudas razonables al respecto, entenderá el juez requerido.

El juez competente es el juez de primera instancia.

Con respecto a ello, debe aclararse que si bien el artículo no lo establece, tanto los antecedentes a la ley 16986 como la doctrina entienden que deben observarse las disposiciones referentes al turno de los jueces de primera instancia.

El artículo 4 de la ley de amparo debe complementarse con el artículo 15 de dicha ley que establece que es improcedente articular cuestiones de competencia. Esta imposibilidad rige con respecto a las partes, el juez puede y debe analizar su competencia en la acción de amparo.

Con respecto a la legitimación, el artículo 5 expresa:

**MIRIAM INSAUSTI**  
**Abogada**

"La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica, por sí o por apoderados, que se considere afectada conforme los presupuestos establecidos en el artículo 19. Podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público."

Es decir que la acción la puede interponer por sí o por apoderado quien se considere afectado.

El problema que existe es saber qué tipo de afectación debe sufrir; es decir si debe tener lesionado un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Aparentemente, y a raíz de diversos fallos como el de "Katten Alberto y otro c/Poder Ejecutivo Nacional" (fallo de Primera Instancia Contencioso Administrativo Federal, publicado en El Derecho T. 105. pág. 245 o el de Ekmekdjian c/Gerardo Sofovich antes mencionado, la protección que se pretende dar a través del amparo es bastante amplia, llegándose a proteger en algunos casos, los llamados intereses difusos.

Con respecto a la última parte del artículo, debe aclararse que conforme a la reforma el Código Civil establecido por la ley 17711, y en virtud de nuevo artículo 46 de dicho Código, las simples asociaciones deben acreditar su constitución y designación de autoridades por escritura pública o por instrumento privado, certificado por escribano público.

Debe destacarse que el procedimiento de amparo es un procedimiento sumarisimo y bilateral. No se le da intervención al ministerio fiscal.

Con el escrito inicial, el actor debe acompañar toda la prueba documental e instrumental de la que habrá de valerse,



MIRIAM INSAUSTI

Abogada

dejando ofrecida la restante. No se admite la prueba de absolución de posiciones.

En el caso de que la acción fuera admisible, conforme al artículo 8, el juez requerirá a la autoridad que corresponda un informe circunstanciado de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada.

El juez fija un plazo dentro del cual debe dicha autoridad presentar el informe.

Conjuntamente con el informe debe acompañar todas las pruebas de que intenta valerse, o indicar donde se encuentran. Una vez producido el informe, o vencido el plazo otorgado, el juez dictará sentencia dentro de las 48 horas, concediendo o denegando el amparo.

La no presentación del informe es causal de nulidad del proceso.

En caso de que alguna de las partes hubiere ofrecido prueba, el juez debe ordenar su inmediata producción, convocando a una audiencia que debe realizarse dentro de los tres días.

En caso de que a dicha audiencia no comparezca el actor, se lo tiene por desistido de la acción. Si el que no comparece es el demandado, se recibe la prueba del actor, y pasan los autos para dictar sentencia.

El artículo 11 establece:

"Evacuado el informe a que se refiere el artículo 8º o realizada en su caso la audiencia de prueba, el juez dictará sentencia dentro del tercer día. Si existiera prueba pendiente de producción por causas ajenas a la diligencia de las partes, el juez podrá cumplir dicho término por igual plazo."

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

*El plazo probatorio es de seis días como máximo.*

*Este plazo surge de los tres días que median entre la respuesta del informe o el vencimiento del plazo para hacerlo y la audiencia de prueba, más los tres días como máximo que puede conceder el juez en caso de existir prueba pendiente de producción.*

*Sagües<sup>(7)</sup>, coordinando los artículos 2 a 11 de la ley establece que los plazos para dictar sentencia son:*

