

## **Las acciones de ejecución y de prohibición en Entre Ríos**

### **Diego G. MURCIA**

Abogado (UBA), especialista de Derecho Procesal (USAL). Profesor de Contratos Civiles y Comerciales (USAL).

### **Afiliación Institucional**

Miembro del Consejo directivo del Área de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador

### **Correo electrónico**

murciadiego@yahoo.com.ar

### **Resumen**

El autor considera a las acciones de ejecución y de prohibición como instituciones procesales no suficientemente analizadas en el ámbito porteño. Sin embargo, tienen larga tradición en algunas constituciones provinciales y fueron receptadas de los “writs” del Common Law; muestran, asimismo, marcadas semejanzas con el trámite procesal del amparo, ya que se desprendieron del habeas corpus como garantía libertaria “madre”, pero también tienen diferencias en cuanto a su naturaleza jurídica que, tardíamente, reconoció la ley n° 8369/90. Se describen la genealogía de estos institutos, su recepción constitucional, su reglamentación legislativa, su iter procesal y su aplicación judicial. Se analiza, finalmente, a los institutos, desde una perspectiva histórica, fáctica, normológica y axiológica a fin de proponer su reglamentación a nivel nacional como un modo concreto de control de la actividad administrativa reglada, y así potenciar los controles de las instituciones republicanas.

### **Abstract:**

Enforcement actions and prohibition as procedural institutions have not been sufficiently analyzed in Buenos Aires. However, in some provincial constitutions they have a long tradition. Indeed, they were received of the writs from the Common Law. Further, enforcement actions show marked similarities with the procedural step “amparo”, since both originated from the habeas corpus as a warranty of freedom. Notably, enforcement actions and prohibition exhibit differences in their legal nature, belatedly recognized by law N° 8369. Here we describe the genealogy of these institutions, their constitutional receipt, their legislative regulations, procedural iter and application. We finally discuss the institutes from a historical, factual, axiological and normo-logical perspective to propose their regulation at the national level, as a way of controlling their activity and thus enhance formal administrative controls of republican institutions.

### **Palabras claves (Keywords)**

Derecho procesal provincial

Procedural provincial law

Constituciones

Constitutions

Recepción constitucional de los “writ of mandamus” y “writ of injunction”

Constitutional compatibility of the writ of mandamus and writ of injunction

*“Es, por lo tanto, la opinión de esta Corte que Marbury tiene derecho a su nombramiento y que la negativa a entregárselo constituye una clara violación de ese derecho frente a la cual las leyes de su país brindan un remedio”* (fallo: “Marbury vs. Madison” (1803) originado por un “writ of mandamus” presentado por el abogado Charles Lee)

*“La Constitución de Entre Ríos es la consagración más decidida del régimen democrático”* (Arturo Enrique Sampay, “La Constitución de Entre Ríos ante la nueva ciencia constitucional: carácter de la nueva Constitución de Entre Ríos”, año 1934)

## **I.-Introducción**

Las acciones, o más precisamente, las pretensiones de ejecución y de prohibición del derecho provincial argentino tienen escaso tratamiento en la literatura jurídica de la Ciudad de Buenos Aires; podría decirse que existe un verdadero vacío doctrinario.

Los autores se ocupan con más profundidad del derecho comparado extranjero que del provincial; sin embargo, las respuestas jurídicas de este deben ser preferidas a la de aquel a la hora de proponer las reformas legislativas, puesto que responden más a la tradición y cultura del país; y, por ende, deberían ser mejor recibidas.

La causa de este fenómeno puede ser lo que hace muchos años alertaba Clodomiro Zavalía al sostener que: *La forma misma en que se desarrolla la vida nacional en base de una absorción creciente por el poder central y de la depresión de todo lo que alienta en el interior del país, contribuye a que se dé poca importancia a lo que allí se piense o se construya en materia institucional*<sup>1</sup>.

Una estimación exagerada de la idea abstracta de Nación puede llevar a aplanar matices relevantes del pensamiento provincial al que, consecuentemente, le resta su importancia ofreciendo una visión deformada de sus respuestas jurídicas, las cuales deben ser integradas en un derecho comparado sub-nacional<sup>2</sup> a fin de enriquecer a los distintos derechos locales.

## **II.- Las acciones de ejecución y de prohibición en Entre Ríos**

---

<sup>1</sup> ZAVALIA, Clodomiro. *Derecho Federal*, T.I, Compañía Argentina de Editores Soc. Resp. Buenos Aires, 1941, p. 176.

<sup>2</sup> ZAVALIA, Clodomiro, ob.cit., p. 176: “De ahí la profunda amargura –dice H.F.Gómez en su libro *las Instituciones de la provincia de Corrientes*- que llena a veces el corazón del hombre público de provincia. Ve y observa que sus esfuerzos, que el proceso político institucional de su provincia, donde vuelca sus sacrificios y sus afanes, es incomprendido por la opinión argentina. Ve que no se lo juzga rectamente, atendiendo al genio propio de la democracia provincial en que actúa; que sobre la verdad y el espíritu notorio de las instituciones que cultiva, priman puntos de vista falsos o el interés utilitario de la filiación política. Las prácticas nacidas del consuetudo, las modalidades originadas en la lenta y progresiva perfección de la ley, todo ello escapa al ciudadano de las provincias hermanas y al de la Capital federal. El uno y el otro, en la necesaria apreciación de los hechos que la amplia crónica telegráfica y diaria de la prensa lleva, desatienden este aspecto personalísimo del asunto para producirse desde el punto de vista genérico del derecho constitucional corriente. Y el suceso, reiterado todos los días, *suplanta el genio particular de la provincia* juzgada con las reglas o normas generales del derecho político, afirmando conceptos indefinidos y una conciencia ciudadana netamente unitaria que trabaja el equilibrio natural de nuestro federalismo”.

Por lo expuesto, parece pertinente considerar, en los espacios de una revista de Derecho procesal, las “acciones de ejecución y de prohibición” reconocidos en la Constitución de Entre Ríos de 1933 y, conservados sin enmienda alguna, en la reforma de 2008, buscando los “plus” de los sistemas locales al efecto de optimizar la aplicación de la Constitución en todo el territorio del país, sea a través del aporte doctrinario, por las reformas legislativas, o bien, en los criterios judiciales.

En el presente trabajo, se propone solamente *describir las figuras* a fin de difundirlas con cierto detenimiento, a la par de glosar algún comentario que se juzgue oportuno<sup>3</sup>.

