

EL AMPARO CONTRA DELITOS COMETIDOS POR LOS JUECES

THE PROTECTION AGAINST CRIMES COMMITTED BY THE JUDGES

Armando Rafael Aquino Britos

Doctor en el área del derecho de la Universidad Nacional Del Nordeste - UNNE. Profesor titular por concurso cátedra D de derecho constitucional Universidad Nacional Del Nordeste - UNNE. Designado para el fuero provincial y federal como conjuez de ambas jurisdicciones. Asesor de la Cámara de Diputados de la Provincia. Asesor de la Convención Constituyente Nacional en Santa Fe en 1994. Diputado provincial en 1999. Asesor del Poder Ejecutivo Provincial, convencional Constituyente Provincial en el año 2007. Diputado Provincial desde el año 2007-2011 y ex asesor del Senado de la Provincia de Corrientes (Argentina).
E-mail: arafael41@hotmail.com

Convidado

ABSTRAC: El amparo como garantía constitucional se manifiesta en un proceso que puede- y debe- articularse contra todo funcionario público, incluido la judicatura, más cuando el delito perpetrado en esa función publica y por el funcionario público es ostensible, claro y manifiesto.

Los derechos fundamentales no tienen una jerarquía axiológica ni jurídica predeterminada razón por la cual las lesiones, restricciones, alteraciones etc de los derechos humanos de una persona sometida a un proceso judicial no pueden ser materia de una doble lesión : no solo se lesiona en el proceso por el derecho en disputa, sino se produce otra lesión por el juez que debe officiar como una “garantía secundaria” y aplicar la ley en el caso concreto y no violarla en desmedro de las partes en el proceso.

Se concluye que en un sistema republicano nadie esta excepto de controles y fuera del alcance de la ley que debe ser satisfecha, cuando el caso lo amerita.

Palabras Claves: Amparo, garantías fundamentales, proceso constitucional, delitos de los funcionarios, control republicano.

INTRODUCCIÓN

La garantía del amparo evolucionó desde su antigua recepción a la actualidad como un mecanismo de control de la actividad de los funcionarios públicos, u omisiones, de forma actual, real y efectiva o de modo inminente, algún derecho fundamental, a excepción de la libertad, protegido por la constitución, los tratados o las leyes vigentes que lo tutelan, mediante un accionar claramente ilegal o arbitrario.

La excepcionalidad de acto que provoca la afrenta constitucional se articula ante un juez que, rápidamente hace prevalecer la supremacía del orden constitucional sobre el acto u omisión que notoriamente la confronta y de este modo rápidamente se hace justicia.

La efectiva protección jurisdiccional “nacía, surgía y se efectivizaba” “de la” y “por la” constitución estatal que, de ese modo y forma, “rápida y eficazmente” protegía o restablecía el derecho lesionado o avasallado de diferentes maneras.

La recepción bajo el ropaje de “proceso”, “recurso”, “acción de tutela” o “mandato” son denominaciones de tal expresión garantística con que fueron manifestándose en diversas latitudes, aunque la nota más característica del amparo en Iberoamérica sin dudas es la concebida en México en 1824, y aunque no se lo menciona expresamente en dicho texto, de su art.137 se infiere tal garantía.

Estas ideas se recogen expresamente en el proyecto de constitución del Estado de Yucatán de 1840 (arts.8, 9,y 62) “en el que por primera vez se incorpora en el texto supremo la institución del amparo, como garantía constitucional contemporánea”¹ y en 1847 por medio de actas de reformas lo recepta la constitución federal de México, en su art.25 y se articulan procesos de amparos sin necesidad de una ley que lo reglamente, para que finalmente, en febrero de 1857 se lo contempla expresamente en sus arts.101 y 102. Pero ya el juicio de amparo mexicano fue objeto de análisis y comentarios en distintos puntos del planeta.

El juicio de amparo mexicano ejerció una influencia notable y expansiva en todo América Latina, pero también debe analizarse esta presencia en la constitución española de 1931², “constitución de la II República” receptado como “recurso de amparo de garantías individuales”, que es restablecida en la constitución española de 1978 donde la competencia para tal proceso constitucional tiene el Tribunal constitucional de aquel país.

No existe ningún país en América Latina que no recepte esta garantía, más allá del “nomen iuris” que se le dé, más allá de la amplitud o restricción del alcance de dicha acción conforme a cada legislación estadual, y aparece reconocido como un amparo internacional por las Cortes interamericana y Europea, con lo que la dimensión tuitiva del proceso constitucional en la actualidad es indiscutible como una forma y modo de contribuir a la concreción del estado constitucional de derecho.

2º. El amparo en Argentina. Surgió por recepción pretoriana aplicando la fuerza normativa de la constitución, sus valores axiales y los principios que fluyen de la misma, ante la ausencia de un procedimiento concreto que tutelara de manera pronta y efectiva otros derechos de cuño constitucional que no fuese la libertad física o ambulatoria.

El periodista, Ángel Siri, pretendía levantar la clausura que pesaba sobre el diario “Mercedes” mediante un “habeas corpus” contra la censura de la imprenta donde funcionaba el diario clausurado por disposición de las autoridades de facto de aquel entonces. El referido “habeas corpus” por derechos que no sean la libertad física o ambulatoria era inexistente, empero, se solicitó que por esta vía se resguardaran los derechos emergentes de los arts.14, 17, 18 de la constitución nacional que fueron avasallados por el régimen de facto.

Así, se caratuló el trámite procesal novedoso y se dio curso a la rogatoria por la que se solicitaron los informes pertinentes a las autoridades para que detallaran las causas y motivos de la conculcación de los derechos mencionados por el impetrante. Luego de diversos pedidos se advierte que no existía orden concreta de clausura por autoridad competente; solo aparecía con deslucido ropaje a modo de orden una resolución de un “comando político” del gobierno usurpador.

El juez actuante rechazó la acción interpuesta entendiendo que la clausura del diario no tenía relación directa con la detención de don Ángel Siri, como lo exigía la norma ritual que regulaba la acción de habeas corpus. Este apeló esa decisión y cuestionó la misma con fundamento en que no articuló esa acción sino una diferente, aunque similar, en procura de la defensa directa e inmediata de otros derechos protegidos por la constitución. Tal decisorio, avalado por la Alzada, motivo el recurso extraordinario delimitando claramente que la pretensión era el resguardo de los derechos constitucionales de libertad de imprenta, propiedad, comercio y

¹ Ferrer Mac Gregor, Eduardo “el amparo en Iberoamérica” en AAVV “Tratado de derecho procesal constitucional “director Pablo L Manili” Tº 1, Ed. La Ley, Bs As, 2010 pag. 756.

² Se reconoce la influencia del jurista mexicano Rodolfo Reyes Ochoa como impulsor del reconocimiento de la institución en la carta magna española de aquel entonces.

trabajo, por lo que se efectuó la petición directa como modo de ejercer el derecho de peticionar ante las autoridades. Luego de los trámites procesales de rigor, alumbró un 27 de diciembre de 1957 la decisión de hacer cesar la restricción impuesta al solicitante en su calidad de director propietario del diario clausurado.

Con esta deslumbrante decisión el tribunal cimero³ reconoció la garantía que también tienen otros bienes jurídicos que están garantizados por principios fundamentales. El fundamento liminar de la acción recepcionada por la Corte Suprema fue 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..."

En 1958 Samuel Kot, dueño de una empresa textil tomada ilegalmente por sus trabajadores, en el marco de una huelga declarada ilegal, interpuso una acción de amparo invocando los derechos constitucionales de la libertad de trabajo; de la propiedad y de la libre actividad mediante una garantía distinta de la que protege la libertad aunque con el mismo nomen juris (habeas corpus), así fue que la corte ratificó⁴ lo resuelto en el caso Siri. En este la restricción ilegítima provenía de la autoridad pública. En el caso en cuestión fue causada por actos de particulares protegiéndose los arts. 14 (ejercer industria lícita) 17 (derecho de propiedad) 19(principio de legalidad) con fundamento en el art.33 (derechos no enumerados) de la constitución Nacional.

El origen fue la valiente y decidida acción de particulares en busca de justicia; la firme y clara decisión de un tribunal que aplicó en forma directa la constitución ante la lesión y avasallamiento de derechos fundamentales protegidas por aquella la que le dio origen.

Más allá de la denominación que recibe esta vía procesal para garantizar los derechos que pueden ser avasallados, lesionados, restringidos, amenazados por funcionarios públicos o particulares se cree, con razón, de que esta acción no debiera ser objeto de una reglamentación de tipo general ya que no puede establecerse una limitación de series de casos, ya que estos pueden aumentar o variar con el transcurso del tiempo⁵.

Así nació y se consolidó la acción de amparo; luego tuvo reconocimiento legislativo mediante la ley 16.986 en el año 1967. Esta norma restringió severamente los alcances que la jurisprudencia le había reconocido, y su evolución fue intermitente, variando entre concepciones plausibles, y otras francamente decepcionantes.

La reglamentación legislativa de épocas dictatoriales produjo un verdadero desmontaje institucional en el amparo como lo calificara la más sana doctrina⁶.

3.-la reglamentación: Luego del pionero decisorio que admitió esta garantía como acción directa, tanto la más avanzada doctrina como la reiterada jurisprudencia casi pacífica de los tribunales nacionales, fueron contestes en perfilar esta figura cuyos contornos pueden resumirse en que es un proceso ágil y efectivo tiene como condición necesaria para su admisión que se den las siguientes causas:

a) lesión, restricción, alteración o amenaza a algún derecho individual que no sea la libertad, corporal o ambulatoria.

