

La acción de amparo en Uruguay. Complemento de investigación

Writ of mandamus in Uruguay. Follow-up research

Martín Risso Ferrand

ORCID: 0000-0001-9546-6572

María Paula Garat

ORCID: 0000-0001-8452-5338

Stefanía Rainaldi

ORCID: 0000-0001-7351-3534

Martín Guerra

ORCID: 0000-0002-6577-7502

Melanie Kazarez

ORCID: 0000-0001-5296-0079

Emanuel Pintos

ORCID: 0000-0002-0348-3365

Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, Uruguay.

Correspondencia: mrisso@ucu.edu.uy; maría.garat@ucu.edu.uy; stefania.rainaldi@ucu.edu.uy

Recibido: 13/07/2020

Aceptado: 30/07/2020

Resumen: El propósito de esta publicación es complementar una investigación publicada en *Revista de Derecho* n.º 16 (julio-diciembre, 2017), en la cual se constató que la inmensa mayoría de acciones de amparo en las que no se reclama asistencia médica eran rechazadas por los tribunales. Se pretendió verificar si la tendencia permanecía incambiada, así como sistematizar las razones esgrimidas por los jueces para desestimar los amparos y, en definitiva, proponer modificaciones legislativas que le permitieran a la acción de amparo observar su verdadera finalidad, que es ser la principal garantía para los derechos humanos lesionados. Para ello, se relevaron todas las sentencias definitivas dictadas en un proceso de amparo por los Tribunales de Apelaciones en lo Civil entre octubre de 2018 y setiembre de 2019 y se descartaron aquellas en las que el Estado no fuera parte demandada o se reclamase un medicamento o tratamiento médico. Luego se las dividió por resultado, para finalmente analizar los argumentos de cada una de ellas. En total, se dictaron trescientas sesenta sentencias, de las cuales solo veintidós correspondían a acciones de amparo “no médicos”, siendo en última instancia rechazados veinte de ellos en una aplicación errónea de los requisitos previstos en la ley 16.011, prescindiendo de los preceptos constitucionales y las pautas hermenéuticas en materia de derechos humanos.

Palabras clave: acción de amparo; derechos humanos; Estado; derecho constitucional; Constitución; Ley 16.011; garantía de los derechos humanos.

Cómo citar: Risso Ferrand, M., Garat, M. P., Rainaldi, S., Guerra, M., Kazarez, M., y Pintos, E. (2020). La acción de amparo en Uruguay. Complemento de investigación. *Revista de Derecho*, 22, 160-177.

<https://doi.org/10.22235/rd.vi22.2246>

Abstract: The purpose of this publication is to adjunct a research, already published on *Revista de Derecho* n. 16 (July-December, 2017). In said research, it was made apparent that the vast majority of petitions for writs of mandamus were denied by the courts. This follow-up research aims to verify if said tendency remained unaltered and methodize the reasons given by the judges to deny the petitions, in order to, in the end, propose an amending act which intends to allow the writ of mandamus to achieve its intended purpose, that is, to be a remedy for cases where human rights are violated. So as to achieve that, all final decisions from a Civil Court of Appeals regarding a writ of mandamus petition between October 2018th and September 2019th were collected. Then, all decisions regarding “medical writs of mandamus” were discarded, as well as all petitions not aimed against the State. The decisions that were left, were then divided by its result and, finally, each was scrutinized on the reasons given by the court for its judgement. In total, three hundred and sixty decisions were issued, of which only twenty-two were “not medical writ of mandamus”. Twenty of them were rejected based on a strict interpretation of the requirements of the law N° 16.011, with no regards of the constitutional principles on the matter nor the hermeneutical rules in cases involving human rights.

Keywords: writ of mandamus; human rights; State; constitutional law; Constitution; Law 16.011, protection of human rights.

Introducción

El objeto del presente estudio es analizar algunos problemas que se suscitan en la aplicación jurisdiccional de la acción de amparo en Uruguay y, como propuesta para su solución, presentar un texto que conforme un proyecto de ley que interprete la ley 16.011 sobre acción de amparo. Este proyecto de ley se presenta como solución a los problemas que impiden que la acción de amparo sea la principal garantía jurisdiccional de los derechos humanos a nivel nacional. Los problemas se evidencian a partir de las investigaciones que se presentan a continuación.

En 2017 se publicó “Jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado. Avance de investigación” (Risso Ferrand et al., 2017). Se trató de una primera investigación llevada a cabo por un grupo de investigación del entonces Departamento de Derecho Constitucional con el objetivo de analizar la tendencia jurisprudencial del Poder Judicial en Uruguay, en lo que respecta a sentencias de responsabilidad contra el Estado y amparos no médicos. Esta investigación consistió en la sistematización y análisis de más de 1.500 sentencias en el período 2014-2017.

A partir de los datos recabados en la investigación referenciada, se advirtió que en los procesos de amparo en los que no se reclamaba el suministro de algún medicamento o tratamiento médico la demanda se desestimó en un 95% de los casos. En base a este

preocupante dato, y dado que la acción de amparo debiera ser la principal garantía de los derechos humanos, se decidió ampliar la investigación y analizar 360 sentencias de segunda instancia para evaluar si se había producido algún cambio en la jurisprudencia sobre amparo.