## II.1.- Nociones preliminares

La “acción de ejecución” es la garantía instrumental diseñada para requerir al juez una orden de cumplimiento a un funcionario, o corporación pública de carácter administrativo, de una obligación impuesta por ley, ordenanza, decreto o resolución para lo cual se despacha, finalmente, el mandamiento de ejecución. La acción de prohibición está programada, en cambio, para que el magistrado le ordene a aquellos la abstención y suspensión inmediata de los efectos de su acto<sup>4</sup>. La tradición judicial y doctrinaria de Entre Ríos estima que son amparos especiales<sup>5</sup>.

Sin embargo, se ha considerado que no son “acciones de amparo”, sino modalidades de actuación de la jurisdicción protectora, potenciadas como garantías constitucionales si las cartas supremas se refieren a ellas apuntadas a objetivos específicos. Para ello, basta ser titular de un interés suficiente en el incumplimiento de un deber concreto de acción u omisión que de alguna manera afecte al solicitante. Esa obligación debe estar impuesta expresamente por ley o por ordenanza sin que los derechos o intereses tengan que emanar de las respectivas constituciones; la ilegalidad de la conducta lesiva proviene, por sí solo, de aquel incumplimiento<sup>6</sup>.

En consecuencia, conforme a la precedente caracterización, si bien para la legislación, jurisprudencia y hasta la tradición doctrinaria locales son pretensiones que originan un proceso constitucional, se considera que es un *proceso administrativo constitucionalizado*, porque esas pretensiones no se fundan directamente en derechos fundamentales, ni en valores y principios constitucionales, como, por ejemplo, una cuestión relacionada a la prelación normativa (aunque, ciertamente, podría acumularse una pretensión de amparo con aquellas, o bien, el juez podría reconducir una de amparo en una de ejecución o de prohibición y, a la inversa, la pretensión directa de inconstitucionalidad local no es posible, ya que cuenta con un trámite diferente).

---

<sup>3</sup> Se agradece especialmente a la Sra. Gisel Depalma y al Sr. Lautaro Crisci, de la editorial Librarius SRL., por localizar con dificultad, en Paraná, el último ejemplar disponible del libro de Roberto Béhéran “El amparo y las acciones de ejecución y prohibición en la Provincia de Entre Ríos”. Este libro no se encuentra ni en la biblioteca de la Corte Suprema Nacional, ni en la del Congreso de la Nación, lo cual demuestra el desinterés práctico en la organización de los catálogos de las dos principales bibliotecas de la Ciudad de Buenos Aires por una obra fundamental del derecho procesal constitucional de Entre Ríos.

<sup>4</sup> Cfr. BEHERAN, Roberto, *El amparo y las acciones de ejecución y prohibición en la provincia de Entre Ríos*. Delta Editora, Paraná, 1995, ps. 67 y sgte.

<sup>5</sup> STJE, in re “C/ C.G.E.P.E.R s/ (incoada por la Dra. María Caccioppoli, Apoderada de Jorge Raúl Lickay y María Julia Schneidmuller en nombre y rep. de sus hijos menores) S/ Acción de ejecución” fallado el 15/01/2010: “Esta peculiar especie de acción de amparo requiere para su procedencia que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, que estos no cumplan con el expreso deber legal impuesto y que la persona en cuyo interés debía ejecutarse el acto sufra un perjuicio material, moral o político (cfr. arts. 58, Const. E. Ríos, y 25, Ley N° 8369)...”, citado en Béhéran, Roberto, ob.cit., ps. 69 y sgte.

<sup>6</sup> Cfr. RIVAS, Adolfo A., *El amparo*. Ediciones La Roca. Buenos Aires, 2003, p.107.

Las pretensiones de ejecución y de prohibición surgen de la actividad del hombre frente al Estado en un plano netamente técnico administrativo.

## II.2.- Orígenes

### II.2.1.- Origen material en los “*writ mandamus*” y “*writ injunction*” anglosajones

Las “acciones de ejecución y de prohibición” provinciales tienen su *origen material* en los viejos “writs” del derecho anglosajón, en virtud de los cuales, los jueces pronunciaban órdenes de prohibición o de ejecución a un funcionario público respecto a una conducta que debía ejecutar o, por el contrario, que debía abstenerse, respectivamente, conforme al derecho vigente.

El “*Common Law*” “elaboró ciertas formas de protección sumaria de los derechos, conocidas como *extraordinary legal remedies* o, también, en una acepción derivada, como writs”. Al lado de estos remedios, el derecho inglés conoció los remedios originados en los tribunales de equidad, los cuales tienen, en cierto modo, carácter extraordinario; y, dentro de estos, se halla la “*injunction*” que, “por su carácter preventivo, servía de eficaz complemento a los remedios extraordinarios del *common law*”<sup>7</sup>.

La palabra “writ” tenía en el derecho inglés el primitivo significado de acción; luego, ha pasado a referirse a cualquier orden o mandamiento escrito expedido por un tribunal de justicia exigiendo el cumplimiento de un acto o autorizando a realizarlo<sup>8</sup>.

Los “writs” tuvieron su primera aplicación en Inglaterra; mediante ellos, cualquier ofendido por el acto de un oficial dependiente de la Corona inglesa, que era fuente de toda justicia, podía ocurrir ante la misma Corona al efecto de que, por medio de sus representantes, procediera a dictarlos.

Como todos los remedios procesales anglosajones tienen un origen remotísimo -en Inglaterra ya eran practicados desde el siglo XIV y en Estados Unidos aun antes de su independencia- pasaron a conformar su derecho ordinario, desde donde se los extendió a los procesos de los tribunales federales, incluso en los procesos de naturaleza constitucional. A este respecto, puede citarse el caso paradigmático “*Marbury vs. Madison*” (1803), en el cual, Charles Lee, abogado de William Marbury, Dennis Ramsay, Roberto Townsend Hooe y William Harper, dedujo *writ of mandamus* ante el máximo tribunal para que ordenara a James Madison expresar las causas por las cuales la Corte debería abstenerse de exigirle la entrega de los nombramientos a los accionantes donde se los designaba jueces de paz del Distrito de Columbia.

El *injunction*, y el *mandamus* son procedimientos de naturaleza civil exclusivamente, y solo tienen lugar cuando la obligación reclamada de la autoridad responsable proceda de un precepto legal civil<sup>9</sup>.