La lesión es todo daño o perjuicio que se tutela, que puede ser por la franca violación, o menos intensa, como ser la *restricción*, que implica la disminución o limitación del derecho fundamental; o lisa y llanamente *alteración* mecanismo por el cual se cambia, modifica y desnaturaliza un derecho, sea por tiempo, formas o modos. En tanto que *amenaza* significa poner

³ CSJN (fallos 239:459 1957)

⁴ CSJN (fallos 241:291 1958)

⁵ Carrio, Genaro. Recurso de Amparo y técnica judicial. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág 198

⁶ Ver Quiroga Lavie Humberto, " El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución nacional, en obra colectiva La Reforma de la Constitución, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 1994, pág. 109 y sig, entre otros

en peligro, actual, cierto e inminente un derecho como bien lo explica Quiroga Lavie.⁷

b) Ilegalidad o arbitrariedad manifiesta por acto u omisión de funcionarios públicos o un particular.

c) inexistencia de un medio procesal más idóneo para la tutela del derecho.

d) es una acción sumarísima de peticionar ante un órgano jurisdiccional para hacer cesar prontamente las consecuencias de un acto u omisión lesivas, que mediante arbitrariedad o ilegalidad restrinja, lesione, o amenace algún derecho. Es importante destacar que consideramos que esta efectivización de las garantías constitucionales no es un mero recurso sino una acción directa para que de manera efectiva, mediante el acceso a la jurisdicción, se ponga coto a la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que impide la primacía sustancial de la constitución nacional.

e) Si bien es un proceso sumarísimo tiene las características propias de todo juicio, acusación o pretensión, defensa, pruebas y sentencias. Principio de bilateralidad y contradicción.

f) puede promoverse esta acción y solicitar medidas precautorias, para que provisoriamente, mediante un anticipo jurisdiccional, se asegure el resultado del proceso si las condiciones del caso lo ameritan.

4.-Recepción constitucional: después un largo tiempo se logró que esta acción fuese receptada con jerarquía constitucional por la reforma del año 1994, incorporándose en la parte dogmática en un capítulo de nuevos derechos y garantías en el art.43 de la Constitución; al igual que el habeas corpus y habeas data, con ello se intentó cubrir el amplio espectro de las efectivas garantías a los derechos fundamentales.

El mandato en su parte pertinente señala *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización....”*

A nuestro juicio la norma constitucional se aplica en forma directa sin necesidad de reglamentación; la legislación anterior sirve solo como complemento del mandato constitucional, ya que esta es norma superior, y posterior en el tiempo con lo que se supera la supuesta antinomia entre el mandato constitucional y la regulación legal del instituto efectuada con anterioridad.

Por ello no se necesita de una novel reglamentación, salvo que se amplíe las consideraciones que establece como un mínimo el art.43, lo que sería conveniente, pues creemos, que la ley 16.986 solo es indicativa y supletoria mientras no se sancione otra ley adjetiva que puede ampliar, más no restringir, la forma y modo de la concepción de esta garantía como lo recepta el texto constitucional.

La característica saliente para comprender la novel naturaleza de esta acción, que concreta la protección de múltiples derechos constitucionales, debe ser analizada ponderando en conjunto con el referido art.43, los arts.14, 18, 75 inc.22, tomando el ordenamiento jurídico superior como un texto armónico del cual fluyen insoslayables principios que además de la legislación ordinaria y menor.

Así cuando el art 43 refiere a la acción señalando que *“toda persona”* ello debe entenderse que cualquier persona tiene el derecho a accionar y ello se entiende dentro de los parámetros de

⁷ Quiroga Lavie Humberto “Constitución de la Nación Argentina comentada” Ed. Zavalia 4ª edición, Buenos Aires, 2007, pag. 200 y sig

peticionar a las autoridades, sin ser una acción popular permite la defensa de los derechos de incidencia colectiva, colectivos, y difusos. La expresión “toda” no admite exclusiones.

Está claro que la estrechez de la legitimación activa del concepto de afectado, esto es quien sufre el daño concreto y directo sobre su derecho fundamental, se ha ampliado no solo a la persona individual, sino también al defensor del pueblo, a las asociaciones especiales, y creemos también, al ministerio público. A nuestro juicio basta acreditar el interés legítimo, más allá que la jurisprudencia ha reducido el ámbito o radio de la promoción de esta garantía, más cuando se traten de intereses difusos.

He aquí una diferencia sustancial con el habeas corpus que oficia a modo de acción popular.

Al consagrar que la acción debe ser expedita y rápida, esto es libre de obstáculos-impidiendo incidencias o recursos que impidan la discusión principal del objeto de la pretensión del amparo; y rápida se entiende que los plazos deben ser estrechos y que las pruebas deben producirse de inmediato, concentrando en un solo acto, en lo posible, la producción de las mismas.

Cuando señala el mandato constitucional que procede *contra cualquier acto de autoridad pública* no deja margen a dudas que procede contra actos de los tres poderes públicos y contra actos de particulares; siempre que se den los presupuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y que se lesione, amenace o restrinja un derecho fundamental. En otro trabajo tenemos sentado criterio que la amplitud de la acción permite la articulación de esta acción contra actos del poder judicial.⁸

No pueden concebirse excepciones sin fundamento cuando se afecta gravemente un derecho fundamental ya que las garantías siempre están instituidas a favor de los ciudadanos.

Al recepar el concepto de comisión por omisión de la lesión, restricción o amenaza sobre el derecho fundamental que se viola con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, es claro que por esta garantía se canaliza la franca operatividad de los derechos de cuño constitucional recobrando el paradigma de la fundamentación central expresada en Siri “de que la constitución no requiere de norma o reglamentación alguna para su operatividad” con lo que la inconstitucionalidad por omisión no tiene el resguardo de la distinción de cláusulas operativas y programáticas, muletilla con la que siempre se sorteó la aplicación de la constitución vulnerando los derechos de los sectores más sensibles de la sociedad.

El concepto *de la vía mas idónea* termina con las evasivas de otros procedimientos judiciales, tal el agotamiento de la vía administrativa. Como indica Gelli⁹, “...este principio cedería cuando la existencia y empleo de los remedios judiciales impliquen demoras o ineficacias que neutralicen la garantía”. Esto no significa la erradicación o reemplazo de los medios judiciales para resolver las controversias, sino que si existe un mecanismo legal más beneficioso para el amparista, el juez tiene la obligación de saneamiento, mediante la reconducción de la acción.

Midon¹⁰, con claridad, resalta que “la constitución atribuye a esa acción los caracteres de “expedita y rápida “...Refiere por ello que “lo expedito es lo despejado, libre de todo estorbo, listo para obrar. Trasladada esa acepción al instituto, importa decir que la promoción del juicio de amparo no reconoce otro tipo de impedimentos que la propia constitución en el art.43, a saber existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario, lesión a un derecho cierto e inexistencia de otra vía judicial más idónea para la tutela... examinando el repertorio de posibilidades que brinda el moderno derecho procesal, después del amparo y siempre en abstracto- a nuestro juicio

⁸ Ver Aquino Britos, Armando Rafael “el amparo contra decisiones judiciales, ilegales o ilegítimas” Ed Librería de la Paz, Resistencia, 2013.

⁹ Gelli María Angélica “Constitución de la Nación Argentina- Comentada y concordada” Tº I LA LEY Buenos Aires 2008, pág. 612.

¹⁰ Midon Mario A. R “la Nueva Constitución de Corrientes” Ed Mave. Corrientes Argentina. 2008, pag. 95/ 98 Midon Mario A. R. ob cit. Pag 106.

y hasta hoy- no existe otra vía más idónea en el ordenamiento argentino que la medida autosatisfactiva... ya que esta procura solucionar coyunturas urgentes, se agota en sí misma y sus características son : la existencia del peligro en la demora, la fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante.. El proceso es autónomo...no es accesorio ni tributario respecto de otro, agotándose en si mismo, y la demanda es seguida de la sentencia”

Sin perjuicio del valioso aporte mencionado, señalamos que : todo implica la universalidad de posibilidades, sean estatales o privadas, con lo que el abanico de actos u omisiones lesivas están protegidas de manera efectiva.

Es claro que el amparista deberá acreditar sumariamente que la vía escogida-amparo- es la mejor, más rápida, expedita y útil, para el fin perseguido que es la reparación, restauración o cese de la amenaza del derecho fundamental.

Admitir significa permitir, acceder, dar curso, etc., por ello el juez, como funcionario público no puede bloquear el acceso a la jurisdicción. Puede reencausar, sanear u orientar por el camino correcto; lo que no se debe es, “ab initio”, impedir el acceso a la justicia ya que esta comienza a afianzarse, si y solo si, se dan seguridades, resguardo y sostenimiento a todo un ordenamiento jurídico y sistema de derecho que no puede restringirse con fórmulas estereotipadas. Sostenemos que si no se admite la acción la decisión debe ser motivada y fundada señalando el motivo con claridad para que el afectado canalice la acción de manera efectiva siempre.

En estas situaciones “ 1) frente a la invocación y demostración por el interesado de la inexistencia de otro medio judicial más idóneo, será admisible el amparo; 2) si hay otra ruta procesal mejor que el amparo para tutelar al derecho en juego, de acuerdo con las particularidades de la litis, se habrá de seguir esta en vez del amparo; 3) de tratarse una via igual o peor que el amparo, se deberá tener presente que el acto lesivo debe padecer un vicio palmariamente arbitrario o ilegal que solo pueda ser solucionado por este medio, ya que de lo contrario el reclamo se debe conducir por otros canales procesales, que son ofrecer más amplitud de debate que posibilitan que el interesado demuestre que el acto padece algún vicio que lo descalifica ”¹¹

El llamado *plazo de caducidad* para la presentación de la acción de amparo fue morigerado por la CSJN en el precedente Video Club Dreams¹², trasladando la apreciación de las circunstancias al juez de grado, quien ponderara y mensura las circunstancias de cada caso. Con ello cae la fatalidad de un plazo perentorio establecida por la vieja ley ya que mientras subsista el daño grave (o amenaza) devela la actualidad del mismo.