La ampliación de la investigación se dividió en dos etapas. La primera etapa consistió en relevar e individualizar todas las sentencias de amparos “no médicos” del período 2018-2019 para sistematizarlas según su resultado. En la segunda etapa se analizaron las sentencias que rechazaron el amparo y se clasificaron según las causas esgrimidas para justificar lo resuelto en cada caso. Vale destacar que se estudiaron únicamente los pronunciamientos emanados de los siete Tribunales de Apelaciones en lo Civil (en adelante, TAC).

A continuación, y como presentación de los resultados de esta segunda investigación, se precisarán, primeramente, algunas cuestiones generales del proceso de amparo y su regulación de diverso rango normativo en nuestro país. Posteriormente, se detallará la metodología utilizada y los resultados obtenidos en la primera etapa descripta, para luego profundizar en los fundamentos esgrimidos por los Tribunales en las sentencias estudiadas. Finalmente, se abordarán los problemas que presenta la acción de amparo por medio de la propuesta de un texto para un proyecto de ley como su solución.

Algunas generalidades sobre el amparo en Uruguay

A nivel de doctrina nacional se distingue nítidamente entre los amparos de origen internacional, los amparos constitucionales y los de fuente legal, según el rango normativo de la disposición en que se fundamenta (Risso Ferrand, 2015, p. 467; Ochs, 2013, p. 33).

La acción de protección rápida, sencilla y eficaz frente a una lesión actual o inminente de un derecho humano tiene como fundamento normativo internacional: a) el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, b) el artículo 2 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, c) el artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y d) el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En lo que respecta al amparo constitucional, su fundamento tiene raíz en los artículos 7 (Cassinelli Muñoz, 1988, p. 24), 72 (Real, 1963) y 332 de nuestra Constitución, en cuanto consagran la voluntad del constituyente de garantizar la

protección de tanto el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta, como el goce de todos los derechos humanos reconocidos por instrumentos internacionales y aquellos implícitos en sus textos. Postura que armoniza con la noción del bloque de constitucionalidad (Risso Ferrand, 2011; Nogueira Alcalá, 2015). El amparo de fuente constitucional no necesita la aprobación de una ley reglamentaria de su proceso, por tratarse de una garantía de los derechos fundamentales reconocida por los referidos artículos 7 y 72 de la Carta y por la aplicación directa de los derechos y garantías constitucionales según lo dispone el artículo 332.

Independientemente del tema sobre la necesidad de una ley regulatoria del amparo, Ochs (2013) sostiene que la conveniencia de una reglamentación legal depende del ambiente presente en la cultura jurídica, particularmente en lo que refiere a la comprensión e interpretación de disposiciones constitucionales. Debe tenerse presente que existen constituciones que prohíben la reglamentación del amparo por vía legislativa, con el fin de evitar que la legislación coloque cortapisas a la eficacia de esta herramienta (Ochs, 2013, p. 34). En Uruguay la Constitución no prohíbe la reglamentación legal del amparo, pero toda solución legislativa que supusiera una limitación a la efectividad del amparo sería inconstitucional.

La Ley N° 16.011, aprobada en diciembre de 1988, regula la acción de amparo y prevé una serie de exigencias subjetivas y objetivas que deben cumplirse para la viabilidad del accionamiento. Algunos de estos condicionamientos han sido objeto de crítica por parte de la doctrina por su severidad y sinrazón, particularmente en lo que respecta al brevísimo plazo de caducidad (Ochs, 2013; Risso Ferrand, 2015). Mientras que otros requisitos son reconocidos como acordes a la naturaleza del amparo como el requisito de ilegitimidad manifiesta o el de inexistencia de otros medios idóneos para obtener el mismo resultado. Sin perjuicio de las interpretaciones criticables que a veces se verifican sobre ellos en la práctica. Incluso, en algunos casos por vía interpretativa la jurisprudencia requiere la existencia de un daño irreparable (otro elemento objetivo), que no está expresamente previsto en la ley.

Para el relevamiento e individualización se tomaron como objeto de análisis las sentencias que resolvieron sobre pretensiones de amparo dictadas por los TAC en segunda instancia dentro del período que comprende desde el 1 de octubre de 2018 inclusive hasta el 1 de octubre de 2019 no inclusive. No se incluyeron sentencias dictadas en procesos de habeas corpus, habeas data o de acceso a la información pública. Tampoco se incluyeron

las sentencias indexadas como interlocutorias, sea de carácter simple o con fuerza de definitivas.

En lo que respecta a las dificultades planteadas en el curso del desarrollo de la presente etapa de investigación, nos remitimos a las señaladas en la investigación anterior (Risso Ferrand et al., 2017). Ello, sin perjuicio de otros inconvenientes vinculados al funcionamiento interno de algunas oficinas judiciales, que no viene al caso traer a colación en esta oportunidad, y sin dejar de desconocer la buena voluntad de la mayoría de los operadores judiciales por brindar la información necesaria para este estudio.

Partiendo de esta base, luego de efectuadas las correspondientes solicitudes y en consecuencia de la dinámica propia de cada Tribunal, el proceso de relevamiento de las sentencias tuvo dos momentos: (1) contabilizar las sentencias dictadas por los TAC 1°, 2°, 3°, 5° y 6° entregadas en forma digital; y (2) computar las sentencias de los TAC 4° y 7°, que fueron obtenidas a través de la Base de Jurisprudencia Nacional Pública.

A los efectos del análisis cuantitativo se estudió el resultado de sentencias de segunda instancia de procesos de amparo en cuanto a si se confirma, revoca total o parcialmente el pronunciamiento de primera instancia y, en consecuencia, si se hizo lugar a la pretensión total o en forma parcial o si se la desestimó.