De esta manera, surgieron los *writs ex debito justitiae*, que se pronunciaban en casos realmente extraordinarios cuando la injusticia no podía ser reparada por la vía ordinaria, razón por la cual recibían el nombre de “*writs de prerogative*”.

En forma paralela, sucedió con los procedimientos de equidad, entre los cuales, el

---

<sup>7</sup> CARRIO, Genaro, *Recurso de Amparo y Técnica Judicial: (Análisis crítico del caso “Kot”*., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, ps. 31 y sgte. Rabasa, Oscar, *El Derecho Angloamericano*, Editorial Porrúa SA., México, 1982, p.211: “El mandamiento de *injunction*, que es de origen netamente inglés y que, como todos los demás medios procesales originados en Inglaterra, forma parte también del derecho de equidad procesal, tanto local como federal, de los Estados Unidos”.

<sup>8</sup> Cfr. MORELLO, Augusto M. *La Corte Suprema en Acción*. Librería Platense-Abeledo – Perrot. La Plata, 1989, p. 444.

<sup>9</sup> Cfr. RABASA Oscar, ob.cit., ps.641 y sgte.

más relevante, dentro del ámbito del derecho administrativo, era el *bill of injunction*<sup>10</sup>.

Bielsa afirma que el *writ* es de naturaleza consuetudinaria, desplegado, en su funcionamiento procesal, por la jurisprudencia, y puede ser descrito como una orden "obligatoria dada por la autoridad en nombre del soberano del Estado para compeler al demandado a hacer lo que se menciona en la ordenanza".

Por las deficiencias del "writ", agrega, se establece la *injunction*, que puede ser considerada como una "orden redactada, según las circunstancias de causa, ordenando el cumplimiento de un acto que el tribunal considera esencial a la justicia, o prohibiendo un acto que él estima contrario a la equidad o al buen derecho"<sup>11</sup>.

En los Estados Unidos, se recepcionan estos *writs* y se les brinda una mayor difusión.

Se consolidó el habeas corpus para defender a la libertad individual mediante un trámite expeditivo, *sine strepitus et figura judicii*, y con esa concepción, se creó, para cada derecho, una acción breve y especial.

Como observa Burgoa:

Los recursos específicos en que resuelve el medio de control norteamericano son el *writ of error*, el de *injunction*, el llamado *mandamus* y el que recibe el nombre de *certiorari*. El primero es una especie de apelación que se interpone contra la sentencia definitiva de un juez que no ha aplicado preferentemente las leyes supremas del país a una disposición legal que se le contraponga. En esta forma, el superior jerárquico del juez a quo es a quien incumbe el conocimiento y la tramitación del *writ of error*, que viene a ser definitivamente resuelto por la Suprema Corte, por lo que ésta siempre ejerce el control de competencia derivada<sup>12</sup>.

El pueblo americano, con su espíritu progresista, dócil a las transformaciones de la civilización y a sus conquistas liberales, dice Epitacio Pessoa, pronto comprendió que, fuera del ámbito reducido de los derechos de locomoción, otros derechos individuales existían carentes de una protección simple y rápida, como el habeas corpus; y, no queriendo desnaturalizar este instituto, incluyó en la legislación ciertos remedios análogos destinados al amparo de los referidos derechos<sup>13</sup>.

Se buscaba, entonces, deparar un trámite procesal sumarísimo, a imagen del habeas corpus, para atender a los otros derechos individuales; y esto como consecuencia del sentido utilitario de la cultura anglosajona.

#### II.2.1.1.- Clasificación de los "writs"

a) *Writ of mandamus*, por el cual se le exige a la autoridad cumplir con lo que ilegalmente se había rehusado a hacer; quedan excluidos el presidente de la República o Secretario de Estado<sup>14</sup>. Dicho *writ* puede ser, asimismo, fortalecido mediante un *peremptory mandamus*.

En tiempos más recientes, se admitió, también, que la orden vaya dirigida, en ciertos

---

<sup>10</sup> Cfr. CARNELLI, Lorenzo. "El habeas corpus. Concepto. Especies. Características propias y diferencias. Definiciones", LL (online) 3, 234. Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales, t. III, 01/01/2008, 5.

<sup>11</sup> CARNELLI, Lorenzo, ob.cit., p.27 y su cita.

<sup>12</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. Porrúa, Academia Mexicana de Ciencias Penales. México, 1957, p. 64.

<sup>13</sup> CARNELLI, Lorenzo. Ídem.

<sup>14</sup> Cfr. Milton FLAKS. *Mandado de Segurança-Presupostos da Impetracao*. Editorial Forense. Río de Janeiro, 1980, p. 19, citado en BEHERAN, Roberto, ob.cit., p.96.

casos, a particulares o empresas privadas<sup>15</sup>.

Goodnow lo define como una orden escrita proveniente de una corte de instancia más alta a la corte de instancia inferior, o a una corporación, municipalidad o funcionario, obligándola a realizar aquello que ha omitido<sup>16</sup>.

b) *Writ of injunction*, que se emplea para que la autoridad se abstenga de realizar una conducta ilegal.

Tiene por objeto impedir, bajo la forma de una prohibición, la realización de un acto o de una ley; es de efecto negativo, ya que se opone a la violación de la ley por parte del ente público; incluso, se yergue contra los efectos de la cosa juzgada al impedir la ejecución de sentencias pronunciadas sin observancia de formalidades esenciales<sup>17</sup>.

c) El *prohibition*, como el *writ* anterior, sirve para oponerse a que la autoridad realice lo que no tiene derecho a realizar; pero se diferencia del anterior en que aquel no podía deducirse más que para impedir que los agentes cumplan actos de libre apreciación, mientras que el “*injunction*” es idóneo para impedir toda clase de acción administrativa.

Podría afirmarse que este cubre a las violaciones provenientes tanto de la actividad reglada como de la discrecional de la Administración Pública.

d) El *certiorari*” se dirige a revisar una decisión de autoridad pública para su anulación, o bien, para su modificación.

c) El *quo warranto* tiene la finalidad de impedir la usurpación de una franquicia o de un privilegio por parte de un agente público.

Como aclara Goodnow, este último “*writ*”, fue posteriormente amoldado a la forma que mejor sirviese para resolver la cuestión dirigida a indagar quién tiene legítimamente derecho a una función de confianza o de conveniencia. También, el *certiorari*”, en virtud del Código de Procedimiento Civil del Estado de Nueva York, acompaña al *habeas corpus* para investigar los motivos de una detención<sup>18</sup>.