- a) En caso de que el demandado produzca el informe, y que no exista prueba a tramitar de ninguna de las partes (ya que de existir prueba pendiente de producción por parte del demandado, se lesionaría el principio de debida defensa): 48 horas contadas desde la presentación del informe (art. 29).*
- b) En caso de no producción del informe circunstanciado, y no habiendo prueba a tramitar de la actora: 48 horas contadas desde que venció el plazo otorgado para presentar el informe (art. 89).*
- c) Cualquiera de los casos precedentes, si el tribunal ha dispuesto alguna medida para mejor proveer: 48 horas después de cumplimentada tal diligencia.*
- d) En caso de haber existido prueba a producir por parte del actor o del accionado (o de ambos): dentro de los tres días posteriores a la audiencia, si al celebrarse ésta se rindió toda la prueba (arts. 9 y 11).*

---

*(7) Néstor Pedro Sagües "Ley de Amparo". Ed. Astrea, Cap. XVII, pág. 347.*

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

- e) En caso de haber sido necesario ampliar el término de prueba: dentro de los tres días posteriores al último día en que se amplió dicho término.

La sentencia de amparo hace cosa juzgada formal, ya que conforme al artículo 13 última parte, subsisten el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo, pudiéndose plantear el problema en un procedimiento ordinario.

Contra la sentencia del amparo procede el recurso de apelación, el que debe ser interpuesto dentro de las 48 horas de notificada la resolución y resuelto por la cámara dentro de los tres días.

## 2. Amparo contra actos de particulares.

Al analizar la ley 16986 mencionamos que una de las mayores críticas que se le hicieron fue el haber previsto este instituto sólo contra actos u omisiones de autoridad pública.

Eso llevó a que en el año 1967 se dictara la ley 17454 que reforma los artículos 321 y 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contemplando en el artículo 321 inc. 2 el amparo contra actos de particulares.

Es así que el artículo 321 establece:

"Proceso sumarísimo: Será aplicable el procedimiento establecido en el art. 498...

- 2) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

reconocidos por la Constitución Nacional, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes...

... Si de conformidad con las pretenciones deducidas por el actor no procediere el trámite del juicio sumarísimo, el juez resolverá cual es la clase de proceso que corresponde".

Por su parte, el artículo 498 expresa:

"Trámite. En los casos en que se promoviere juicio sumarísimo, presentada la demanda, el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si corresponde que la controversia se sustancie por esta clase de proceso. Si así lo decidiere, el trámite se ajustará a lo establecido para el proceso sumario, con estas modificaciones:

- 1) No serán admisibles excepciones de previo y especial pronunciamiento, ni reconvención.
- 2) Todos los plazos serán de 3 días, con excepción del de contestación de la demanda, y el otorgado para fundar la apelación y contestar el traslado del memorial, que serán de 5 días.
- 3) Para la prueba que sólo puede producirse en audiencia, esta deberá ser señalada para dentro de los 10 días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo.
- 4) No procederá la presentación de alegatos.
- 5) Sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias precautorias. La apelación se concederá en relación, con efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiere ocasionar un perjuicio irreparable, en cuyo caso se otorgará en efecto suspensivo.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

- 6) En el supuesto del artículo 321 inc. 2, la demanda rechazada, únicamente podrá reproducirse si tuviere lugar un nuevo acto, cuya reparación no pueda obtenerse por vía de ejecución de sentencia."

Han existido ciertas dudas cuando el particular demandado fuera un prestatario de un servicio público.

El primer interrogante era saber si el particular damnificado debía agotar los recursos administrativos antes de interponer el amparo.

El decreto 1420/92 referido al Reglamento General de Servicio Básico Telefónico, en su artículo 20 establece la facultad del cliente para requerir la intervención de la autoridad de aplicación y resolver el problema en instancia administrativa.

Entendemos que el criterio sentado en este artículo debe ser extendido a toda clase de servicios públicos, ya que exigir agotar la instancia administrativa antes de acudir al amparo, podría ocasionar un perjuicio irreparable al particular al no posibilitarle el acceso a una vía rápida, desnaturalizando el instituto del amparo.

Otro interrogante es saber cual es el juez competente.