El número de sentencias relevadas asciende a 360. Categorizándolas según los datos por ellas aportados y en función de la instancia a las que corresponden, en primer lugar, podemos observar un total de 170 sentencias de primera instancia acogiendo plenamente la pretensión (un 47,22%), mientras que sólo 77 sentencias (el 21,38%) fueron dictadas desestimando la acción. El resto (113 -31,38%) hicieron lugar parcialmente. En similar sentido, en las sentencias de segunda instancia de las anteriores mencionadas el 32,7% fueron desestimatorias (118) mientras que el 38,3% hizo lugar la pretensión en forma total (138). El 28,8% restante, representa el total de sentencias de segunda instancia en las que se hizo lugar parcialmente a la demanda (104).

Las cifras precedentes corresponden a la totalidad de los amparos resueltos en el período estudiado. Partiendo del objeto de esta investigación, se procedió a descartar los amparos “médicos” o “sanitarios”, esto es, aquellos en que la parte actora reclama el suministro de un medicamento o un tratamiento médico cuyo costo no puede sufragar, así como también se descartaron los amparos cuyo sujeto demandado no fuese un ente estatal. En caso de litisconsorcio pasivo, se incluyeron todas las sentencias dictadas en procesos en los que al menos uno de los sujetos demandados revistiera el carácter de ente estatal.

Realizadas las exclusiones indicadas, el resultado obtenido fue un total de 22 sentencias, las cuales corresponden a todos los amparos “no médicos” promovidos contra, por lo menos, un ente estatal. En segunda instancia, en ningún caso se hizo lugar en forma plena a la acción de amparo, mientras que en 2 casos sí se lo hizo en forma parcial. En el resto de los casos, o sea en los 20 restantes se desestimó la demanda en todos sus términos.

Una vez realizado el análisis cuantitativo, se procedió a la segunda etapa de la investigación, esto es, estudiar los argumentos expuestos en cada una de las sentencias con el propósito de sistematizar los argumentos y detectar las razones prevalentes para la detectada tendencia jurisprudencial que restringe el amparo.

Segunda etapa: análisis de las cifras obtenidas

El objetivo de esta etapa fue analizar la causa que fundamenta el rechazo de la acción de amparo. Para ello las sentencias fueron analizadas conforme a una *checklist* cuyos componentes fueron: “existencia de otras vías idóneas”, “daño irreparable”, “amparo constitucional o internacional”, “Ilegitimidad manifiesta” y “resultado de segunda instancia”.

Con respecto a la caducidad, no se incluyó como indicador porque se constataron sentencias que desestimaban la acción de amparo por la caducidad del artículo 4 de la Ley N° 16.011, y eran indexadas tanto como interlocutorias, como definitivas. Lo que afectaba la muestra, ya que las sentencias interlocutorias fueron excluidas a los efectos de esta investigación.

Tras este análisis, se constató lo siguiente:

- (a) En 13 de 22 sentencias el Tribunal rechazó el amparo por considerar que existían otros mecanismos eficaces para obtener el mismo resultado.
- (b) En 12 de 22 sentencias el Tribunal rechazó el amparo por considerar que no se verificó ilegitimidad manifiesta.
- (c) En 5 de 22 sentencias el Tribunal rechazó el amparo por considerar que debió existir daño irreparable.
- (d) En 2 de 22 sentencias el Tribunal menciona al amparo de rango o fuente constitucional y en 0 de 22 al amparo internacional.

A partir de los datos precedentes, se pudieron extraer dos conclusiones primarias. En primer lugar, son pocas las sentencias (5) que invocan la configuración de un daño irreparable para desestimar el accionamiento de amparo. Si bien esto puede ser interpretado como una bienvenida evolución jurisprudencial, lo cierto es que se impone un criterio más cauteloso. Esto se debe a que en las restantes sentencias se desestimó la demanda por otras consideraciones, por lo que no hubo necesidad al dictar sentencia de abordar lo referido a esta cuestión.

En segundo lugar, se evidencian las pocas menciones al amparo de fuente constitucional e inexistentes menciones al amparo internacional. Si bien las categorías referidas al amparo constitucional, y sobre todo del amparo internacional, son de recibo a nivel doctrinario, de momento la jurisprudencia es reticente a su reconocimiento. De hecho, el amparo de origen internacional no fue considerado en ningún caso y el amparo de fuente constitucional nunca fue tomado como una categoría autónoma, sino con carácter general como el “Derecho del Amparo”, en los términos de Gros Espiell, derecho constitucional cuya regulación estaría sometida a lo previsto en la Ley N° 16.011 (Gros Espiell, 2006, p. 634).

Ahora bien, yendo más allá de las cifras recién expuestas, el estudio individualizado de cada una de las sentencias y de los argumentos incluidos en ellas nos permiten confirmar otras conclusiones que fueron señaladas en la primera investigación sobre jurisprudencia de responsabilidad del Estado antes mencionada (Risso Ferrand et al., 2017).

Existencia de otras vías idóneas

La acción de amparo solo procede cuando no existe otro mecanismo administrativo o judicial o cuando, si lo hubiere, estos fueran claramente ineficaces para obtener el mismo resultado, según lo exige el artículo 2 de la Ley N° 16.011. Ello supone expresamente el denominado carácter “residual” del instituto, sin perjuicio de las reservas que le merecen a algunos autores el empleo de dicho vocablo (Barnech, 2016; Guerra, 2008).