Por otra parte, la libertad individual, protegida por el *habeas corpus*, podía ser recuperada, también, por otras vías en los casos en que se sufría alguna privación.

Ellas son:

a) El *writ de manucaptio* era una orden dada al sheriff cuando un ciudadano era arrestado por un delito que no impedía la excarcelación bajo fianza y esta era desestimada; o cuando autoridades inferiores carecían de facultades para aceptarla.

b) El *writ de odio et atia* era una orden para averiguar si el que denunciaba estaba detenido por causas fundadas o por simple odio y mala intención, *propter odio et atia*; si la ilegitimidad resultaba de aquellas causas, se le despachaba al sheriff un nuevo “*writ*” para que aceptara la fianza.

c) El *writ de homine reflegiando*, era la orden para que se pusiera en libertad a un acusado, dando la correspondiente fianza, y para que se presentara a contestar los cargos que contra él se hubiesen formulado.

Pontes de Miranda advierte que:

Estos medios no resultaban, todavía, prontos y eficaces; y como la detención injusta de un hombre libre era tan odiosa, el derecho inglés procuró siempre conceder contra

---

<sup>15</sup> CARRIO, Genaro, ob.cit., p.32.

<sup>16</sup> GOODNOW, Frank J. *Les Principes du Droit Administrative des Etats Unis*. 1970, p.481. Citado en BEHERAN, Roberto, ob.cit., p.97.

<sup>17</sup> OTHON SIDOU, J.M. “Las Nuevas Figuras del Derecho Procesal Constitucional Brasileño: Mandamiento de Ejecución y Habeas Corpus”, *LL*, 1992-E-1011.

<sup>18</sup> Cfr. CARNELLI, Lorenzo, ob.cit., p.28.

esa ilegalidad medios de derecho (Coke, Inst II); el más práctico, como también el más expeditivo, fue el *writ of habeas corpus*, por lo cual hízose dicha medida el procedimiento más socorrido en Inglaterra<sup>19</sup>.

En el derecho positivo de los Estados Unidos, “por expresa decisión legislativa y desde un comienzo, se interpretó que las reglas relativas al *Mandamus* y al *Habeas Corpus* eran aplicables a los otros *writs*”<sup>20</sup>.

Como advierte Carnelli:

Tanto el derecho inglés como el estadounidense reflejan en su evolución un sentido práctico en pos de la mayor eficacia posible; acentúan, al mismo tiempo, normales exigencias de adecuación y propiedad. Estos remedios garantizan la integridad de los derechos individuales sobre la base de la especialización de sus respectivos procedimientos; para lograr mejor resultado, diversifican su naturaleza procurando, luego, una adaptación más estrecha, y particularizan, intensificándolos, sus efectos. Constituyen, en realidad, acciones distintas. De otro modo, el *habeas corpus*, aplicado estrictamente, no habría alcanzado la eficacia debida<sup>21</sup>.

#### II.2.1.2.- *Algunas influencias de los writs en el derecho actual*

Por último, y más recientemente, pueden añadirse al cuadro anterior el mandamiento de ejecución receptado en la Constitución Federal de Brasil de 1988<sup>22</sup>, aunque Othon Sidou estima que este recurso guarda relación con el *writ mandamus* y no con el *writ injuction*<sup>23</sup> y el *writ of amparo*, cuyas reglas de aplicación han sido creadas por la Corte Suprema de Filipinas, en septiembre de 2007<sup>24</sup>, lo que evidenció una contribución anglosajona al derecho de amparo.

#### II.2.2.- **Origen formal de los *writ of mandamus* y *writ of injuction*. Su recepción en las constituciones provinciales como “acciones de ejecución y de prohibición”**

En cuanto al *origen formal* de las “acciones de ejecución y de prohibición” en el derecho provincial, corresponde reseñar a las siguientes cartas constitucionales: a) Chaco (art.25)<sup>25</sup>, Chubut (arts.58 y 59)<sup>26</sup>, Entre Ríos (arts.58 y 59)<sup>27</sup> Río Negro (arts.44

---

<sup>19</sup> CARNELLI, Lorenzo. Ídem.

<sup>20</sup> BEHERAN, Roberto, ob.cit., ps.62 y sgte.

<sup>21</sup> CARNELLI, Lorenzo, ob.cit., p.28.

<sup>22</sup> Art.5º, LXXI: “Se concederá ‘mandato de injuncao’ siempre que, por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”.

<sup>23</sup> OTHON SIDOU, J.M. Ob.cit., p. 1011: “El instituto de ejecución constitucional, el mandamiento de ejecución, no reconoce antecedentes legislativos ni doctrinarios en el derecho brasileño, entendiendo por antecedente doctrinario la tentativa de sancionarlo como ley. Fue estructurado, y obtuvo inmediatamente adeptos, en el seno de la Comisión de Juristas creada por el Poder Ejecutivo, cuyo anteproyecto de Constitución no fue oficializado. Tal como el caso el Habeas Data, se creó en Brasil un instituto jurídico, cuyo nombre fue tomado en préstamo, o traducido, de similar extranjero, error que se agrava cuando ese similar persigue un objetivo diferente. En primer lugar, la semejanza: la palabra injuncao, del latín iniunction –onis, s.f. del verbo injungo...- ere, significa imposición o acción de imponer. Hasta aquí no hay inconvenientes, puesto que todos los mandamientos e interdictos son impositivos. Ahora, la diferencia: el Arit. Of. injuction, en todas las regiones del mundo, inclusive en la India (Constitución de 1949, art.246), es de aplicación prohibitiva, opuesta al destino dado a nuestro interdicto”.

<sup>24</sup> Cfr. BREWER - CARIAS, Allan R. “Ensayo de síntesis comparativa sobre el régimen del amparo en la legislación latinoamericana”..En “Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional”, N° 9-enero junio 2008, p.311.

<sup>25</sup> Art.25: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o entidad pública un deber expresamente determinado, toda persona que sufiere perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza por incumplimiento de ese deber, puede demandar, ante juez competente, la ejecución inmediata del o de los actos que el funcionario o entidad pública se rehusare o fuere moroso en cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados y del derecho invocado, librárá mandamiento para

y 45)<sup>28</sup>; Santa Cruz, que solo reconoce el de ejecución (art.18)<sup>29</sup>, al igual que las de Formosa (art.33)<sup>30</sup> y La Rioja (art.28, 2º parte), San Juan (art.41)<sup>31</sup> y Tierra del Fuego (art.48)<sup>32</sup>.