La plausible inclusión de la procedencia de la garantía por afectación de derechos constitucionales, como así también los reconocidos por leyes y tratados, ubica a la acción en la tesis de una protección amplia; de doble fuente de reconocimiento, estatal e internacional.

El concepto de supremacía constitucional con la formula “en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto o la omisión lesiva” se concreta con esta amplitud que merece el reconocimiento y encuentra franco sustento la potestad jurisdiccional de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes.

Se terminó con el anacronismo que significaba la subsistencia del art.2 de la ley 16.986 que impedía la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas, que fue morigerada, con intermitencias, por la CSJN en los casos Outon¹³, Peralta¹⁴ (donde dispuso que al momento de dictar sentencia el magistrado interviniente interprete que el instrumento legal cuestionado de manera clara, palmaria y manifiesta viola alguna garantía constitucional) entre

¹¹ Serra, Maria Mercedes “A propósito del rechazo in limine en el amparo” en AAVV “ El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades “ Ed Depalma Bs As.1999 pag. 102

¹² CSJN Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía (fallos 318:1154 - 1995)

¹³ CSJN (Fallos 267:215)

¹⁴ CSJN (Fallos 313:1513)

otros.

5.-Algunas posiciones doctrinarias más salientes : enseña Bidart Campos que “El art. 43 de la constitución encara la legitimación con fórmulas suficientemente holgadas y claras, en la medida que la interpretación constitucional garantista -incluyendo al sistema axiológico- no incurra en estrechamientos ni estrangulamientos. Así, cuando la norma alude a las asociaciones que propendan a los fines que se pretende tutelar en el amparo, hay que conferirle operatividad, aunque falte la ley específica reglamentaria¹⁵.

Spota ilustra que “...Lo único que quiero es afirmar la doble característica jurídico constitucional básica del amparo. El amparo es un derecho constitucional en sí mismo...” Además es una acción al servicio de otros derechos y garantías constitucionales. Esta dualidad no es contradictoria...” sostiene que tiene una “...analogía con la doble naturaleza del "acceso a la jurisdicción" (artículo 18, Constitución Nacional). Si bien se analiza la temática que va en desarrollo, se llega a comprender con claridad que existen otros institutos que gozan en el ámbito constitucional de esa doble característica. Esto es de ser derecho y de ser acción.

El art. 18 de la Constitución Nacional es la base garantística del "acceso a la jurisdicción....Y resulta que si todos estamos contestes en que el "acceso a la jurisdicción", asentado fundamentalmente en el art. 18 de la Constitución Nacional, es derecho y garantía básica del Estado contemporáneo, sin que esté, enunciado formalmente como tal, el amparo, aunque calificado en el art. 43 como acción, goza de la condición de derecho constitucional preexistente en tanto que enuncia, garante e importa por sí mismo la capacidad de recurrir en forma bien análoga y similar al derecho constitucional denominado "acceso a la jurisdicción". Es indudable que nadie debate que el "acceso a la jurisdicción" es un derecho constitucional preexistente y base y pilar del Estado constitucional de derecho.

De la misma forma y de la misma manera el amparo goza como derecho de idénticas calidades y condiciones que el referido "acceso a la jurisdicción": El amparo es una acción al tiempo que un derecho constitucional preexistente en sí mismo....¹⁶.

Dalla Vía señaló que "el primer párrafo requiere que la acción sea expedita, además de rápida, debiendo entenderse por tal que no pueden establecerse obstáculos para la procedencia de la misma; la procedencia sólo podrá ser cuestionada cuando exista una *vía judicial más idónea*, pero ya no podrán requerirse el agotamiento de ningún procedimiento administrativo, como era de práctica en el régimen de la ley 16.986"¹⁷.

Lo que antes era acción subsidiaria y excepcional, ahora es acción-derecho, sustancial y directa. Esta es la naturaleza del amparo a nuestro juicio; mas existe en esto severa discrepancia doctrinaria, voces autorizadas opinan lo contrario.

Sagües enseña que "como principio, los procesos ordinarios son más idóneos que el amparo para custodiar el derecho constitucional vulnerado, desde el momento que en ellos se estudia cualquier tipo de lesión, (independientemente de su carácter manifiestamente o no manifiestamente arbitrario), y con un aparato probatorio más amplio que el amparo, donde, por su naturaleza comprimida, se limitan o reducen ciertos medios de prueba..."¹⁸ "en materia de amparo, el art. 43, en su 1º párr., sigue la línea de la ley 16.986 y de la abundante jurisprudencia existente en la materia.

Barra refiere que el amparo es una *acción expedita y rápida*, también subsidiaria *-siempre que no exista otro medio judicial más idóneo-...*¹⁹. Otros destacados maestros del derecho

¹⁵ Bidart Campos, Germán. “Las legitimaciones en materia de amparo“. LA LEY 2001-B-798

¹⁶ Spota, Antonio Alberto. Ensayo sobre la doble naturaleza jurídica del amparo constitucional. LA LEY 2000 –A-1108.

¹⁷ Dalla Vía, Alberto Ricardo. "¿Amparo o desamparo?". ED, 163-790.

¹⁸ Sagües, Néstor P. "Acción de amparo", 3ª ed. actualizada y ampliada. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1991. Pág. 666

¹⁹ Barra, Rodolfo Carlos. "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", LA LEY, 1994-E, 1087

administrativo opinan en igual sentido, expresando que "sigue siendo una acción subsidiaria y excepcional"²⁰ tal el caso de Bianchi.

Coincidimos con otros autores que el amparo es vía principal. Rivas dice que el art. 43 habilita al amparo como expedito y rápido; el ordinario no lo es y por tanto no puede servir como medio más idóneo; no tiene la finalidad del amparo ni opera en las situaciones en las que se da, pues aquél apunta a dar certidumbre al derecho y éste sirve teniendo como presupuesto un derecho cierto; ¿qué sentido tiene imponer el uso de una vía que prolonga la inseguridad jurídica y no está prevista a los fines protectores? ¿Por qué el apego a estructuras complicadas y paquidérmicas?, cuando el derecho moderno evoluciona hacia la combinación de vías rapidísimas con adecuado derecho de defensa y en general, cuando como al parecer ocurrió en el caso, el demandado tuvo todas las posibilidades necesarias para exponer su postura, configurándose al respecto una cuestión de puro derecho de la que, hasta en el juicio ordinario se limitan las oportunidades de alegación..²¹

Bidart Campos²² nos enseña, en su manual, que "si acaso el amparo fuera una vía procesal sustitutiva, de las demás habría que decir que cada persona estaría en condición de elegir la vía de su preferencia, lo que sin duda arrasaría con todos los demás procesos, que quedarían transferidos en acumulación exorbitada al juicio de amparo".

Le queda al ciudadano, afectado, optar o elegir, este derecho acción u otra vía procesal que considere más idónea para defender los derechos que le son afectados a su juicio, y en este sentido son claras las manifestaciones efectuados por el maestro Morello²³ "...toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo... siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. Esta exigencia es clave, crucial, al optar por el amparo (en las condiciones y contando con los presupuestos habilitantes que prescribe la misma norma). En modo alguno esa pretensión, solicitud, requerimiento del amparo debe invocar que las otras vías ordinarias no aseguran la protección del derecho afectado con eficiencia suficiente para impedir un daño grave e irreparable. La Constitución habla cualitativamente de algo muy diferente; que se vale del amparo porque no dispone de otra vía más idónea, lo que no es igual que fundamentar que las existentes no lo son. La Constitución abre únicamente dos alternativas (dada la gravedad de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta con que se restringen o amenazan derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley y la necesidad proclamada de disponer de la vía rápida y expedita del amparo): 1) contar siempre con el amparo; 2) o disponer de una vía mejor; sólo de existir esta otra, el amparo no se admite; 3) se ha subido un escalón; no se ha bajado otro... El amparo -en el cielo constitucional- es una vía principal, directa; la mejor y común de las alternativas para comunicarse con los jueces..."

Este juicio de ponderación queda como potestad del ciudadano afectado, y podrá, si lo decide, optar por un marco de debate más amplio con medidas cautelares, si pretende asegurar el resultado del pleito; mas no se puede, ni debe, rechazar de plano esta pretensión de la utilización de esta acción- derecho. Lo contrario sería impedir el acceso a la jurisdicción rechazando de plano mediante un severo juicio de admisibilidad la pertinencia de la acción. Admitir esta situación sería lesionar el principio de la tutela judicial efectiva, "ab initio", de negar el acceso a la jurisdicción.

Quiroga Lavie, nos indica con claridad la ubicación, naturaleza y proyección de la figura cuando se enseña que "*...el amparo es la jurisdicción Constitucional de los derechos reconocidos en la Constitución, los Tratados internacionales o en la ley. El constituyente no ha creado una jurisdicción constitucional para remitir la tutela de los derechos fundamentales a la justicia ordinaria, que se ocupa de aplicar el derecho de fondo, intermediado por los contratos,*

²⁰ Bianchi, Alberto. "La ley de amparo". Diario "La Nación". 26/6/96, p. 7.

²¹ Rivas, Adolfo A. "Vigencia constitucional y derogación de la ley 16.986". JA, 1996-III-46.