La jurisprudencia analizada insiste en que las vías ordinarias son vías idóneas para la protección del derecho humano y que las demoras no quitan dicha idoneidad. Esto es, la acción de amparo se sustancia en pocos días y la sentencia se aplica en forma inmediata y esto se reputa similar a recursos administrativos con un mínimo de ciento cincuenta días

de denegatoria ficta, una acción ante el Tribunal de lo Contencioso (no menos de tres años) y luego un juicio ordinario de varios años. Mientras que en una vía se protege el derecho en pocos días, en la otra en ocho o diez años.

En particular, merece especial interés el criterio del TAC 1º (en mayoría de sus integrantes naturales, con la disidencia de la Dra. Salvo) en las sentencias definitivas N° 203/2018 y 153/2019 referidas a la suspensión de actos administrativos que han sido recurridos y se encuentran en etapa de agotamiento de la vía administrativa. En el primero de estos pronunciamientos, con cita al TAC 7º, el TAC 1º dispone que:

Por su parte, las Sras. Ministras Dras. Teresita Macció y Beatriz Venturini también coinciden con el a quo en cuanto fundó la desestimatoria en la existencia de otras vías que permiten obtener el mismo resultado que la acción de amparo e indicó que el actor ya había deducido los recursos administrativos pertinentes. [...] En principio la Judicatura no debería meterse donde ya hay mal que bien medios o recursos para poder impugnar los Actos de la Administración (art. 2º de la Ley N° 16.011). Dicha peculiar vía sólo debe admitirse cuando los elementos legalmente previstos para su promoción surgen simultánea y claramente en la etapa de proposición, de tal manera de tornar innecesaria una instrucción mayor o un análisis más profundo del caso, tanto del punto de vista de hecho como de derecho. Situación no configurada en la especie, en tanto la defensa del derecho invocado puede obtenerse por otros medios distintos a los del amparo, uno de ellos ya intentado según propias manifestaciones de la demanda (...) En sede administrativa, con fecha 17.7.2014, la parte actora dedujo recurso de revocación, conforme el art. 1 y ss. de la Ley 15.869 de 22.6.1987, concordantes y modificativas (fs. 4/4v), pendiente de resolución. Con fecha 6.8.2014 (fs. 9) provocó la promoción de la acción en examen, donde reitera la referencia a las causales por las que promovió los recursos administrativos correspondientes (fs. 6v./7), lo que sella la suerte de los agravios en tanto asiste razón al A-quo cuando concluye en la no concreción en estas actuaciones de los requisitos de los arts. 1, 2 de la ley N° 16.011 conforme al carácter subsidiario y residual del amparo señalado en apartado anterior.

El criterio es inaceptable. Si una persona desea ir desde Montevideo a Santiago de Chile y dispone de dos medios, pasaje aéreo o una bicicleta, ¿alguien puede decir que los dos son medios igualmente idóneos y que permiten obtener los mismos resultados? Con el primero, se llega en menos de dos horas, pero con el segundo serían meses, años y quien sabe si se llega o se muere en el camino.

En segundo lugar, corresponde señalar que con el criterio del TAC 1º de que los recursos administrativos constituyen una vía alternativa al amparo, este queda prácticamente vacío de contenido. No procedería contra casi ningún acto administrativo, habida cuenta de que estos son, en principio, todos recurribles conforme lo dispone el artículo 317 de la Constitución, salvo las excepciones que expresamente indica la ley (que son de carácter extraordinario y algunas de ellas declaradas inconstitucionales). Lo mismo puede decirse de la solicitud de suspensión en los términos del artículo 150 del Decreto N° 500/991, que establece esa potestad para todos los actos administrativos. Viera tomaba nota de que existían casos en los que el transcurso del tiempo en la sustanciación de la vía administrativa puede ameritar la intervención del juez de amparo para prevenir una grave vulneración de derechos. En efecto, el autor antes mencionado expresaba que:

Queda desprotegido el impugnante durante todo el período de incoación de los recursos administrativos, cuyo agotamiento es requisito indispensable para la demanda anulatoria ante el TCA. Es fácil comprender que si la lesión al derecho del impugnante es inmediata a la ejecución del acto, la etapa de agotamiento del acto administrativo y la posterior anulación ante el TCA pueden tornar inocuos los medios de impugnación comunes u ordinarios. (Viera, 1993, p. 28)

En la práctica acontece que los Tribunales mecánicamente rechazan amparos argumentando que las demoras en la tramitación de la vía administrativa no son sinónimo de su ineeficacia para prevenir graves vulneraciones de derechos, prescindiendo así de las características del caso que están llamados a resolver, lo cual se contradice con la garantía de la duración razonable de los procesos jurisdiccionales y los procedimientos administrativos reconocida por el artículo 8 numeral 1 de la CADH.

En cuanto a la solicitud incidental de suspensión de los efectos del acto administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (en adelante, “TCA”) regulada por el artículo 2 de la Ley N° 15.869, el TAC 6º se expidió por sentencia N° 189/2018 acerca de los casos en que se solicita la suspensión de los efectos del acto al TCA cuya resolución se encuentra pendiente, en los siguientes términos:

Cuando el artículo 2º de la ley 16.011 alude a medios ‘claramente ineeficaces’, cabe interpretar el término en su sentido natural, es decir que los órganos del Estado, la legislación sustancial o procesal carezcan de las previsiones específicas para obtener la protección, no al razonable plazo que su actuación puede implicar. [...] De recurrir a la acción de amparo en función de la tardanza de los medios

administrativos o jurisdiccionales ordinarios, violando la previsión legal, se llegaría, por absorción, a vaciar de contenido a los otros instrumentos procesales específicos con que cuentan los litigantes para la debida defensa de sus derechos.