---

exigir el cumplimiento inmediato del deber omitido. Si el funcionario o entidad pública de carácter administrativo ejecutara actos prohibidos por leyes u ordenanzas, la persona afectada podrá obtener, por la vía y procedimientos establecidos en el presente artículo, mandamiento judicial prohibitivo librado al funcionario o entidad de que se trate. El juez de la jurisdicción que, según la reglamentación, resulte competente deberá expedirse, en ambos casos, dentro de los tres días hábiles de promovida la acción. Juntamente con el mandamiento de ejecución o prohibición, arbitrará los recaudos legales tendientes a efectivizar la responsabilidad del funcionario que omitió el cumplimiento del acto debido, o hubiere ejecutado actos prohibidos por leyes u ordenanzas”.

<sup>26</sup> Art. 58: “Cuando una norma imponga a un funcionario o autoridad pública un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufra perjuicio material, moral o político por falta del cumplimiento del deber, puede demandar ante el juez competente su ejecución inmediata y el juez, previa comprobación sumaria de la obligación ilegal y del derecho del reclamante, dirige al funcionario o autoridad pública un mandamiento de ejecución”. Art.59: “Si un funcionario o autoridad pública ejecuta actos expresamente prohibidos por las normas, el perjudicado puede requerir del juez competente, por procedimiento sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o autoridad pública”.

<sup>27</sup> Art.58: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución”. Art.59: “Si un funcionario o corporación pública de carácter administrativo, ejecutase actos que le fueran expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir de los tribunales, por procedimiento sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o corporación”.

<sup>28</sup> Art. 44.: “Para el caso de que esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución, imponga a un funcionario o ente público administrativo un deber concreto, toda persona cuyo derecho resultare afectado por su incumplimiento, puede demandar ante la justicia competente la ejecución inmediata de los actos que el funcionario o ente público administrativo hubiere rehusado cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, libra un mandamiento y exige el cumplimiento inmediato del deber omitido”. Art.45: “Si un funcionario o ente público administrativo ejecutare actos prohibidos por esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución, la persona afectada podrá obtener por vía y procedimiento establecidos en el artículo anterior, un mandamiento judicial prohibitivo que se librará al funcionario o ente público del caso”.

<sup>30</sup> Art.33: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario público o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, toda persona o entidad en cuyo interés deba ejecutarse el acto y que sufre perjuicio material, moral o político, por falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución”.

<sup>31</sup> Art.41: “Toda persona que sufre un perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza por incumplimiento del deber que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o entidad pública en forma expresa o determinada, puede demandar ante el juez competente la ejecución inmediata del o los actos que el funcionario o entidad pública rehusa cumplir. El juez, previa comprobación sumarisima de los hechos denunciados y el derecho invocado, librará el mandamiento encaminado a exigir el cumplimiento inmediato del deber omitido”

<sup>32</sup> Art.48: “En los casos en que esta Constitución, una ley u otra norma impongan a un funcionario, repartición o ente público administrativo, un deber concreto a cumplir en un plazo determinado, toda persona afectada puede demandar su cumplimiento judicialmente y peticionar la ejecución inmediata de los actos que el funcionario, repartición o ente público administrativo se hubiera rehusado a cumplir. El juez, previa comprobación sumarisima de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del reclamante, debe librar mandamiento judicial de pronto despacho en el plazo que prudencialmente establezca”.

Por su parte Fix Zamudio agrega:

De todos estos recursos, los de *injunction y mandamus* son los que han ejercido una influencia más apreciable en los ordenamientos latinoamericanos, ya que el primero, mucho más complejo de lo que consideran quienes no se encuentran familiarizados con el derecho angloamericano, es más aplicado como procedimiento para obtener una orden de abstención, provisoria o definitiva, y ha sido muy útil como instrumento preventivo a fin para impedir la realización de actos que puedan agraviar derechos fundamentales, mientras que el *mandamus* implica la posibilidad de obtener una orden judicial para forzar, generalmente a una autoridad, a que cumpla su obligación establecida de manera clara en la ley<sup>33</sup>.

En general, en las constituciones formales, se refieren a *deberes impuestos por leyes u ordenanzas*, pero la de Chubut, en una fórmula más amplia, alude a los deberes resultantes de las normas; la de Río Negro, a los derivados de ley, decreto, ordenanza o resolución; la de Tierra del Fuego, de la Constitución ley u otra norma<sup>34</sup>.

Como sostiene Rivas, mientras la acción de ejecución se dirige a “forzar a la Administración a cumplir deberes específicos impuestos por el orden jurídico infra constitucional (ley u ordenanza) pedido del que sufriera perjuicios de diversa índole por el incumplimiento<sup>35</sup>”, la acción de prohibición está programada para “prohibir a la administración la realización de conductas expresamente prohibidas por aquel orden en tanto produzcan o puedan producir similares consecuencias lesivas<sup>36</sup>”.

#### II.2.2.1.- El caso de Entre Ríos

En Entre Ríos, con la Constitución de 1933<sup>37</sup>, a la par de recoger al habeas corpus clásico, reconocido expresamente en la Carta de 1903<sup>38</sup>, lo amplía<sup>39</sup> e incorpora, en su fórmula, al amparo para proteger derechos, tanto con fuente constitucional como legal; incluso, contra actos de particulares, lo que ha merecido el elogio de Bidart Campos que

---

<sup>33</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor. *Introducción al Estudio procesal Comparativo de la Protección Interna de los Derechos Humanos*, p.200, citado en BEHERAN, Roberto, ob.cit., ps.63 y sgte.

<sup>34</sup> Cfr. RIVAS, Adolfo A., ob.cit., p.106.

<sup>35</sup> RIVAS, Adolfo A., Ídem.

<sup>36</sup> Rivas, Adolfo A., ob.cit., ps.106 y sgte.