²² Bidart Campos, Germán "Manual de la Constitución reformada", cit., t. II, p. 377 y sigtes

²³ Morello, Augusto Mario, "El derrumbe del amparo", ED, 18/4/96

*civiles o administrativos, o por el delito o las contravenciones. En rigor, a partir de la reforma de 1994 hay dos grandes jurisdicciones judiciales en el país: la constitucional y la ordinaria, matizada, esta última en fueros. Si un derecho constitucional o legal es negado, restringido o impedido de ejercer, por cualquier autoridad pública o por los particulares, al margen de una intervención contractual o delictual, el constituyente ha fijado la política constitucional de que sea la vía del amparo la jurisdicción más rápida y eficiente para realizar su tutela. "¿Cómo va a querer el constituyente que la violación de los derechos humanos y fundamentales de la persona humana y de los colectivos de la sociedad vaya a ser tutelado por la jurisdicción ordinaria, que está mediada por el contrato, es decir por la autonomía de la voluntad, o por el delito? ¿Cómo va a ser constitucional que cada ciudadano o habitante a quien se le desconozcan o restrinjan sus derechos, por acción u omisión, deba probar el hecho negativo de que las acciones ordinarias no son más idóneas que el amparo constitucional? ¿En qué supuesto va a ser más idónea y expeditiva la jurisdicción ordinaria, para la tutela, de los derechos constitucionales, cuando la doctrina nacional, las consultoras internacionales y las autoridades de la Nación han reconocido que la jurisdicción ordinaria se encuentra en colapso, con un promedio de tres años y medio de duración de cada causa... Cuando la Constitución dice que la acción de amparo es expedita y rápida... siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, no quiere decir que la idoneidad del proceso judicial pueda ser un juicio más lento, como lo es en nuestra jurisdicción ordinaria, sino más rápido aún que el trámite legal de la acción de amparo. Y esto no debe ser probado por el accionante. Si tiene conocimiento de que hay una vía procesal más rápida (idónea) que el amparo, solicitará su utilización por el juez interviniente, y éste la aceptará o no. Y podrá hacerlo de oficio, obviamente"*²⁴.

Para nosotros el amparo es un derecho acción que garantiza el acceso a la jurisdicción; que es la siempre la vía idónea si el ciudadano afectado así lo considera, para que se efectivice la tutela judicial efectiva a fin de que la organización jurisdiccional efectivamente garantice su derecho lesionado o restringido, alterado o amenazado por autoridad pública o particular, con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

Esto tiene sustento en que la constitución es norma superior, de orden público, y se aplica de manera directa. El hecho de ser fuente inmediata y directa para el legislador, y orientadora principal del juez no puede ser óbice para su aplicación directa y no subsidiaria, como es la práctica común. Esto sucede por la aplicación mecánica de reglas predeterminadas sin advertir los mandatos constitucionales claros y categóricos, los que deben ser compatibles con el sistema de una democracia deliberativa que constituye la base del Estado social y democrático de Derecho, cuyo fin indudable es la dignidad del hombre.

De allí la necesidad de advertir la prevalencia de los principios sobre las reglas, de la plena y total aplicabilidad de la constitución de manera directa sin apoyaturas de menor grado o significación cuando el mandato superior es claro y categórico.

En caso de que el magistrado interviniente considere que el amparo no es la vía procesal más idónea debe reconducirse el proceso, y disponer que el mismo se canalice efectivamente. A nuestro juicio la inadmisibilidad se manifiesta mediante el mecanismo de la reorientación procesal que está obligado a efectuar el funcionario público que interviene, a fin de garantizar con este proceder, la tutela judicial efectiva. Caso contrario se negaría el acceso a la jurisdicción.

6.-El amparo contra decisiones judiciales: Así planteadas las cosas, la doble naturaleza tuitiva del amparo- acción y derecho-; la expresión "toda persona" como afectado con legitimación sin restricciones, por un lado, y "contra todo acto u omisión de autoridades públicas" por el otro, ponen de relieve la amplitud de la garantía.

En la búsqueda de una justicia, rápida pero efectiva, nos formulamos el interrogante si

²⁴ Quiroga Lavié, Humberto. "Actualidad en la jurisprudencia sobre amparo". LA LEY, 1996-E, 1057.

procede la garantía del amparo contra una decisión judicial (u omisión deliberada e injusta)²⁵ en la resolución de un caso concreto; donde la ilegalidad manifiesta no es cualquier contradicción (antinomia formal) contra el ordenamiento jurídico, sino la clara comisión de un delito previsto en el código penal, ya que es notorio y claro que los remedios procedimentales previstos son escabrosos, lentos y significan un gravamen más para el justiciable.

Adelantamos los criterios de procedencia normal y común del amparo, en los casos conocidos e intentamos el encuadre – a nuestro juicio- por la colisión y lesión de derechos fundamentales.

La solución está prevista por imperio de la norma fundamental, aplicando las pautas de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad cuando se trata de la aplicación concreta de la ley a un caso de los considerados difíciles.

La ausencia de una norma específica y puntual en la cuestión no inhabilita la procedencia del derecho-acción, como garantía, para restaurar rápidamente el derecho avasallado, justamente, por el órgano dispuesto para asegurarlo.

Para ello se necesita de la íntima convicción de un magistrado probo, y mas allá de las cualidades técnicas, su concepción de tomar a su actividad conforme los parámetros que señalamos más arriba.

Es que cuando una decisión es absolutamente ilegal, violatoria del código penal; o retardataria en términos de despojar del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva a una persona como justiciable, en el marco de un proceso, no queda otro remedio más que el efectivo y pronto del amparo judicial y despojarse de ritos y formas escudadas mediante cuestiones de competencia.

Destacamos que el tema no es nuevo en el derecho comparado, la ley orgánica del Tribunal constitucional de España expresamente regula la procedencia y aplicación del instituto, receptado en el art 53-2 de su constitución; lo mismo ocurre con timidez en algunos países de Sudamérica como Perú, México(art 107 III), Ecuador, Bolivia(art 19), Venezuela (art 27) Etc.

Es claro que estos mecanismos operan en modelo de control de constitucional dual o paralelo, con tribunal o sala constitucional, y nuestro sistema tiene el control difuso tradicional.

Así el sistema mexicano permite la articulación de amparo contra decisiones judiciales esta opera a modo de revisión casatoria y de última instancia con características análogas al recurso extraordinario federal de nuestro ordenamiento jurídico. Lo tienen expresamente previsto en su texto constitucional desde 1917, en tanto que Brasil lo hizo en 1934, Perú en 1979, Colombia (art.88) en 1992.

El mandato de segurança brasileño (art.5 inc.II) permite que se articule contra decisiones judiciales administrativas, mas no jurisdiccionales no obstante su amplitud ya que se protege los derechos constitucionales líquidos y ciertos.

La acción de tutela colombiana puede permitir esta situación con excepcionalidad, que no exista expresamente un recurso procesal previsto en el proceso donde se produce el supuesto daño o lesión al derecho fundamental (art 6.1. y 8). Receptan el amparo constitucional también Costa Rica, Honduras, Guatemala (art.265), Nicaragua (art.45) Perú sigue el modelo español de articulación de este recurso ante el tribunal constitucional.

Cesar Landa²⁶ en un pormenorizado análisis del amparo en América Latina, y teniendo en cuenta la amplitud de la tutela que por esta garantía reciben los derechos fundamentales, entiende que ellos tienen una protección amplia, una protección intermedia, y una protección limitada, pues destaca que el amparo tiene como finalidad tutelar los derechos fundamentales violados: pero estos se “presentan con su doble carácter , como derechos subjetivos y como elementos del

²⁵ El retardo o denegación de justicia –previsto en la legislación penal- tiene también mecanismo tuitivo en el art.6 de la ley 48.

²⁶ Landa, Cesar, “el Proceso de amparo en América Latina” Lima. 2010. Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano “Montevideo, año XVII, www.juridicas.unam.mx 2011.

ordenamiento objetivo, lo que hace que el objeto de protección constitucional asuma diferentes formas de concebir los derechos materia de protección “

Hay, pues, países que receptan afirmativamente el amparo contra decisiones judiciales; otros, como el nuestro que tienen una formulación amplia y nada dicen específicamente al respecto en el texto constitucional, mientras otros expresamente no lo admiten en estas circunstancias.

El art.43 de nuestra constitución, al tener una expresión tan amplia, nos pone en la situación de aplicar la misma en forma directa, y le traslada al magistrado la tensión de escoger la norma constitucional (y forma) en virtud de la cual resolver la afectación del derecho fundamental lesionado.

El amparo contra decisiones judiciales, está expresamente receptado en el derecho español, en su modalidad (arts. 41,42, 43, Ley orgánica del Tribunal Constitucional Español) y allí se expresa que dentro de los primeros no sólo se incluyen las sentencias, sino todas las actuaciones judiciales susceptibles de lesionar alguno de los derechos fundamentales (providencias, autos, mandamientos, etc.)... En cuanto a las omisiones, lo primero que llama la atención es que es éste el único de los tres tipos básicos de recurso de amparo en el que se incluyen de forma expresa. Esta inclusión, que ha sido valorada positivamente por la doctrina (García Manzano), responde, a juicio de Medina Rubio, al deseo de «equilibrar de alguna manera el trato más favorable que recibe la institución judicial por parte de la jurisdicción constitucional». Los recursos de amparo contra omisiones judiciales vendrán motivados, generalmente, por las dilaciones indebidas en la tramitación o resolución de los procesos...o incluso, en el caso más grave, por la ausencia absoluta de resolución o acuerdo ante una petición concreta de parte interesada...²⁷.

¿Por qué sucede esta cuestión? , ¿Qué fenómeno se produce para orientar a la judicatura a adoptar una decisión sobre su propia decisión, y al decir de Ferrajoli, el derecho sobre el derecho mediante el mecanismo de la revisión?

Se nos dirá, con justos motivos, que en países que admiten la clara procedencia de este instituto contra decisiones judiciales tienen una jurisdicción constitucional específica y tribunales que la receptan como última instancia.