También merece especial consideración lo expresado por el TAC 6º en la sentencia N° 193/2019. En el caso, se solicitaba la suspensión de un acto administrativo cuyo pedido de anulación ya se encontraba en curso ante el TCA aunque sin haberse promovido el incidente de suspensión, frente a lo cual la Sala de 6º Turno sentenció:

no puede decirse que los medios no resultan eficaces para tutelar los derechos presuntamente violados, porque directamente no fueron intentados. Debe tenerse presente que el art. 2º de la Ley N° 16.011 refiere a que los medios para la protección del derecho deben ser ‘claramente ineficaces’ y no menos eficaces que la medida que se pretende por la vía de amparo.

El criterio propugnado por el TAC 2º parece menos perjudicial (pese a seguir siendo insuficiente) pues reconoce que el devenir del tiempo en la etapa de agotamiento de la vía administrativa o ante el TCA puede resultar perjudicial para el derecho eventualmente lesionado. Concluye el TAC 2º que en el caso de que procedan los recursos administrativos se cumplirá con el presupuesto de la ausencia de otras vías idóneas para obtener el mismo resultado o su clara ineficacia, siempre y cuando de la demora en la tramitación de los recursos se desprenda un daño o perjuicio irreparable para el accionante. En este sentido, en la sentencia N° 74/2019, el Tribunal afirma que:

En primer término, toma nota el Tribunal que conforme lo enseña VIERA (Ley de amparo, p. 28, 2ª. Ed.) ante plataformas fácticas como la denunciada (en el caso funcionarios en controversia con la administración), es fácil comprender que de ser la lesión al derecho del impugnante, inmediata a la ejecución del acto, la etapa de agotamiento del acto administrativo y la posterior de anulación ante el TCA pueden tornar inocuos los medios de impugnación comunes u ordinarios quedando desprotegido el impugnante durante todo el período de incoación de los recursos administrativos, cuyo agotamiento es requisito indispensable para la demanda anulatoria ante el TCA.

Ahora bien, también observa el Tribunal que el criterio hermenéutico antes enunciado debe coordinarse con los elementos objetivos reclamados por la ley de amparo, en especial, con la existencia de derechos a tutelar por esa vía, a la extensión de la acción de amparo respecto de los derechos que se protegen mediante dicho proceso, donde si bien el art. 1 de nuestra Ley de amparo recoge el

propósito amplio de inclusión, debe reconocerse que en última instancia no hay derechos que no tengan raíz y fundamento en la constitución, por tanto el necesario límite debe encontrarse en la exigencia (otro elementos objetivo del amparo) de daño actual, inminente e irreparable; asimismo, en casos como el presente, la gravedad de la lesión o amenaza debe provenir del uso de procedimientos ordinarios para enfrentarla, esto es, por motivos de tiempo —demoras— que se ocasionen daño grave e irreparable al afectado.

El TAC 7º, en la sentencia N° 116/2018, sostuvo que:

no se habrá de pensar que los tiempos de un juicio ordinario, aun cuando se pensara acumular (arts. 120 y 348 más normas concordantes del Código General del Proceso) una pretensión de hacer o de no hacer de cese (o inclusive aunque se pudiera solicitar medidas cautelares a tales efectos; arts. 311 a 317 del Código ritual mencionado) a la acción indemnizatoria, podrían augurar una terminación pronta, urgente y efectiva de lo que debe conceptuarse como un avasallamiento manifiesto y continuo.

Hay casos en los que los Tribunales plantean que la posibilidad de gestionar medidas cautelares o medidas provisionales impiden la viabilidad del amparo. Así lo expresó, por ejemplo, el TAC 1º en la sentencia N° 153/2019 argumentando que era posible suspender la realización de un remate solicitando la anotación preventiva de la litis o una medida de no innovar (todas ellas medidas cautelares). La Dra. Tomasinno en su discordia en la sentencia N° 116/2018 dictada por el TAC 7º adujo que no solo era posible considerar al proceso ordinario como una vía alternativa al amparo, sino que incluso se podría solicitar una medida provisional, con la misma prueba que acompañó a la demanda del amparo. Concretamente, la Ministra discorde sostuvo que:

En efecto, en cuanto a la posibilidad de ocurrir a otros medios de protección del derecho violado, surge de autos que era intención de la parte actora promover un proceso ordinario por daños y perjuicios, uno de cuyos petitorios sería seguramente, el que solicitan en esta instancia del amparo.

Ya que esa era su intención, de lo cual es prueba que solicitó la conciliación previa en vía jurisdiccional ante la judicatura de paz, hace ya tres meses, bien podría haber presentado su demanda y, como medida provisional y anticipada, acompañando la misma prueba que acompañó al amparo, solicitar el cese de la actividad lesiva, en tanto y en cuanto se tramitaba el juicio ordinario y hasta el dictado de sentencia definitiva.