<sup>37</sup> Dada en la sala de sesiones de la Convención Constituyente, en la ciudad de Paraná, capital de la provincia de Entre Ríos, a los 18 días del mes de agosto de 1933 .E.Laurencena, presidente.-E.J.Salado, secretario.-Angel Gómez del Río, secretario.-Enrique V.Acebal.-José Aguerre.-Miguel A.Aguirrezabala.-Héctor E.Ardoy.-Carlos F.Barbiero.-José Adán Blanda.-Osvaldo M.Calderón.-José R.Carulla.-Max.Consoli.-Luis Jaureguiberry.-Juan Labayen.-Justo G.Medina.-Alberto Méndez Casariego.-Leopoldo Melo.-Sebastián Mundani.-David O'Connor.-Antonio Petrozzi.-Juan Ravagnán.-Ernesto E.Sanmartino.-Eduardo Tibiletti.-Roberto Vilar.

<sup>38</sup> Art.43: “Toda persona detenida arbitrariamente podrá ocurrir por sí, o por medio e cualquier persona, al juez letrado más inmediato o al tribunal de apelación, pidiendo que lo haga comparecer a su presencia, investigue el origen y causa de su detención o prisión, y decrete su inmediata libertad, si esa detención o prisión se hubiese ordenado por autoridad o persona no facultada por la ley”.

<sup>39</sup> MEDINA JUSTO, G., convencional integrante de la comisión redactora de la Constitución de 1933, sostiene en su libro *La Constitución de Entre Ríos-Comentarios*, Librería y Editorial “Ciencias”, de Rosario, año 1945, t.1, pág.132:”El artículo que comentamos versa, pues, sobre algo más que el clásico ‘Habeas Corpus’, que se mantuvo en su antigua forma en la Constitución de Buenos Aires, a pesar de la reforma de 1934 (art. 18 const.derogada, 17 de la vigente), ya que abarca también la negación de algunas de las garantías establecidas en la Constitución Nacional o provincial o las leyes...”, citado en BEHERAN, Roberto, ob.cit., p.56.

la reconoce como una Constitución superior a sus homólogas provinciales<sup>40</sup>. Ha introducido, asimismo, a las acciones de ejecución y de prohibición<sup>41</sup>.

Respecto del *habeas corpus* ampliado por los constituyentes de 1932-1933, Sampay asevera:

A la par de la transformación sufrida por el contenido de la libertad, se ha operado un cambio profundo en el *Hábeas Corpus* que, de garantía de la libertad corporal, ha pasado a ser acción amplísima que sirve de garantía a todas las declaraciones de derecho de nuestra Constitución. Comprensión extensa que viene a remozar esta vetusta institución; que, adquiriendo el carácter científico de acción y no de recurso, deja de pertenecer al derecho procesal, para entrar al Derecho Público. El autor de esta teoría es el Dr. Carlos Sánchez Viamonte –El *Hábeas Corpus*, Bs.As., 1927– el propulsor más decidido de una nueva concepción jurídica, que la venía pregonando en el libro, en la cátedra y en la práctica forense<sup>42</sup>.

En el seno de la Convención Constituyente, y a propósito de las pretensiones de *habeas corpus*, amparo, ejecución y prohibición, el presidente de la comisión redactora afirma:

Fundamentalmente, solo es dable ver en estos recursos una función de necesario control jurisdiccional en resguardo de un principio más alto e intangible: la soberanía de la Constitución. Y si para amparar la soberanía de la Constitución, nuestro Poder Judicial se halla investido de la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes en los casos o causas que le son sometidos como intérprete final de aquella, nos parece estrictamente razonable y jurídico, dentro de nuestra organización de gobierno, crear el control jurisdiccional sobre la acción administrativa para velar por el imperio de la Constitución, pero no en la forma lenta, pesada, ineficaz de los actuales procedimientos judiciales, sino en los términos rápidos, enérgicos, eficientes que fijan los artículos del despacho que estamos considerando. Ellos contemplan, pura y exclusivamente, el caso de una violación flagrante de garantías constitucionales de orden primario y fundamental<sup>43</sup>.

Por su parte, Clodomiro Zavalía, sostuvo:

Estos tres artículos encierran disposiciones de una trascendencia indiscutible y permiten señalar a la Constitución de Entre Ríos como la primera que en el país se preocupa de asegurar en la práctica el ejercicio de derechos y garantías proclamados de modo tan enfático en la Constitución Nacional y en las provinciales. Sabido es, en efecto, que, salvo la libertad corporal cuando se pierde por orden de autoridad incompetente, todas las demás garantías no están procesalmente protegidas, lo que da lugar a que se deduzcan recursos de *habeas corpus* inverosímiles. Se comprende que una persona, en trance de sufrir algún apremio indebido de la autoridad, piense que puede encontrar amparo en los tribunales de justicia; solo que no tarda en comprobar

<sup>40</sup> BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho de amparo*. Ediar, Buenos Aires, 1961, p.103.

<sup>41</sup> Art.26: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político por falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución”. Art.27:”Si un funcionario o corporación pública de carácter administrativo, ejecutase actos que le fueran expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir de los tribunales, por procedimiento sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o corporación”.

<sup>42</sup> SAMPAY, Arturo E., *La Constitución de Entre Ríos*, p.58 citado en BEHERAN, Roberto, ob.cit., p. 56.

<sup>43</sup> Palabras del presidente de la Comisión redactora de la acción de amparo en el seno de la Convención de 1933, citado en Orlando, Eugenio.”La acción de amparo en la Constitución de Entre Ríos”, *JA*. 1966-V, p.142.

que no se han dictado aún leyes adecuadas a ese fin; vale decir, que en los códigos de procedimientos no se establecen recursos de la misma eficacia del *habeas corpus*. Compréndese, por lo tanto el mérito que tiene la juiciosa previsión de la Constitución de Entre Ríos”<sup>44</sup>.

El Estado tiene, entonces, una “misión de garantía” que consiste en “asegurar, en formas claramente determinadas, la libre expansión del individuo en los límites de las diversas esferas de actividad que no han sido necesariamente conferidas al Estado”<sup>45</sup>; y que se realiza en esas figuras tutelares como construcciones concretas de la protección jurisdiccional de los contenidos constitucionales, implícita en la misma Carta fundamental.

*II.2.2.2.- Influencias en la consagración de las “acciones de habeas corpus, amparo, ejecución y prohibición”. La opinión de Sánchez Viamonte. El caso “Bertotto”. El proyecto de los Dres. Enrique Thedy y Francisco E. Correa*

En las palabras pronunciadas por el presidente de la Comisión Redactora de la Constitución, puede advertirse, por una parte, la influencia del pensamiento de Sánchez Viamonte, que consiste en brindar un alcance amplio al hábeas corpus como instrumento tutelar de todos los derechos constitucionales <sup>46</sup>, y, por otra, la reseña de fallos que realizó Sampay<sup>47</sup>.