Creemos, pues, que el art.43 de la C. Nacional genera una competencia constitucional específica dada por la forma y modo de la recepción de esas garantías y que la constitución es norma superior, directa, de orden público, y que no necesita de auxilios, o apoyaturas reglamentarias.

Sagues²⁸ ha precisado que se “debe asumir que no existe una fórmula dogmática de amparo, y que el éxito de uno u otro diseño depende más que del cumplimiento de principios teóricos, de su eficacia práctica para resolver problemas concretos de infracción a derechos personales”

Señalada esta premisa es menester efectuar el interrogante: ¿puede proceder el amparo contra decisiones judiciales? si ello es así ¿Porque? ¿Cuándo? Además de las expresiones de la doctrina citada, ¿es procedente conforme nuestro ordenamiento jurídico? Trataremos de develar estos interrogantes, sin perjuicio de señalar que en virtud de los principios de independencia del poder judicial, de obrar con imparcialidad y con obediencia solo a la ley (constitución) para

²⁷ Araujo, Joan Oliver “El recurso de amparo frente a actos y omisiones judiciales” Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Nº 20 abril –junio 2004 España.

²⁸ Sagüés Néstor Pedro, “ dimensiones normativas y sociológicas del amparo contra decisiones judiciales” en” Justicia, libertad y derechos humanos: Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante “ t. 2, pag 817/ 829 Instituto Interamericano de Derechos Humanos Corte Interamericana de Derechos Humanos Sala Constitucional - Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Colegio de Abogados de Costa Rica 2003

brindar a través del servicio de justicia, seguridad jurídica que se traduce en orden y paz social para la comunidad.

7.- Posibles acciones delictivas: una moderna concepción de la función de la judicatura ha determinado que el juez tiene la obligación de cumplir con determinados recaudos, como nos ilustra Guastini al señalar que son “principalmente tres garantías que producen sus efectos frente al poder jurisdiccional 1. La primera garantía es la obligación de motivar toda decisión jurisdiccional. Evidentemente ello impide que los jueces tomen decisiones de manera arbitraria. La obligación de motivar, en cuanto tal, somete a los jueces a una cierta forma de control social (sobre todo al control crítico que ejerce la propia cultura jurídica)

2. La segunda garantía es la sujeción del juez a la ley, es decir, el principio de legalidad en la jurisdicción. Este principio está cargado de consecuencias, a saber: a) En primer lugar, los jueces deben aplicar las leyes, en el sentido en que no están autorizados a crear otras nuevas. La función de creación del derecho está reservada, en principio, al Poder Legislativo; en todo caso las decisiones jurisdiccionales tienen eficacia sólo *inter partes*, es decir, sus efectos se limitan al caso controvertido. b) Además los jueces deben aplicar las leyes, en el sentido de que tienen la obligación de conocerlas. Cuando un ciudadano invoca en su favor la aplicación por el juez de una cierta ley, no está obligado a demostrarle al juez la existencia de dicha ley o de informar sobre su contenido: las leyes deben ser conocidas por el juez. c) Los jueces tienen también la obligación de aplicar la ley, en el sentido de que no están autorizados a no aplicarlas... e) Por último, todo juez está vinculado sólo a las leyes, en el sentido de que posee una total autonomía de enjuiciamiento; no está sometido a los órdenes o directivas políticas de nadie.

3. La tercera garantía es el recurso por casación contra toda decisión jurisdiccional que esté en contraste con la ley. La corte “suprema” de casación ejerce un control de legitimidad sobre todas las decisiones de los demás jueces (ordinarios), pero, naturalmente, las decisiones de la propia corte suprema no están sujetas a su vez a ningún control posterior.”²⁹

Ahora bien, no toda resolución ilegal, o ilegítima debe esperar el lento y fatigoso derrotero recursivo previsto por la legislación adjetiva para llegar, si lo hace con suerte, a la revisión del Tribunal Supremo. El ejercicio de la judicatura cuando no se desarrolla dentro de las previsiones constitucionales, merece y obliga a la atención y sanción, y más aun cuando el titular del organismo jurisdiccional comete un ilícito, por acción u omisión, previsto en la ley penal y en contra del justiciable en el marco de un proceso a su cargo.

Obliga a la sanción penal, pero también a la reparación inmediata del derecho fundamental de la víctima (justiciable) lesionado, por las características mismas que tiene la modalidad delictual que vamos a describir.

En nuestro ordenamiento jurídico, en el título XI delitos contra la administración pública del título II del código penal argentino están tipificadas las distintas acciones delictivas que, en particular, puede cometer un juez en el ejercicio de sus funciones y en el marco de una causa judicial concreta perjudicando a una persona (ilegalidad manifiesta) y a toda la sociedad en general (estos delitos tienen como sujeto pasivo a la administración pública o a la administración de justicia)

a) El delito de prevaricato cometido por el juez: La palabra prevaricato o prevaricar (como gusta señalar al derecho español) viene de un andar torcido, de un ruido provocado, una “manera especial de andar que tienen las personas cuyos huesos de las piernas son largos y al mismo tiempo torcidos; de modo que al andar producen un curioso movimiento de balanceo, por el cual pueden inclinarse ya al lado izquierdo, ya al lado derecho mientras avanzan”³⁰.

²⁹ Guastini Ricardo, Estudios de Teoría Constitucional .ob cit.pag 243

³⁰ Navarro, Guillermo Rafael “Prevaricato del juez y del abogado” Ed. Ediciones jurídicas cuyo. Mendoza Argentina. 2003 Pag 17

Buompadre señala con claridad que esta denominación sirvió para designar la torcedura moral del funcionario a cuyo cargo estaba la resolución de un asunto justiciable, y por ende, se desvió del camino recto.³¹

Esta clara acción la concibieron desde antaño para punir el comportamiento de los magistrados por la infidelidad consiente de los deberes a su cargo, de manera voluntaria y maliciosa, abusando claramente de las facultades que la constitución le reconoce por su función violentando el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional

Nuestro sistema punitivo sanciona la conducta del juez que dicta una resolución en una causa judicial en contra del ordenamiento jurídico vigente, efectuando una doble lesión, 1) a la administración de justicia, como sujeto pasivo del delito perpetrado, 2) al justiciable al que se le niega la justicia infiriéndole una lesión al derecho constitucional en disputa en el caso concreto, provocándole un daño, ora en su libertad, ora en su patrimonio ora en otros derechos que pudieron estar en juego en el proceso donde el magistrado emite (retardada maliciosamente) el pronunciamiento viciado.

Se recepta desde los arts. 269 a 272 inclusive del código penal las conductas reprochables graduando las penas conforme el daño y la gravedad del evento tanto a la propia administración como al justiciable.

Se reprocha fallar contra ley expresa; invocada por las partes, proceder penalmente contra alguno conociendo que no merece sanción; dar beneficio indebido a una de las partes que litiga con perjuicio de la parte contraria; proceder maliciosamente contra leyes expresas en la sustanciación de los juicios, haciendo lo que prohíben las leyes o dejando de hacer lo que estas mandan; conocer causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogados o procuradores; y, ejercer funciones de juez, verbalmente o por escrito, en causas civiles o penales en que sean interesados, o lo sea algún pariente en el grado prohibido por la ley, o en que tengan cualquier otro impedimento legal para ejercerlas.

El art.269 del código Penal Argentino señala que “sufrirá multa de tres mil pesos como mínimo y cinco mil pesos como máximo e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare para fundarlas hechos o resoluciones falsas. Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua. Lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo será aplicable en su caso a los árbitros y administradores amigables componedores”.

Surge de ello que los elementos caracterizantes de la figura analizada son: 1º) dictar una resolución contraria a la ley expresamente invocada por las partes, o por el mismo magistrado. 2º) Fundar la resolución en hechos o resoluciones falsas.

Si bien la acción típica es dictar una resolución, para que la misma sea considerada delictiva debe reunir alguna de las condiciones mencionadas, ser una resolución de tipo jurisdiccional, esto es en un proceso, y que tenga carácter decisorio.

No cualquier decisión del juez es pasible de ser considerada resolución; así los actos de mero trámite que nada afecta, por lo menos sería o definitivamente a un derecho fundamental, lo son. Se trata de la violación al mandato de aplicar rectamente la ley.

La acción cuestionada es pasible de ser subsumida en la figura penal si la decisión es abiertamente contraria a la letra de la ley, o a cualquiera de las posibles interpretaciones del derecho aplicable; tanto si va referido a la solución material aplicable al caso como si afecta a la concreción de los hechos relevantes para la calificación jurídica y para la determinación de la responsabilidad derivada de ella.

Además, se precisa que la violación se haya producido “a sabiendas”; o lo que es lo mismo, con conciencia de que ello vulnera abiertamente el derecho. Por eso que la revocación de

³¹ Buompadre, Jorge E. “Delitos contra la Administración” Ed. Mave. Corrientes. Argentina, año2001, pág. 360

una sentencia por un órgano superior, por considerarla contraria a derecho, no sólo no tiene por qué suponer delito alguno, sino que constituye la garantía plena del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia³².

Siguiendo la doctrina española Orts Berenguer, entiende que “para calificar de injusta a una resolución judicial es necesario que ella disponga una flagrante ilegalidad, una resolución irracional, pudiendo proceder la injusticia de la falta absoluta de competencia, por la inobservancia de esenciales normas de procedimiento o por el propio contenido de la resolución, que suponga una contradicción del ordenamiento jurídico, tan patente y manifiesta que pueda ser apreciada por cualquiera, según la glosa del fallo del máximo tribunal de aquel país”³³

El principio de legalidad dentro del cual se estructura la tipificación de la figura delictiva nos obliga a considerar el hecho como prevaricato solo si se dan expresamente las condiciones causales establecidas en la figura, si no se puede subsumir en esta, será otro injusto, mas no el que estamos analizando conforme las claras pautas del art.18 de la constitución nacional.