Este tipo de medidas, legisladas en nuestro ordenamiento positivo en el art. 317 C.G.P., tienen la característica de adelantar un momento hipotético (en el caso, parte de lo que será el contenido de la sentencia definitiva) cuando ello causa al peticionante una lesión grave o de difícil reparación.

Tanto un criterio como el otro son inaceptables, pues de lo contrario el ampro no procedería nunca, ya que las medidas cautelares y las medidas provisionales se rigen por el principio de la universalidad, por lo que aceptarlos como mecanismos alternativos al amparo implicaría dejar sin contenido a la principal garantía de los derechos humanos.

Ilegitimidad manifiesta

En lo que respecta a este punto, conviene recordar que la Ley N° 16.011 exige que la lesión a los derechos vulnerados se produzca con ilegitimidad manifiesta.

Lo cierto es que muchas veces nuestros Tribunales rechazan la pretensión de amparos fundándose en la falta de ilegitimidad manifiesta, pero sin ingresar mayormente en un análisis que permita comprender su razonamiento, situación extensible a algunos otros de los presupuestos del amparo. En este sentido se ha pronunciado el TAC 5° en sentencia N° 4 -21/2019 al limitarse a sostener que “*no existe ilegitimidad manifiesta ya que actuó conforme a derecho*”.

En otro orden, es dable de apreciar que en reiteradas oportunidades los Tribunales interpretan esta exigencia con un criterio sumamente restrictivo, al punto tal de requerir la configuración de extremos que no surgen del tenor literal de la ley. Esto último se evidencia claramente en la sentencia N° 4-196/2018 dictada por el TAC 5° al expresar:

Por lo que viene de expresarse, se entiende que no emerge de autos que se verifique en el caso ilegitimidad con el tenor de manifiesta que exige la ley y como bien se sabe su ausencia (como la ausencia de cualquiera de los presupuestos previstos en la ley 16.011) basta para rechazar la pretensión de Amparo [...] en conceptos trasladables de TAC 6° N° 81/96 en LJU caso 13.175) La ilegitimidad manifiesta exigida por el art. 1 de la ley 16.011, impone la necesidad que el vicio denunciado posea una entidad de tal magnitud que resulte posible reconocerlo sin el menor análisis, dada la sumariedad del trámite. Vicio que debe ser inequívoco, incontestable, notorio, etc. (Sagues, Néstor: Acción de amparo p. 115 y ss. Palacio, Lino: Derecho procesal civil T. VII p. 144). [...]. Por lo que, entonces, debe resultar clara dicha ilegitimidad y surgir del mismo o del expediente a través de una prueba sumaria [...] Manifiesta equivale a Clara, notoria, indudable, cierta, ostensible, palmaria.

En idéntico sentido se ha pronunciado el TAC 7 en sentencia N° 27/2019 al sostener que:

Sin perjuicio de lo que viene de decirse, la pretensa ilegitimidad del acto cuestionado debe ser manifiesta, esto es, debe resultar clara, grosera, evidente, inequívoca, que prácticamente se probara de inmediato, lo que, a criterio de la Sala tampoco acontece infolios, en tanto que ‘para que el amparo prospere no alcanza con que el acto sea ilegítimo. Es necesario que sea manifiestamente ilegítimo.

Por otra parte, existen otros criterios jurisprudenciales expresados en algunos casos concretos y que resultan inadecuados. En la Sentencia N° 203/2018, el TAC 1° argumentó lo siguiente:

En el subjúdice se plantea la ilegitimidad de la limitación etaria incluida en las Bases Particulares del Llamado a Concurso Externo realizado por la Comisión Administradora del Poder Legislativo para proveer dos cargos de arquitecto.

Ahora bien, se coincida o no con la adopción del criterio de fijar como requisito excluyente un tope de edad y aun cuando se lo califique de ilegítimo, lo cierto es que su ilegitimidad no es manifiesta. Y ello es así desde que existen posiciones discordantes.-En efecto, mientras que la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo y la Oficina Nacional de Servicio Civil han postulado que dicho requisito es contrario a derecho, salvo que se fundara estricta y claramente en el principio de razonabilidad, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostuvo, en un caso en el que se ventilaba idéntica limitación etaria fijada por la Suprema Corte de Justicia en las bases de un llamado a concurso, que dicha limitación no era violatoria del principio de igualdad. Por ende, todas las integrantes del Tribunal coinciden en confirmar la recurrida por ausencia de ilegitimidad manifiesta.

Lo expresado en la sentencia no es de recibo por dos razones. La primera, es que le asigna a la ilegitimidad manifiesta un contenido que no le corresponde al exigir que se trate de casos en los que no hay posiciones discordantes. Si ese fuese el criterio, en las sentencias de amparo no serían admisibles las discordias. En segundo lugar, el criterio expuesto en la cita antecedente determina una suerte de delegación en la función de resolver, pues no fue la Sede que estudió el caso la que analizó si se verificaba ilegitimidad y si esta, además, revestía la nota de manifiesta, sino que se limitó a invocar

que el TCA resolvió en otro caso similar que no existía ilegitimidad, sin dar razones de por qué considera acertado o compatible el criterio sustentado por el TCA.