Los convencionales consideraron brevemente el caso “Bertotto” (1933), fallado por la Corte Nacional trece días antes de la sesión en que votaron y aprobaron los artículos 25, 26 y 27 del texto constitucional.

En dicha sesión, el convencional Gadea comentó la causa resuelta por el máximo tribunal federal:

Un caso muy reciente, resuelto por la Corte Suprema de Justicia, destaca la realidad de esta situación. Habiéndose recurrido por vía de Hábeas Corpus ante el Juez Federal de Rosario pidiendo amparo para la libre circulación de un diario de esa ciudad, el pronunciamiento de la Corte ha sido necesariamente adverso porque, conforme a la articulación del procedimiento nacional, dicho recurso solo sirve para proteger la libertad corporal de las personas cuando ella se pierde o se ve restringida en virtud de una orden ilegítima. No abrimos opinión sobre el caso. Solo lo mencionamos para exteriorizar la deficiencia de nuestra legislación al no establecer recursos especiales

---

<sup>44</sup> ZAVALIA, Clodomiro, ob.cit., p. 242.

<sup>45</sup> HOLTZENDORF. *Principios de política*, cap. IX, trad. francesa de Ernest Lehr, citado en González, Joaquín. *Manual de la Constitución Argentina*. Ángel Estrada y Cía. S.A. Editores. Buenos Aires, 1951, p.113.

<sup>46</sup> SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El Hábeas Corpus*. Buenos Aires, 1927 y 2da.edición Edit.Perrot Bs.As. 1956; además, ver “Juicio de Amparo por Carlos Sánchez Viamonte, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t.XVII, pp. 169-214, citado en BEHERAN, Roberto, ob.cit. p. 47: “En ese mismo libro –el Hábeas Corpus- y en varios otros escritos publicados posteriormente, procuramos demostrar que el Hábeas Corpus no se debe limitar a la persona física, cuya defensa le dio nacimiento y explica su nombre latino, sino que debe amparar o proteger la libertad evolucionada e integrada, como antes protegió a la libertad incipiente. De esta suerte, deben estar comprendidos en el Amparo del Hábeas Corpus todos los derechos inherentes a la persona humana con exclusión de los patrimoniales, para los cuales existe la legislación civil, comercial, penal y procesal”.

<sup>47</sup> BEHERAN, Roberto, ob.cit., p.58. Los casos citados por Sampay son los siguientes: “David Kraiselbrud” (1926); diario “Democracia”, de Rosario (1930); diario “Tribuna”, de Rosario (1931); “Afiliados a partido político en La Plata” (1932); “Bertotto”, Director del periódico “Democracia”, de Rosario (1932).

para que situaciones de tanta importancia institucional puedan ser diferidas al fallo inmediato e imparcial de la justicia<sup>48</sup>.

También consideraron muy especialmente el proyecto presentado por los doctores Enrique Thedy y Francisco E. Correa en la Convención Constituyente de la provincia de Santa Fe de 1920, ya que era este “el primer antecedente con que se cuenta en el país de querer incorporar el amparo a un texto constitucional”<sup>49</sup>.

Ese proyecto conocía tres tipos de artículos, pero la iniciativa fue rechazada, en Santa Fe, por la mayoría; únicamente se recogió uno solo de ellos<sup>50</sup>.

El Dr. Thedy, a modo de fundamento de la acción de amparo que proponía, sostuvo:

Las simples declaraciones de derechos sin proporcionar los medios necesarios para hacerlos efectivos, la falta de garantías prácticas contra los abusos administrativos han constituido una de las fallas indiscutible de organización institucional. Las acciones civiles o criminales contra los funcionarios públicos, aun en el supuesto de encontrar jueces con la energía y la independencia suficientes para aplicar la ley sin contemplaciones, no son, en la mayor parte de los casos, recursos adecuados para amparar y asegurar su ejercicio<sup>51</sup>.

No obstante, la Convención de Entre Ríos propuso la reproducción literal de los artículos excluidos, lo cual fue aceptado y se escribieron en el texto constitucional<sup>52</sup> pasando a ser los artículos 26 y 27.

Al respecto, Gadea afirmó en la sesión del 18 de abril de 1933:

Cuadra decir igualmente que propusimos en el seno de la Comisión Redactora la adopción de los dos recursos susodichos, reproduciendo literalmente los artículos pertinentes del recordado proyecto demócrata progresista. Su texto es, pues, el que figura en los artículos 24 y 25 del Despacho que estamos considerando. Lo adoptamos sin ninguna variante, y la Comisión así lo aceptó, por considerarlo claro y preciso<sup>53</sup>.

### **II.3.- La jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia durante el período de falta de la reglamentación de las acciones de habeas corpus, amparo, ejecución y prohibición**

Los decretos-leyes reglamentarios de esas garantías instrumentales fueron dictados trece años más tarde que la sanción de la Carta entrerriana.

Sin embargo, los jueces locales, pese a la jurisprudencia adversa de la Corte Nacional<sup>54</sup>, se adscribieron a la tesis de la operatividad de esas garantías, postura extraña en aquellos años, pero original y acertada.

El Superior Tribunal de Justicia, a seis meses de vigencia de la Constitución de 1933, falló favorablemente un amparo en el caso “Natalio Chomnalez-Recurso de Amparo”, de fecha del 21 de febrero de 1934, por aplicación del art.25 de la Carta provincial,

<sup>48</sup> Convención Constituyente de Entre Ríos, págs. 322 a 344, citado en Béhéran Roberto, ob.cit., pp. 48-49.

<sup>49</sup> BEHERAN, Roberto, ob.cit., p.49.

<sup>50</sup> Art.17 de la Constitución de Santa Fe de 1921: “Cuando un funcionario o corporación de carácter administrativo impida el ejercicio de un derecho de los expresamente declarados en la Constitución Nacional o Provincial, el lesionado en su derecho tendrá acción para demandar judicialmente por procedimientos sumarios la inmediata cesación de los actos inconstitucionales”.

<sup>51</sup> Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Santa Fe, pp. 195/6, citado en BEHERAN Roberto, ob.cit., pp. 50-51.