Así las cosas, creemos que si las partes no invocan la ley y el juez no la cita, no comete el delito específico que analizamos; pero es inexcusable el desconocimiento del derecho por parte del mismo, y por ende, una decisión jurisdiccional que se funde en una norma no aplicable al caso concreto podrá configurar otro delito (art.248 del C. Penal), toda vez que existe un mandato sobre el magistrado que impone el principio “iura novit curia”.

Ahora bien si el juez al fallar funda su resolución en una ley derogada, anulada o inexistente claro está que el delito se consume por ello. No alcanza con que la ley expresamente no haya sido invocada por las partes (alegada o citada) y conforme lo explica Buompadre³⁴ la jurisprudencia ha señalado que si nadie ha invocado la ley, aunque la resolución sea contraria al derecho que se debió aplicar, el delito específico no se comete.

No estamos de acuerdo en este sentido, ya que tanto el control de constitucionalidad como también el control de convencionalidad opera de oficio y omitir la aplicación concreta de un mandato convencional, más allá de su invocación o no, por lo menos nos deja en los umbrales de la figura del prevaricato. El juez debe efectuar el control de convencionalidad siempre y en el caso que no lo haga en cuestiones que controvierten derechos fundamentales tratados específicamente por las normas convencionales; sino no aplica estas, su conducta se encuadra en la figura mencionada.

Es que el prevaricato configura una frontal oposición al ordenamiento jurídico vigente, más allá de las hipótesis mentales que tenga el magistrado actuante, si este emite una resolución en franca oposición al mandato legal imperativo que surge de una ley vigente, es claro que ello configura un alzamiento contra dicho orden jurídico. Esta resolución debe ser contraria objetivamente y subjetivamente al derecho aplicable.

Soler indica que pueden darse las situaciones donde el juez se equivoca y comete una ilegalidad, y que un pronunciamiento de esta especie puede incluso ser un acto de corrupción pero no prevaricato, y en tal sentido tampoco configura el delito el uso inadecuado o en exceso de la facultad de discrecionalidad que legalmente se le reconoce a los tribunales.³⁵

La otra hipótesis punitiva prevista por la normativa, llamada comúnmente prevaricato de hecho, debe entenderse que aquella resolución dictada por el juez donde este invoca “hechos falsos” cuando ellos no existen o, más exactamente, cuando no aparecen constanding en los autos que resuelve. No tienen tal carácter aquellas circunstancias que el juez puede considerar probadas o no, de acuerdo con la facultad que le dan las leyes, consiste en el hecho de que la resolución

³² González Rus, Juan José. Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, Tomo II. Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997, p. 457

³³ Orts Berenguer, Enrique. Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. 3ra edición. 1999. 783

³⁴ Buompadre, Jorge E. “Delitos contra la Administración” ob cit. Pag. 367 glosa del fallo de la CN Casación Penal Sala I,5/10/94 dictado en Vaccari.

³⁵ Ver Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Ed TEA. Buenos Aires, t. V, pág. 210 y sig.

esté apoyada (fundada) en hechos o en resoluciones falsas. No basta citar falsamente; es preciso que la cita sea para fundar la resolución que se dicta..."³⁶

Se sanciona el falseamiento de la verdad, en base a la cual se funda el desviamiento de la aplicación del derecho. Los hechos falsos que inciden en la decisión deben tener la entidad y gravitación suficiente para ser el factor determinante de la decisión jurisdiccional cuestionada. Deben constituir el factótum del decisorio y guardar estrecha conexidad con la resolución que será el objeto del delito. Así opina la más calificada doctrina nacional.

Esos hechos falsos son los acontecimientos facticos o probatorios que no existieron, que no se produjeron y que no constan en las actuaciones judiciales previas a la resolución, sin embargo el magistrado las cita, invoca y refiere a ellas al fundar el fallo, afectando con ello la verdad. Es decir, invoca acontecimientos, situaciones o circunstancias de cualquier especie, que no poseen el significado que se les atribuye, o no se condicen con la realidad. Un hecho falso se presenta cuando se niega la existencia de un hecho o cuando éste es presentado, arbitrariamente, de forma diferente a como corresponde, por ello también afecta el principio de congruencia, que es, como enseña Morello "la exigencia que obliga a establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores del esquema del proceso: la pretensión y la decisión. Hay una necesidad de correspondencia entre ambos extremos que funciona como condición del proceso verdadero. Aunque no sea un auténtico requisito de fondo, sino previo al mérito, se incorpora a la decisión misma".³⁷

Pero para que se configure el delito previsto en la especie comisiva debe ser un hecho que notoria y claramente no conforma el bagaje de actos procesales, probatorios o que conforme de alguna manera el universo de conocimiento del proceso judicial en cuestión en el cual el juez dicta su resolutorio con fundamento en aquel, a sabiendas de su inexistencia.

En cambio cabe preguntarse si en la hipótesis de que se prescindiera de prueba decisiva, la conducta resultaría igualmente típica por tratarse de un "hecho falso". La cuestión es resuelta por Genaro Carrió en el ámbito no penal señalando que "*el caso quedará incluido en la causal séptima si mediante la apreciación caprichosa se priva de valor a una prueba decisiva, la que queda, por así decir, desnaturalizada; estará incluido en la causal octava si ese vicio de valoración tiene por efecto acordar carácter de elemento de convicción decisivo a uno que, con una interpretación recta no lo tendría*"... En la misma argumentación de Carrió los conceptos antónimos de "interpretación caprichosa" o "interpretación recta", son conceptos semánticamente vagos, que son aquellos en los que "*entre el área de los casos claros y la de los inequívocamente excluidos se extiende una imprecisa zona de fronteras, no susceptible de deslinde como no sea por una decisión arbitraria*"³⁸.

Es que con esta disposición penal "*se tutela la rectitud, la legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos en qué consiste la actividad de administrar justicia, sean éstos cumplidos por los órganos específicamente habilitados para pronunciarla, sea por los auxiliares de ella que contribuyen a la formación de los actos procesales en que la actividad decisoria se apoya*"³⁹.

Se requiere a nuestro juicio, la capacidad cognitiva, la certeza fáctica, la intención manifiesta y además que el hecho falso sea el elemento fundamental para que se configure el prevaricato de hecho.

Es que el propio ordenamiento legal diseña modos y formas procedimentales específicos para subsanar el error, remediarlo o anularlo.

³⁶ Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 893.

³⁷ Morello Augusto Mario "Prueba, Incongruencia, Defensa en Juicio (el respeto por los hechos) Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires. 1977. Pag 37.

³⁸ Gómez Andrade, Jorge (h). En torno al delito de prevaricato. LA LEY 2003-E, 1247)

³⁹ Soler, Sebastián. Derecho Penal, "Derecho Penal Argentino", t. V, p. 208, TEA, 1964

Podrá en algunos casos ser un acto inequívoco de desconocimiento del derecho, lo que importara la respuesta institucional o de otra índole, más no la sanción penal; en otro extremo podrá el juez tener una conducta arbitraria más no delictiva.

Dentro de esta variada gama de hechos que no configuran la comisión del ilícito penalmente reprochable, el magistrado solo puede ser amonestado, lo que también ocurre excepcionalmente, por vía de superintendencia, más la víctima concreta mientras dura el largo y fatigoso proceso, con el daño consumado que se puede incrementar contra sus derechos fundamentales, no encuentra el recurso a modo de remedio efectivo, contra el acto ilegal perpetrado por un integrante del poder judicial.

El ordenamiento jurídico vigente de naturaleza procedimental no brinda una acción que permita la rápida tutela a este accionar delictivo y menos el rápido y urgente restablecimiento de los derechos fundamentales ocasionados por este delito cometido por la judicatura. Salvo el amparo en la extensión del art. 43 de la C. N.-

b) otros delitos: que se pueden cometer en la administración de justicia son el cohecho (dativas) incumplimiento de los deberes de funcionario público (art.248) entre otras figuras típicas reprochadas por la ley penal.

El sistema obliga a la denuncia, esta se sustancia, previamente ante el órgano de control institucional (juicio político o denuncia ante el consejo de la magistratura y luego jury de enjuiciamiento) se suma a ello que la legitimación estrecha para el querellante particular (art.82 CPPN) que solo permite que actué el “particularmente ofendido” con lo que la acción en el marco del proceso penal requiere un largo y fatigoso tramite después de habilitada la instancia por el control institucional, si procede.

Si se promueve la acción contenciosa en el ámbito civil, articulando la nulidad del decisorio por el delito (responsabilidad civil arts.1708 a 1780 C. Civil) será sustanciado por un proceso ordinario. Ergo la lesión manifiesta y clara contra el ordenamiento jurídico y que afecta derechos fundamentales por el accionar delictivo del juez solo cuenta con el amparo como vía idónea para, rápida y eficazmente restablecer el derecho lesionado, alterado o restringido por el accionar ilegal.

8.- Algunas consideraciones : llamativamente en el año 1993- antes de la reforma constitucional de 1994 que consagro la garantía del art.43 – se hizo lugar a un amparo contra un decisión judicial dictada por un juez de instrucción en el marco de un proceso penal, articulado ante la Cámara Criminal de esa jurisdicción.

Sagüés⁴⁰ se refiere al mismo diciendo que “se trataba de la clausura de un estudio jurídico, dispuesta por un juez federal, en una causa penal. Un letrado de aquél se encuentra procesado, pero el actor, abogado también, se halla desvinculado del expediente criminal. La Cámara entendió que se estaba realizando un claro desmedro a los derechos de un tercero; que la medida dispuesta era manifiestamente arbitraria, no estando captada por el Código Procesal Penal, afectando los derechos constitucionales de trabajar y ejercer libremente la profesión; y que la existencia de los recursos procesales ordinarios para impugnar la clausura (reposición y apelación subsidiaria), si bien en principio parecen idóneos para encarar el problema, "no lo serán a la postre, por la dilación temporal que los mismos suponen... la Cámara hizo lugar al amparo y levantó la clausura del estudio profesional en el término de tres horas, sin perjuicio de la requisa de medios probatorios que el juez penal pudiese realizar en aquel recinto."