La Corte en fallos "Lottici, Emilio C. c/Telefónica de Argentina S.A." del 7/4/92 o en "Davalos c/Telecom" del 7/8/92, entendió que la competencia era federal en razón de la materia, siendo competente el Juez en lo Civil y Comercial Federal; en este último fallo con disidencia de Barra que entiende que el juez competente es el de lo Contencioso Administrativo Federal.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

### 3. Amparos especiales.

Cabe destacar que aparte del amparo contemplado en la ley 16986 y el amparo contra actor de particulares ha existido una proliferación de amparos especiales, lo que ha llevado a algunos autores a pensar en la necesidad de unificar los procedimientos de todos ellos, así por ejemplo el proyecto presentado por el entonces Diputado Gentile sobre "Código de la Seguridad Personal" que contemplaba, entre otras cosas, un procedimiento de amparo unificado.

A continuación nos referiremos brevemente a cada uno de estos amparos especiales.

#### a. Amparo por mora de la Administración.

El amparo por mora de la Administración está contemplado en el artículo 28 de la ley de Procedimiento Administrativo Nacional 19549, que establece:

"El que fuere parte en un expediente administrativo, podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el peticionario, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiera evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes."

Este artículo debe relacionárselo con el artículo 10 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (L.N.P.A.) que acuerda al silencio de la Administración un sentido negativo.

No obstante ello, pueden existir casos en donde el administrado necesite un pronunciamiento expreso de la Administración, o bien lo prefiera. En estos supuestos puede acudir al amparo por mora, que al decir de algunos autos constituye una verdadera orden judicial de pronto despacho.

Se encuentra legitimado para interponer esta acción, conforme al artículo antes transcripto, quien fuera parte en un expediente administrativo.

Por su parte el artículo 3 del reglamento de la L.N.P.A. expresa que es parte interesada cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo. También tendrán este carácter aquellos a quienes el acto a dictarse pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que se hubieren presentado en las actuaciones.

Le corresponde a la persona legitimada acreditar que la Administración ha dejado vencer los plazos fijados, y en caso de no existir plazo, que el tiempo transcurrido excede lo razonable.

Admitida la procedencia del amparo, y a pesar del término utilizado en la ley, se considera que el juez debe requerir a la autoridad administrativa informe sobre la causa de la demora.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

Una vez que la autoridad administrativa conteste el requerimiento, o vencido el plazo para que lo efectúe, el juez debe pronunciarse sobre la mora. En tales casos podrá rechazarlo o aceptarlo.

En el supuesto de aceptarlo debe librar una orden para que la autoridad administrativa despache las actuaciones dentro del plazo que deberá fijarle.

Es importante señalar que si la administración no se pronuncia dentro del plazo establecido por el juez, la única sanción que le cabe es la prevista en el art. 29 de la L.N.P.A., es decir que deberá ponerse en conocimiento de la autoridad superior tales hechos, a los fines de que aplique las sanciones disciplinarias correspondientes.

Cabe destacar que cierta parte de la doctrina entiende que también debe el juez enviar las actuaciones pertinentes a la justicia penal ante la posibilidad de que se haya configurado el delito penal previsto en el artículo 249 del Código Penal.

b. El recurso de amparo por mora de la Dirección General Impositiva o de la Administración Nacional de Aduanas.

Se trata de un verdadero amparo de pronto despacho.

Surge, en un principio, frente a la mora de la Dirección General Impositiva, siendo regulado en los artículos 139 y 140 de la ley 11683 (Código Tributario). Posteriormente se amplió la competencia del Tribunal Fiscal, incluyendo las cuestiones aduaneras y siendo regulado de igual manera en los artículos 1160 y 1161 de la ley 22415 (Código Aduanero).

Expresan estos artículos:



MIRIAM INSAUSTI

Abogada

"La persona individual o colectiva perjudicada en el normal ejercicio de un derecho o actividad por demora excesiva de los empleados administrativos en realizar un trámite o diligencia a cargo (de la Dirección General Impositiva o del servicio aduanero) podrá ocurrir ante el Tribunal Fiscal mediante recurso de amparo de sus derechos".