Tampoco es compatible el criterio expresado por el TAC 3º en la sentencia N° 172/2018, según el cual solo podría hacerse lugar al amparo en casos “fáciles”. En materia de derechos fundamentales prácticamente no existen (si es que existen) los casos sencillos, ya que las normas que reconocen derechos humanos tienen forma de principio y, por ende, no admiten subsunción. Asimismo, los derechos tienen alcance más allá de la propia esfera de su titular y entran en contacto (muchas veces en colisión) con derechos de terceros. Tal confrontación de derechos fundamentales hace imposible una resolución solamente basada en subsunción para casos en que se dilucida una posible vulneración. Así, en la sentencia N° 116/2018 dictada por el TAC 7º, por la cual se revocó la de primera instancia y se hizo lugar al amparo incoado contra un cine por razones de contaminación sonora, estaban en juego los derechos de los reclamantes, pero también se encontraban en consideración la libertad de empresa del sujeto demandado y el derecho al esparcimiento y ocio de los terceros, por lo que difícilmente pueda categorizarse ese caso como uno “fácil”.

Daño irreparable

Sobre el supuesto presupuesto objetivo del daño irreparable para la procedencia del amparo, en la sentencia N° 27/2019, el TAC 7º expresó lo siguiente: “*No se advierte la existencia de un daño irreparable que no pueda merecer la promoción de otra acción a estos efectos, dadas las particularidades del caso a resolver*”. En similar sentido se han pronunciado el TAC 2º en la sentencia N° 124/2019 y el TAC 4º en la sentencia N° 16/2019, en todos estos casos de manera tangencial.

Tampoco resulta compatible el criterio expuesto por el TAC 2º en la sentencia N° 74/2019 respecto de la exigencia del daño irreparable. En el referido pronunciamiento, el Tribunal denegó el amparo solicitado por el actor, no haciendo lugar pues a la suspensión de un acto administrativo en el que se había efectuado una designación en la que el actor no era el sujeto designado al cargo, para lo cual el Tribunal argumentó que:

Habiendo examinado la exigencia de los mencionados elementos objetivos del amparo, la Sala es de la opinión que los derechos que se alegan conculcados no cumplen con los requisitos para que proceda el amparo porque la pervivencia de los efectos de la resolución cuestionada (en el lapso de tramitación del contencioso

anulatorio) no son idóneos para provocar afectación de los derechos funcionales en grado tal que provoque de modo real, efectivo, tangible, concreto e ineludible un daño irreparable ya que los eventuales perjuicios que genere tanto patrimoniales como extrapatrimoniales (v.gr. lucro cesante, daño moral, entre otros rubros) pueden ser reparados total y fácilmente de consumo con el principio de reparación integral del daño (no inferior ni superior al daño sufrido).

En primer lugar, resulta llamativo semejante criterio a la luz de lo resuelto por el TAC 6¹, en la sentencia N° 190/2018, en la que acertadamente se dijo que:

El último agravio del apelante refiere a que los actores no probaron los daños que padecen. Ahora bien, el objeto del amparo es lograr el cese de la contaminación sonora, y no determinar con grado de certeza el nexo causal —como pretende el apelante— entre los problemas de salud que padecen los actores y los ruidos denunciados, como si se tratara de un juicio para obtener una indemnización económica, esto es harina de otro costal. En su consecuencia, se desestima también el último agravio.

La lógica empleada por el Tribunal en este caso es intachable, la cual lamentablemente no se ha trasladado a otras sentencias.

Ni la normativa constitucional, ni la internacional ni la legal exigen para la procedencia del amparo que el daño sea irreparable. Esto, además, es contrario a la esencia propia del amparo que procura prevenir que se cause un daño en un derecho o que cese rápidamente la lesión que se esté causando. Este requisito creado por la jurisprudencia, sin base normativa, no puede ser aceptado pues implica la negación de la esencia del amparo.

Problema y su solución

De lo anterior dos cosas rompen los ojos: a) el bajo número de acciones de amparo, que demuestra que ante los fracasos constantes los abogados dejaron de visualizar estos accionamientos como herramientas idóneas para la defensa de los intereses de sus clientes y b) el bajo número de acogimientos y el muy elevado número de rechazos.

¹ Vale aclarar que para dictarse la sentencia fue dictada por el voto de ministros titulares de otros Tribunales (Kelland [r], Ettlin, Franca), pues la Sala de sexto turno se encontraba desintegrada y sus dos ministras naturales presentaron sendas discordias.

Sin dramatizar debería decirse que, en la actualidad, la principal garantía jurisdiccional de los derechos humanos prácticamente ha dejado de existir, salvo cuando se trata de amparos médicos.

Con la lectura de estas sentencias se aprecian sin dificultad las principales causas del problema detectado:

- (a) Se concentra el Poder Judicial en el restrictivo amparo legal, prescindiendo del internacional y constitucional. O sea, se opta por la normativa más restrictiva para la principal garantía de los derechos humanos.
- (b) Se toma un criterio extremo aceptando como “medios idóneos que permiten obtener los mismos resultados que se obtendrían por la vía del amparo”, cosas que son distintas: la protección del derecho se logra en algunas pocas semanas por la vía del amparo contra casi diez años, o a veces más, por las vías ordinarias. Esto no puede ser una vía igualmente idónea para nada.
- (c) Se toma un criterio absurdo de “ilegitimidad manifiesta”, que sea fácil, que se aprecie sin dificultades, etc. Recordemos el famoso caso *Marbury v. Madison*, en que si bien presentaba complejísimas cuestiones (basta pensar en los límites entre la jurisdicción y la política, independencia entre los poderes, perfeccionamiento de designaciones de jueces, nacimiento del judicial review, etc.), sí se pudo dictar sentencia en el marco del “writ of mandamus”, que es uno de los antecedentes del actual amparo.
- (d) En definitiva, el concepto extremo y antiguo de ilegitimidad manifiesta que se utiliza con frecuencia es excesivo y no compatible con las regulaciones constitucionales, internacionales y legales del amparo.
- (e) Habrá ilegitimidad manifiesta cuando el juez pueda resolver el amparo con el mismo grado de certeza (que nunca será total) que en un proceso ordinario.
- (f) La exigencia de que exista daño irreparable no puede aceptarse: a) primero, pues ni la Constitución, ni el DIDH, ni la ley, exigen esto y no puede el intérprete, por sí solo, limitar el alcance de una garantía constitucional con nuevas exigencias; b) segundo, con este criterio el amparo desaparecería ya que todo, hasta la pérdida de la vida, puede ser objeto de reparación económica; y c) la Constitución en el artículo 7 ordena “proteger” los derechos humanos y no permite, implícitamente, dejar que se violen los derechos para