El caso de referencia fue resuelto no obstante haber sido dispuesto contra una autoridad judicial, y estaba plenamente vigente la ley 16.986 que en su art.2 señala la inadmisibilidad de la acción contra decisiones judiciales.

Sin dudas un caso de ilegalidad en la medida dictada en la causa contra el abogado encartado, y sin dudas una medida arbitraria dictada contra el socio del abogado con quien

⁴⁰ Sagüés, Néstor Pedro “Una variante del amparo contra decisiones judiciales” JA 1993-IV-336

compartía el estudio clausurado, por ello enfatiza que “que basta la comprobación inmediata de la restricción a un derecho constitucional para que éste deba ser restablecido en su integridad, "sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que lo reglamente: 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".⁴¹

Aquel caso se resolvió sin declarar la inconstitucionalidad del art.2 de la ley 16.986, y bajo el fundamento de la interpretación armonizante de la ley adjetiva y la constitución, teniendo el mismo una suerte de parangón con el caso "Outón" (Fallos 267:215) donde la CSJN permitió que mediante el amparo se cuestionara la constitucionalidad de una ley o reglamento.

He aquí un claro ejemplo de procedencia del amparo contra una decisión judicial, con una salvedad, en el año 1993 no estaba reformada la constitución nacional y por ende los derechos constitucionales no se encontraban reforzados y robustecidos por la reforma constitucional de 1994, concretamente los arts.43 y 75 inc.22.

Posteriormente solo se admitió amparo contra decisiones judiciales que no tienen naturaleza jurisdiccional sino administrativa (acordadas). En épocas más cercanas, la CSJN⁴² sin embargo admitió el amparo contra resoluciones de tipo administrativas adoptadas por el poder judicial señalando en un precedente que “la lesión al derecho constitucional de propiedad producida en ocasión de una función administrativa dentro del área poder judicial de la Nación habilita la acción regulada por la ley 16.986, pues –en el caso- aquella es grave y evidente y afecta prestaciones de carácter alimentario “ Así se hizo lugar al recurso extraordinario modificando el decisorio del “A quo “ que había declarado la improcedencia de la acción de amparo, entre otras cuestiones, por la existencia de vías ordinarias para dilucidar los hechos controvertidos. Entendió el Tribunal cimero que “la sentencia que rechaza el amparo es asimilable a una definitiva cuando se demuestra que lo decidido causa un agravio de muy difícil reparación ulterior (fallos 307:444, entre otros).

9.-Posiciones doctrinarias específicas: Rivas⁴³ señala que el “art.43 de la constitución nacional no discrimina expresamente en cuanto al tipo de autoridad pública al que se refiere y no formula ninguna limitación al estilo de la ley 16.986. De tal manera, el amparo constitucional contra actos jurisdiccionales parecería con una mayor posibilidad de admisibilidad” para concluir que “ se podría dar el instituto tuitivo, en situaciones marginales que escapen a la eficacia de los sistemas recursivos; en realidad existen al efecto soluciones de amparos específicos, aun cuando las leyes no los denominen tales .Desde ya que la falta de una regulación adjetiva al respecto no impide la aplicación de una solución de amparo, de acuerdo a la doctrina Kot y Siri, las lagunas de la ley procesal obligan a los jueces a proporcionar las vías de protección adecuada, si es necesario por creación pretoriana o aplicación analógica de otras soluciones”.

Bidart Campos⁴⁴ señala que en “orden a la mención de actos u omisiones de autoridades públicas, se plantea el interrogante de si el art.43 ha habilitado también el amparo contra decisiones judiciales (o sentencias). La marcada respuesta afirmativa configuraría una innovación muy marcada en nuestra tradición amparista.

En otra obra⁴⁵, expresa claramente que en otras latitudes donde funciona el instituto existen jurisdicciones constitucionales (verbg. Alemania, España, Venezuela.) Se puede entender entonces que “una decisión emanada de otro tribunal siempre dentro del marco competencial de

⁴¹ Sagüés, Néstor Pedro” ob. Cit

⁴² CSJN Sanchis Ferrero Julia A y otros c/ Corte Suprema de justicia de la Nación “fallo del 20/5/92 LA LEY 1993-A, 232/ 238

⁴³ Rivas, Adolfo Armando, “El Amparo” Ediciones La Rocca Buenos Aires, 2003.

⁴⁴ Bidart Campos Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional. T VI la reforma constitucional de 1994, Ed. Ediar Buenos Aires, 1995. Pag 313

⁴⁵ Bidart Campos Germán “El derecho de la constitución y su fuerza normativa” Ed. Ediar, año 1995 pag. 354 y sig.

cada uno, no opera como una instancia más que, dentro del curso del proceso resuelto por el tribunal contra cuya resolución se interpone el amparo, revisa una decisión judicial ajena y, acaso, desvirtúa el principio del juez natural, de la cosa juzgada y su secuela de la seguridad jurídica. El rostro que percibimos en situaciones como la propuesta es otro. Admitir la procedencia del amparo contra sentencias no implica resolver de nuevo lo mismo que resolvió el tribunal autor de la decisión que se somete a un proceso de amparo. Lo que el amparo asume como objeto de la litis y de la sentencia que en ella se dicta es la violación de un derecho fundamental con raigambre constitucional en que, presuntamente, incurrió el tribunal que dictó la resolución que se impugna a través del amparo....Esta admisibilidad del amparo se sitúa en una modalidad aplicativa de la fuerza normativa de la constitución, no se inmiscuye en procesos extraños que son propios de la naturaleza de otro tribunal, dirige su intervención a comprobar si una sentencia configura un acto lesivo de manifiesta gravedad en detrimento de un derecho fundamental del presunto agraviado...cuando da por cierto que allí se originó una indefensión constitucional, así lo declara, y dicta sentencia en consecuencia “

Quiroga Lavie⁴⁶ señala,”... no levantamos objeción alguna siempre que este tipo de amparos no implique habilitar su uso para sustraer causas judiciales del curso regular de un proceso y del tribunal que, como juez natural, está interviniendo en él. El derecho comparado puede proporcionar modelos, que, sin distorsiones admiten el amparo contra decisiones judiciales con especial prudencia y moderación razonable”

Expresamente la auspicia en la glosa a la reforma constitucional señalando que el amparo procede” no solo frente a actos de la administración pública sino frente a actos del Congreso o de poder judicial cabe la tutela...Frente decisiones judiciales que afectaren derechos y ante las cuales las apelaciones ordinarias no fueren idóneas para salvaguardar el ejercicio del derecho conculcado. De este modo podemos sostener, sin temor a equivocarnos, que el texto constitucional habilita el amparo contra sentencias judiciales, y no solo frente a actos administrativos producidos en la jurisdicción judicial...”

10.- la tutela judicial efectiva: en abono de este mecanismo citamos la garantía de cuño constitucional que surge del mandato preambular: afianzar la justicia, del art.14, 18, 31, 33, reforzados por el art.75 inc.22 que obligan, decididamente al poder judicial a garantizar la efectividad real que debe brindar el Estado, a través del servicio jurisdiccional al ciudadano

Debe entenderse este instituto en función del art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde en el art. 8, se reconocen los siguientes derechos: a) a ser oído con las debidas garantías; b) a que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y c) a ser juzgado por un juez o tribunal competente; independiente; e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

En el art. 25.1 se dispone: ‘Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales. En los incisos siguientes, los Estados partes se comprometen a garantizar: que la decisión del recurso antes indicado, estará a cargo de la autoridad competente; que cumplirán la resolución judicial del recurso; y que desarrollarán las posibilidades del recurso judicial.

Interpretando la naturaleza y alcance de este instituto podemos colegir que el mismo importa: el derecho de acceso a la jurisdicción, las garantías mínimas establecidas en los mandatos convencionales y constitucionales, plazo razonable, a que se pongan fin a las

⁴⁶ Quiroga Lavie, Humberto “ El amparo, el habeas data y habeas corpus en la reforma de la constitucion” en AAVV “La reforma de la constitución “explicada por los miembros de la comisión de redacción.Ed Rubinzal culzoni. Bs As. 1994, pag.110

controversias, pero también el derecho a un decisorio justo, a una sentencia motivada, a la doble instancia, a la cosa juzgada, a la efectividad de la resolución, a la plena ejecutoriedad de las decisiones jurisdiccionales.

Este mandato constitucional se integra con el acceso a la jurisdicción, derecho defensa, a la prueba, y sentencia, siguiendo las reglas del debido proceso; no debe confundirse con este último aspecto. El proceso (como expresión dialéctica entre partes que dirimen un conflicto) tiene la protección constitucional para que sus formas garanticen a las partes un desarrollo igualitario y legal; con un órgano imparcial.

Por ello la tutela judicial efectiva, como derecho constitucional, se puede sintetizar como un derecho fundamental de una persona a que se haga justicia, dentro del cual se integra como parte del mismo del derecho al debido proceso.

El proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio, un mecanismo procedimental de base legal y reglada en virtud del cual los ciudadanos buscan justicia y es el Estado el que debe brindar y garantizar.