"El Tribunal Fiscal, si lo juzgare procedente en atención a la naturaleza del caso, requerirá de (la Dirección General Impositiva o de la Administración General de Aduanas) que dentro de breve plazo informe sobre la causa de la demora imputada y forma de hacerla cesar.

Contestado el requerimiento o vencido el plazo para hacerlo, podrá el Tribunal Fiscal resolver lo que corresponda para garantizar el ejercicio del derecho afectado, ordenando en su caso la realización del trámite administrativo o liberando de él al participar mediante el requerimiento de la garantía que estimare suficiente".

Debe destacarse que este amparo, a diferencia de los analizados anteriormente, se interpone ante una autoridad administrativa (el Tribunal Fiscal).

Se encuentra legitimado para accionar la persona individual o colectiva perjudicada en el normal ejercicio de un derecho o actividad, de allí que podrán estar legitimados tanto un contribuyente, un responsable o un tercero en tanto se encuentren perjudicados.

Para que proceda el amparo es necesario que exista una demora excesiva para realizar un trámite o una diligencia a cargo de dichos organismos.

Si el amparo se interpone por otro tipo de acción u omisión a cargo de los mismos, éste no procede.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

Si bien el artículo establece que si lo juzga procedente, el Tribunal Fiscal requerirá un informe sobre la causa de la demora, al igual de lo que sucede en el amparo por mora de la administración, se entiende que el informe debe ser requerido.

Una vez dictada sentencia, se ha discutido si procede contra ella el recurso de apelación.

En principio se podría decir que tanto el Tribunal Fiscal como la Cámara Federal se han negado a otorgar el recurso de apelación. Con respecto a la Corte, ella ha entendido en estos casos sólo por vía del recurso extraordinario.

#### c. Amparo sindical.

El amparo sindical está regulado en el artículo 47 de la ley 23551 de Asociaciones Sindicales.

Dicho artículo establece:

"Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 498 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los Códigos Procesales Cíviles, provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical".

Surge de este artículo que la legitimación es bastante amplia, ya que no sólo la asociación sindical, sino cualquier trabajador puede interponer la acción.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

Los derechos lesionados deben ser derechos sindicales garantizados por esta ley.

El procedimiento a seguir es un procedimiento breve, sumarísimo destinado a hacer cesar inmediatamente el comportamiento antisindical que da origen al amparo.

**d. Amparo electoral.**

La Ley 19945 (Código Electoral Nacional) contempla el amparo electoral en los artículos 10 y 11.

El artículo 10 establece:

"El elector que se considere afectado en sus inmunidades, libertad o seguridad, o privado del ejercicio del sufragio, podrá solicitar amparo por sí o por intermedio de cualquier persona en su nombre, por escrito o verbalmente, denunciando el hecho al juez electoral o al magistrado más próximo o a cualquier funcionario nacional o provincial, quienes estarán obligados a adoptar urgentemente las medidas conducentes para hacer cesar el impedimento, si fuera ilegal o arbitrario".

Por su parte, el artículo 11 expresa:

"El elector también puede pedir amparo al juez electoral para que le sea entregado su documento cívico retenido indebidamente por un tercero."

Se puede apreciar de los artículos mencionados que debido al derecho que se encuentra vulnerado es necesario dar una respuesta rápida, de allí que rige todo un informalismo a favor del particular afectado.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

La acción la puede interponer el afectado o cualquiera en su nombre, existiendo así una legitimación amplia.

Para su interposición no se requieren fórmulas sacramentales, inclusive permitiéndose la interposición en forma verbal.

La competencia es sumamente amplia ya que permite interponer el amparo ante jueces o funcionarios. En caso de interponerse la acción ante un juez, no tiene competencia exclusiva el juez electoral.

Es importante señalar que también la competencia es recurrente entre los jueces provinciales y los nacionales. A tal fin, el artículo 168, 2º párrafo establece que los jueces federales o nacionales de primera instancia y los de paz mantendrán abiertas sus oficinas durante el transcurso del acto electoral.

Los funcionarios y magistrados deben resolver el amparo inmediatamente en forma verbal.