luego “reparar” los daños causados (el DIDH habla de recurso rápido, efectivo y sencillo), por lo que el argumento no es aceptable. Si se dan los elementos exigidos por la ley para el amparo, no se puede agregar nuevas exigencias, no establecidas en el orden jurídico, para limitar la garantía.

(g) Tampoco es de recibo que el amparo sea excepcional y residual. El amparo es la garantía ordinaria, la central, para la tutela de los derechos humanos. Solo no se aplica cuando haya otra garantía específica que permita obtener el mismo resultado (ejemplo: hábeas corpus). La acción de amparo viene a ser para los derechos humanos lo mismo que el proceso ordinario. Es la vía ordinaria, la más usada, en nada excepcional y solo cede si hay otro procedimiento. O sea, de excepcional no tiene nada y es tan residual como el juicio ordinario frente al monitorio.

¿Qué hacer frente a esto? Se puede esperar un cambio de jurisprudencia, pero esto implica que los derechos humanos queden en nuestro país, por tiempo indeterminado, sin ninguna garantía jurisdiccional. Pese a tener altos umbrales de protección de los derechos humanos si comparamos con el resto del continente (sin perjuicio de alguna excepción como en materia carcelaria), la protección judicial de estos derechos se ha reducido a la mínima expresión y esto tiene base en los criterios desarrollados por los jueces.

Parece claro que se precisa una solución legislativa breve y precisa que permita terminar con estas interpretaciones injustificadas y contrarias a derecho que han transformado la acción de amparo en un fantasma, en algo que no existe.

Se propone el siguiente texto para un proyecto de ley:

Artículo: Interprétese que la acción o recurso de amparo, con fundamento constitucional, internacional y legal, es la garantía de principio de los derechos humanos y es aplicable en todos los casos en que sean estos lesionados, salvo cuando un derecho en particular tenga, por excepción, otra garantía específica igualmente rápida y efectiva.

Interprétese que la acción de amparo, en tanto recurso sencillo, efectivo y rápido, siempre es aplicable cuando no haya otros procedimientos idóneos para obtener la protección rápida y efectiva del derecho o cuando estos puedan implicar demoras de semanas, meses o años para obtener dicha protección.

Interprétese que la acción de amparo, cuyo objeto es evitar que se dañe un derecho humano o hacer cesar el daño que se está causando, procede aun en los casos en que el daño que se ocasiona o pueda ocaionarse sea reparable.

Interprétese que, en los casos de conflicto o diferente regulación entre las normas constitucionales, internacionales y legales en materia de derechos humanos y, en especial, respecto a la acción de amparo y cuáles son sus requisitos, el intérprete debe aplicar siempre las soluciones que dan mayor amplitud y efectividad a la garantía.

Referencias

- Barnech, C. (2016). *El juez como garante último de la protección de los Derechos Humanos – Panorama desde la acción de amparo y la problemática de los medicamentos de alto costo*. Recuperado de <https://liberi.ucu.edu.uy/xmlui/handle/10895/571>
- Cassinelli Muñoz, H. (1988). Acción de amparo. *Revista de la Oficina Nacional del Servicio Civil*.
- Gros Espiell, H. (2006). La acción de amparo en Uruguay. En H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac- Gregor, *El derecho de amparo en el mundo* (pp. 633-647). México D. F., México: Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México/Konrad Adenauer Stiftung.
- Guerra, W. (2008). Amparo para tutelar derechos fundamentales violados en cárceles del Uruguay. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2, 219-235.
- Nogueira Alcalá, H. (2015). El Bloque Constitucional de Derechos En Chile. El Parámetro de Control y Consideraciones Comparativas Con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, 13(2), 301-350. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>
- Ochs, D. (2013). *La acción de amparo*. Montevideo, Uruguay: Fondo de Cultura Universitaria.
- Real, A. R. (1963). La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 14(1).
- Risso Ferrand, M. (2011). *¿Qué es la Constitución?* Montevideo, Uruguay: Universidad Católica del Uruguay.
- Risso Ferrand, M. (2015). La acción de amparo. *Estudios de Derecho Administrativo*, 12, 463-499.
- Risso Ferrand, M., Garat, M. P., Rainaldi, S., Rodríguez Galusso, A., y Techera, L. (2017). Jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado: Avances de investigación. *Revista de Derecho*, 16, 197-238. <https://doi.org/10.22235/rd.v16.1479>
- Viera, L. (1993). *La ley de amparo*. Montevideo, Uruguay: Ediciones IDEA.