Jesús González Pérez, grafica el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en función de los momentos en que se materializa este, que son “el acceso a la justicia, el debido proceso, y la ejecución de la sentencia”⁴⁷

Así lo dispuso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través del informe 105/99 emitido en el caso 10.194, “Palacios, Narciso –Argentina ha señalado que: “Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio “pro actione”, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción...” “...el principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales”.⁴⁸

Dentro de este marco institucional no resulta sólido mantener posturas ritualistas, de excesivos rigores procedimentales que justifican, no solo la profundización de las lesiones a derechos fundamentales de una persona, sino que ponen al mismo Estado Nacional en una situación de franco incumplimiento con las disposiciones de los tratados internacionales que obligan a la aplicación de las normas convencionales, así verbigracia, los arts. 1.1. (compromiso de aplicación) compromiso de adopción (art.2) interpretación armónica (29) de la C.A.D.H (Pacto de San José de Costa Rica)

Es este camino de convergencia, y como se ha dicho recientemente “una vez fijado el criterio de interpretación y aplicación, este sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico” (C.I.D.H voto del Dr Sergio García Ramírez en “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, 24/11/2006).

La sana la interpretación y aplicación de los tratados internacionales que enmarcan el plexo de derechos fundamentales de nuestro ordenamiento local, en plena convergencia, con indudables principios convencionales tal como el “in dubio pro hominen”, ponen al hombre y su dignidad por sobre el aparato estatal. Así fue concebida esta garantía y por ende no cabe ya el rechazo “in limine con archivo de las actuaciones” el juez debe reencauzar el proceso.

Gelli⁴⁹, en magistral síntesis, expresa las diversas acepciones de persona, que utiliza como expresión amplia el texto constitucional, que van desde el habitante, ciudadano, extranjero, trabajadores, consumidor, usuario, sociedades intermedias, partidos políticos, etc. Por ende, una interpretación armónica del texto constitucional nos obliga a dar la mayor amplitud al afectado

⁴⁷ González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Ed Civitas, Madrid, 2000, pag.59.

⁴⁸ Ver La Ley 2000-F, pag.594, con nota de Carlos A. Botassi, (*Habilitación de instancia y derechos humanos*)

⁴⁹ Gelli, María Angelica ob cit. Pag 616.

individual para interponer un amparo si se dan las condiciones previstas en el art. 43 en su primera parte.

Ferrer Mac Gregor⁵⁰ nos ilustra que “en lo tocante a la protección de los derechos fundamentales estamos ante un nuevo escenario mundial y regional que obliga a replanteos jurídicos..., lo que ha producido la “internacionalización de los derechos humanos” y, con ello, la creación de organismos jurisdiccionales transnacionales especializados en la materia, lo que dio origen a la dimensión que Cappelletti bautizara como la justicia constitucional supranacional ... La tendencia de nuestro actual momento histórico en materia de protección de los derechos humanos es la ampliación de los mecanismos tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales de protección”.

Para afirmar tal propósito y dentro del marco de la protección a la humanidad sin fronteras jurisdiccionales, el sistema de doble fuentes de producción normativa también ofrece un refuerzo o robustecimiento de las garantías, y ello surge del tratado internacional más relevante por la operatividad que compone nuestro “bloque de constitucionalidad federal” y entonces debe tenerse presente la acción efectiva y de garantía que ofrece la C.A.D.H.

11.-El amparo internacional:⁵¹ En abono de la admisión del derecho acción del amparo, en sentido amplio y contra decisiones ilegales (delitos), tomamos a esta modalidad como lo concibe el mismo art.25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que es claro y contundente.

La conjunción de los arts.43 y 75 inc.22 de la C.Nacional, para la hipótesis, deben entenderse como normas operativas programáticas que llenan de contenido el art.25 del PSCR antes mencionado. Si alguna duda existe sobre la procedencia de un recurso sencillo y rápido que ponga coto a injusticia notoria que agraven o menoscaben derechos fundamentales resulta útil, analizar este art.25 al que nuestro país adhiere sin restricciones.

Ayala Corao⁵² la ha definido como “el mecanismo efectivo para la tutela de los derechos constitucionales incluidos los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. En este sentido lo natural y normal es que los tribunales nacionales reparen y restablezcan las lesiones o violaciones causadas a los derechos y garantías de la persona humana, a través de las distintas acciones y recursos, en especial a través del amparo constitucional ”

Ferrer Mac Gregor⁵³ insiste que si un país signatario del P.S.C.R. “reconociera la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos inició la transición del amparo nacional al amparo internacional. La aceptación de esta jurisdicción transnacional “traduce fielmente una convicción político-jurídica y constituye la culminación, por ahora, del sistema de protección de los derechos humanos, con su doble vertiente contemporánea: nacional e internacional”. Este derecho es en definitiva, una determinación específica, de la obligación internacional asumida por todos los Estados partes de esa Convención, de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”

Es que “...La fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos, está garantizada por el control que sobre su efectividad ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya sea

⁵⁰ Ferrer Mac Gregor, Eduardo “ del Amparo nacional al amparo internacional ponencia en el “XVII Congreso Mexicano de Derecho Procesal y VI Curso Anual de Preparación y Capacitación para profesores de Derecho Procesal (Ciudad de México, 18-21, julio, 2004

⁵¹ Esta singular denominación a esta garantía la dio, entre otros Sagüés (ver dimensiones normativas y sociológicas del amparo contra decisiones judiciales” en” Justicia, libertad y derechos humanos: Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante)

⁵² Ayala Corao Celso “ del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos” Instituto Interamericano de derechos humanos “ Editorial Jurídica Venezuela Caracas pag 55

⁵³ Ferrer Mac Gregor, Eduardo “Del Amparo nacional al Amparo internacional” ponencia en el “XVII Congreso Mexicano de Derecho Procesal y VI Curso Anual de Preparación y Capacitación para profesores de Derecho Procesal (Ciudad de México, 18-21, julio, 2004

por iniciativa de cualquier Estado (art. 62 P.S.C.R), o a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, previa evaluación de las denuncias de cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización (art. 44 P.S.C.R). La decisión de la Corte Interamericana en la protección de los derechos humanos, puede consistir en ordenar que se garantice al lesionado en el goce de sus derechos o libertad conculcados; disponiendo, si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Y en caso de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. (Art. 63 del P.S.C.R).” (C.I.D.H Sentencia No.T-447/95, de 23-10-95)⁵⁴

1. Garantiza la plena y total igualdad – en armonía con los arts.1, 5, 8, 24- recordando implícitamente lo ya establecido, que al ser todas las personas iguales ante la ley y por ende tienen igual derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Por ello el primer gran mandato que fluye del art.25 que se analiza concretamente dice “*TODA*” persona tiene derecho...que el término toda implica la omnicomprensión sin exclusiones de todo habitante alcanzado por la jurisdicción de un Estado. No se impone condición alguna, no se analiza causal de restricción, no refiere ni remite a algún motivo de exclusión; toda, es toda (cualquiera sin exclusión) persona.

2. No impone una modalidad; sino un resultado, cualquiera sea el “nomen iuris” de la acción, recurso o procedimiento que se establezca, solo condiciona para su procedencia que se afecten derechos fundamentales sin que para ello se existan obstáculos procedimentales de menor jerarquía o de menor diseño legal como impedimento valido. Es que no se puede en el altar de las formas impedir la justicia.

Cuando el derecho es lento, muere la justicia. Por ello el mandato es firme; dice rápido, significa con inmediatez, que no existan dilaciones innecesarias que retarden la aplicación del remedio; ya que este como todo paliativo de un daño puede llegar “post mortem” del derecho fundamental violentado, sea derecho personal, patrimonial o colectivo o social.

3. Es procedente la acción directa del amparo, o como se denomine al recurso sencillo y rápido contra decisiones judiciales ilegales, u omisiones delictivas demoras incompresibles o incuria de funcionarios judiciales, ya que el art.25 del PSCR en análisis refiere concretamente una redacción inclusiva de todo el aparato estatal, sin discriminar ninguna especie, no dejando espacio para la excepción, ya que señala que procederá “...Aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”

12.- conclusión: proponemos que esta acción especial-como proceso constitucional que excita la jurisdicción constitucional específica, 1º: se interponga ante la Cámara o Tribunal de Apelaciones del juez que supuestamente comete el delito, con la debida denuncia criminal del hecho y el pedido que deberá también formular el amparista ante el órgano de contralor institucional para analizar el comportamiento del magistrado.

2º la articulación de la acción de amparo conlleva el inmediato giro de la causa donde se cuestiona el accionar del juez –y la realización del delito- al subrogante legal del juez de la causa, quien la tramitara hasta que se resuelva en definitiva el amparo; si este se deniega la cuestión vuelve al juez natural, si se hace lugar al amparo, entenderá en la causa en forma definitiva hasta su finalización.

3º El Amparista en caso de que se rechace su acción o sea temeraria su denuncia correrá con las responsabilidades extracontractuales de su acción, reparara los daños y perjuicios y deberá soportar una multa por temeridad y malicia procesal.

4º El mecanismo procedimental en la especie concreta se efectuara del mismo modo con

⁵⁴ Ver Ayala Corao Celso “ del amparo constitucional al amparo interamericano ...” ob. cit pag 55/87

que se actua cuando mediante un habeas corpus se cuestiona una ley o denuncia concreta al magistrado, lo cual esta admitida en la jurisprudencia nacional, para este proceso constitucional.

Así las cosas, la libertad, como todos los derechos fundamentales tienen protección efectiva, incluso cuando la ilicitud de los comportamientos proviene de quien tiene que brindar la garantía (secundaria)⁵⁵ de la satisfacción de los mismos a través del servicio de justicia.

⁵⁵ Ver Ferrajoli, Luigi “Garantismo” Una discusión sobre derecho y democracia. Ed Trotta. España, 2009 pag.52 donde se discrimina entre garantía primaria (la que surge de la constitución) y secundaria (las atribuidas al juez para anular o sancionar los actos lesivos por accion u omisión, de las garantías primarias.