Sus decisiones se deben cumplir sin trámite alguno, y si fuere necesario por intermedio de la fuerza pública, siendo comunicadas de inmediato al juez electoral que corresponda.

Por último, el artículo 130 establece:

"Se impondrá prisión de tres meses a dos años al funcionario que no diere trámite a una acción de amparo prevista en los artículos 10 y 11, o no lo resolviera dentro de las 48 horas de interpuesta e igual pena al que desobedeciere las órdenes impartidas al respecto por dicho funcionario.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

V. *HABEAS CORPUS*

1. *Habeas Corpus contra actos de autoridad pública.*

El recurso de habeas corpus surge implícitamente del artículo 18 de la Constitución Nacional cuando establece:

"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos..."

En un principio el régimen del habeas corpus estuvo reglamentado en el libro IV, título IV, sección II del Código Procesal Penal de la Nación y en el artículo 20 de la Ley 48.

En el año 1984 se sanciona la ley 23098 sobre "Recurso de Habeas Corpus", conocido con el nombre de "Ley De la Rúa" por quien fuera autor del proyecto, que regula en la actualidad todo el régimen del habeas corpus.

Es importante señalar que el capítulo primero de la ley 23098 rige en todo el territorio de la Nación, sin importar cual sea el tribunal que lo aplique.

Sin embargo, ello no obsta a la aplicación de las constituciones de provincia o de las leyes que regulen el habeas corpus, cuando éstas otorguen una protección más eficiente de los derechos tutelados, por ejemplo la existencia de mayores causales de procedencia del habeas corpus, o mayores facilidades en el diligenciamiento de la acción.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

Con respecto a cual es la jurisdicción que aplicará esta ley, el artículo 2 de la ley 23098 expresa:

"La aplicación de esta ley corresponderá a los tribunales nacionales o provinciales, según el acto denunciado como lesivo emane de autoridad nacional o provincial. Cuando el acto lesivo proceda de un particular, se estará a lo que establezca la ley respectiva.

Si inicialmente se ignora la autoridad de quien emana el acto denunciado como lesivo, conocerá cualquiera de aquellos tribunales, según las reglas que rigen su competencia territorial hasta establecer el presupuesto del párrafo anterior que determinará definitivamente el tribunal de aplicación."

Del artículo antes transcripto surge que debe tenerse en cuenta de quien emana el acto lesivo para poder determinar cual es la jurisdicción de aplicación.

Este artículo ha recibido la crítica del Dr. Sagües quien entiende que hubiera sido más conveniente disponer la tramitación del habeas corpus ante la justicia ordinaria y sólo la federal cuando quede demostrado, aunque sea prima facie, que el autor del acto lesivo ha sido una autoridad federal actuando en tal carácter.

Con respecto a los casos en que procede el recurso de habeas corpus, el artículo 3 establece:

"Corresponderá el procedimiento de habeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique:

- 1) limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente.

**MIRIAM INSAUSTI**

**Abogada**

- 2) *agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere."*

*De este artículo se desprende que el habeas corpus procede tanto contra acciones como contra omisiones.*

*La finalidad que persigue este instituto no es tan sólo proteger la libertad ambulatoria del sujeto, sino también las agravaciones ilegítimas de las formas y condiciones en que se cumplen la privación de libertad, asegurando así la vigencia de lo establecido en el artículo 18 última parte de la Constitución Nacional.*

*Los autores suelen clasificar los distintos tipos de habeas corpus establecidos en el artículo 3 de la ley 23098, es así que mencionan el:*

- \* Habeas corpus clásico: la acción se ejerce contra actos u omisiones que impliquen una limitación de la libertad ambulatoria, sin orden escrita de autoridad competente.*
- \* Habeas corpus preventivo: la acción se ejerce ante una amenaza actual de lesión al derecho de la libertad física o corporal.*
- \* Habeas corpus restringido: la acción se ejerce frente a una limitación de la libertad ambulatoria, sin que dicha limitación importe detención o prisión.*
- \* Habeas corpus conectivo: la acción se ejerce contra el mal trato de los detenidos o contra traslados indebidos.*

*Con relación al habeas corpus clásico cabe hacer algunas aclaraciones:*

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

Para que este proceda es necesario que la detención haya sido efectuada sin orden escrita, sin embargo, aún existiendo orden escrita, si ésta no reúne todos los requisitos propios de tal documento igual procederá el habeas corpus.

Respecto a la procedencia del habeas corpus contra decisiones judiciales, la ley 23098 no lo excluye expresamente, no obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende que no es procedente.

Se encuentran legitimados para interponer la acción la persona afectada o cualquier otra en su favor.

Con respecto al ministerio público, si bien es parte principal, su intervención es facultativa. Posee todos los derechos que se le otorgan a los demás intervinientes, estando facultado para recurrir la decisión cualquiera sea el sentido de ello.

La denuncia debe reunir ciertos requisitos, debiendo contener, conforme el artículo 9:

- \* nombre y domicilio real del denunciante
- \* nombre y domicilio real y demás datos personales conocidos de la persona en cuyo favor se denuncia
- \* autoridad de quien emana el acto denunciado como lesivo
- \* causa o pretexto del acto denunciado como lesivo en la medida del conocimiento del denunciante
- \* expresar en que consiste la ilegitimidad del acto.

Si se desconociere algunos de estos requisitos, igual será procedente la denuncia.

Esta podrá ser formulada a cualquier hora del día, por escrito u oralmente en acta ante el secretario del tribunal. A tal fin existe un régimen de turnos de 24 horas.



## MIRIAM INSAUSTI

Abogada

El juez competente para entender de estas denuncias, cuando el acto lesivo emana de autoridad nacional es:

- \* en la Capital Federal los jueces de primera instancia en lo criminal de instrucción
- \* en territorio nacional o provincias los jueces de sección, según las reglas que rigen su competencia territorial.

El otorgar competencia a los jueces de primera instancia en lo criminal de instrucción motivó la crítica de parte de la doctrina, ya que entendían que lo debatido es una garantía constitucional, y por ende materia del derecho procesal constitucional, siendo competente para entender de ello cualquier juez de primera instancia, no debiéndoselo limitar sólo a los jueces en lo criminal.

Otra parte de la doctrina entendió que la ley al otorgar la competencia a una magistratura especializada pretendió darle mayor efectividad. Sostuvieron que no existía mayor garantía por el hecho de existir muchos magistrados competentes, sino en el cumplimiento de los turnos de 24 horas a los fines de que cualquier interesado encuentre siempre un magistrado que provea sus reclamos.

El juez puede rechazar a la denuncia por considerar que no se dan los supuestos para su procedencia, o declararse incompetente.

En tales casos va a la Cámara de Apelaciones en consulta, debiendo la Cámara pronunciarse dentro del plazo de 24 horas, desde la elevación.

No debe confundirse la consulta con la apelación. En la primera no rige la limitación de la intervención de la Cámara a la medida del agravio, siendo una revisión obligatoria.

**MIRIAM INSAUSTI**

**Abogada**

Cabe destacar que siendo el habeas corpus un procedimiento sencillo en donde rige el informalismo a favor del particular dada la importancia del derecho que se pretende proteger, el juez no puede rechazar la denuncia por defectos formales.

Cuando el habeas corpus es presentado porque una persona es efectivamente privada de su libertad, el juez dictará un auto de habeas corpus ordenando a la autoridad requerida que presente al detenido con un informe circunstanciado.

Dicho informe debe contener:

- \* motivo que funda la medida
- \* forma y condiciones en que se cumple
- \* si existe orden de autoridad competente (en tal caso debe acompañarla)
- \* si el detenido ha sido puesto a disposición de otra autoridad, en tal caso establecer quién es la autoridad, por qué causa y en qué oportunidad se efectuó la transferencia.

En caso de que exista una imposibilidad de contar con la presencia del detenido, el juez debe pronunciarse sobre los fundamentos dados de tal imposibilidad, pudiéndose constituir en el lugar de detención, como también autorizar a un familiar o persona de confianza del detenido para que lo acompañe.

Al momento de dictarse el auto de habeas corpus se cita a la autoridad pública a una audiencia.

En dicha audiencia es obligatoria la presencia de la persona privada de su libertad y la del defensor oficial, en los casos en que el amparado hubiese nombrado defensor o no hubiese asistido a la audiencia, en los supuestos en que no estuviera privado de su libertad.

## MIRIAM INSAUSTI

### Abogada

En la audiencia se lleva a cabo la etapa de instrucción, pudiéndose ofrecer pruebas que podrán ser rechazadas o aceptadas por el juez.

La audiencia se caracteriza por su oralidad e inmediación.

Concluida la audiencia el juez debe dictar sentencia, la cual es notificada a las partes a través de su lectura.

Esta sentencia es apelable ante la Cámara dentro de las 24 horas, en forma escrita u oral.

Se puede recurrir lo decidido sobre la pretensión, sobre las costas o sobre las sanciones disciplinarias cuando la denuncia fue maliciosa.

El denunciante sólo puede apelar por la sanción o costa que le hubieren impuesto. Cabe contra la decisión de la Cámara interponer una queja.

La decisión de la Cámara o del tribunal de justicia que intervenga en último término será considerada definitiva a los fines de interponer el recurso extraordinario del artículo 14 de la ley 48.

El recurso extraordinario es procedente debido a que existe cuestión federal, ya que la garantía constitucional vulnerada es la de defensa en juicio y debido proceso, contemplada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Por último, la ley 23098 presenta dos particularidades que son:

- \* La procedencia del habeas corpus durante el estado de sitio.
- \* La declaración de inconstitucionalidad de oficio.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

a. *Procedencia del Habeas Corpus durante el estado de sitio.*

Se ha mencionado anteriormente que la declaración de estado de sitio ha sido considerada por la doctrina y por la jurisprudencia de la Corte una cuestión política y por ende insuceptible de revisión judicial.

Sin embargo el artículo 4 de la ley 23098 establece:

"Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el artículo 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de habeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto:

1. La legitimidad de la declaración del estado de sitio.
2. La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio.
3. La agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas.
4. El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del artículo 23 de la Constitución Nacional."

Es función de los jueces pronunciarse sobre la legitimidad de las normas y de los actos, debiendo, por ende, pronunciarse sobre la legitimidad de la declaración del estado de sitio.

En estos supuestos no examina la oportunidad, mérito o conveniencia de tal decisión si no, si ha sido dictada conforme con los supuestos y procedimientos establecidos en la Constitución.

MIRIAM INSAUSTI  
Abogada

Es también competencia de los jueces pronunciarse sobre la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen al estado de sitio, es decir que es deber de los jueces pronunciarse sobre la razonabilidad de la medida adoptada.

Los incisos 3 y 4 del artículo 4 se refieren a un control por parte del Poder Judicial al Presidente de la Nación en los supuestos en que se haya excedido de los límites establecidos en el artículo 23 de la Constitución.

b. *Declaración de inconstitucionalidad de oficio.*

El artículo 6 de la ley 23098 dispone:

"Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad, cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional."

Este artículo ha significado un paso importante en el camino tendiente a consagrar, en el orden nacional, la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las normas.

Se ha dado como fundamento de dicha norma que al tratarse de proteger un derecho como la libertad, el juez no puede esperar la petición de parte, debiendo obrar de oficio.

Sin embargo, cabe destacar que el artículo fue redactado de manera que consagra un facultad del juez, que podrá o no ejercerlo, y no un deber.

MIRIAM INSAUSTI

Abogada

2. *Habeas corpus contra actos de particulares.*

La ley 23078 en numerosas ocasiones se refiere a autoridad pública, sin mencionar en ningún supuesto actos de particulares, salvo el artículo 2 que establece que si el acto lesivo proviene de un particular se estará a lo que establezca la ley respectiva (es decir, las leyes provinciales).

De ello surge que a nivel nacional la ley no previó el habeas corpus contra actos de particulares.

No obstante, se entiende que el habeas corpus es procedente debiéndose aplicar analógicamente la ley 23078.