<sup>52</sup> BEHERAN, Roberto, ob.cit., p.50.

<sup>53</sup> BEHERAN, Roberto. Ídem.

<sup>54</sup> Causa “Bertotto” fallada el 5 de abril de 1933: “Ni en la letra, ni en el espíritu, ni en la tradición constitucional de la institución del Habeas Corpus, se encuentran fundamentos para aplicarlos a la libertad de la propiedad, del comercio, de la industria, de la enseñanza, de transporte, de correspondencia, etc.”

restableciendo el art.17 de la Constitución Nacional que asegura el derecho de propiedad<sup>55</sup>; derecho que ha sido muy debatido en doctrina sobre si procede, o no, su protección por la vía amparista.

En la causa “Maradino, Rosario”, fechado el 21 de septiembre de 1935, el mismo tribunal dijo que la “falta de ley reglamentaria no anula la existencia de la garantía constitucional”, y agregó:

Mientras esa ley no se dicte y confiera a los jueces la facultad expresa de decidir sobre las razones determinantes de una remoción o cesantía, el amparo efectivo de la inamovilidad en su relación con el art. 27 –Const.Prov.- estará limitado a los casos en que la medida administrativa o municipal aparezca con los caracteres absolutos de un acto arbitrario<sup>56</sup>.

Tal vez, los miembros de la Corte Nacional, cuando sentenciaron el célebre caso “Siri” (1957), equiparado por Fix Zamudio al fallo “Marbury vs.Madison”, tuvieron presente esta doctrina, ya que, con otras palabras, sostuvieron:

Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la 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<sup>57</sup>.

En la sentencia “Kot”, fallada al año siguiente con una modificación parcial de los integrantes del alto cuerpo, se afirmó que:

Entre las constituciones de provincias, es digna de señalar la de Entre Ríos, que conserva expresamente el alcance tradicional del “Hábeas Corpus” y lo extiende, aun, a la protección de cualquiera de las garantías establecidas en la Constitución Nacional o Provincial o las leyes (art.25)<sup>58</sup>.

De ello, puede estimarse el valor de la jurisprudencia alternativa a que alude Peter Häberle, de las disidencias judiciales, de las minorías doctrinarias, como la de Sánchez Viamonte, quien, en la década de 1920, proponía en la cátedra y el libro un habeas corpus que proteja todos los derechos constitucionales.

En la sentencia recaída en el caso “Idelsohn, Francisco”, de fecha 28 de octubre de 1946, se señaló que aunque:

El Recurso de Amparo introducido en la Constitución de Entre Ríos (Arts.25, 26 y 27) no ha sido objeto de reglamentación legal (...) por su naturaleza especial, antecedentes históricos, fundamentos y finalidad es un resorte extraordinario para casos de urgencia en que sea menester amparar al individuo<sup>59</sup>.

A partir de entonces, hasta la sanción de la ley reglamentaria de las acciones de habeas corpus, amparo, ejecución y prohibición, el Superior Tribunal de Justicia

---

<sup>55</sup> BEHERAN, Roberto, ob.cit., p.27. Agrega este autor que el STJER se integraba por los vocales Dres. Petrozzi, B.Piñón y Guillermo Bonaparte. Estimaron que al actor se le había restringido ilegalmente el derecho de propiedad violándose consecuentemente el art. 17 de la Constitución Federal y conforme a: “...lo dispuesto por el art.25 de la Constitución provincial...”, se ordenó al funcionario que había asumido la medida ilegal a restituir los bienes del recurrente (mercadería decomisada y secuestro de un automotor, medidas no autorizadas por la ley de patentes) y, de este modo restableció la garantía constitucional conculcada (Fallo publicado en Jurisprudencia de Entre Ríos 1934 pp. 35/36).

<sup>56</sup> BEHERAN, Roberto, ob.cit., p.28. Este autor comenta que si bien el fallo alude a la falta de ley reglamentaria del art. 21 de la Constitución local, el argumento es ciertamente aplicable al amparo que carecía también de reglamentación.

<sup>57</sup> Fallos: 239-459.

<sup>58</sup> Fallos: 241-291.

<sup>59</sup> J.A.-1946-IV-306 n° 6651, citado en Béhéran, Roberto, ob.cit. p. 28.

comenzó a delinear la silueta de esas garantías<sup>60</sup> entendiendo a las acciones de ejecución y de prohibición como especies de amparo.

## **II.4.- Las reglamentaciones de las acciones de ejecución y de prohibición**

### **II.4.1.- El decreto ley 2582/46**

La primera reglamentación es la de los decretos-leyes 2582/46<sup>61</sup> y su complementaria, 1640/63 (ALJA, 1963, p.800), ambos regímenes dictados por la intervención federal.

Estos decretos-leyes tuvieron como antecedente el proyecto de Antelo, adicional al Código de Procedimientos en lo Criminal de la Nación, presentado en 1933, el cual fue receptado en el anteproyecto de Código de Procedimientos en lo Criminal provincial, redactado en 1934 por el magistrado y jurista Guillermo Bonaparte<sup>62</sup>.

Es de destacar, asimismo, que el doctor Mario Antelo ha tenido en cuenta el ya mencionado proyecto de los doctores Thedy y Correa presentado en la Convención Constituyente de la provincia de Santa Fe de 1920<sup>63</sup>.

A través de ese decreto-ley, se propuso reglamentar “los Recursos de Amparo creados por los arts. 26 y 27 de la Constitución Provincial”. Sin embargo, se habla en su texto de “demanda de ejecución o de prohibición”, omitiendo toda alusión al art.25 de la Constitución, que consagraba al amparo dentro del habeas corpus. En su art. 11, se agregaba que: “Todos los días y horas son hábiles para la tramitación del Recurso de Amparo”<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr., BEHERAN, Roberto, ob.cit., pp.29-30. Puede verse Jurisprudencia de Entre Ríos: 1936 p.222 y 445; 1938 p.291; 1939 p.508; 1937 p.346; 1942 p.1008; 1943 p.123; 1946 p.486.

<sup>61</sup> Art. 1º: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto, o que sufre perjuicio material, moral o político por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar su ejecución inmediata”. Art.2º: “Si un funcionario o corporación pública de carácter administrativo ejecutare actos que le fueran expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir un mandamiento prohibitivo contra el funcionario o corporación”.

<sup>62</sup> Orlando, Eugenio, ob.cit., p.145. Sampay, Arturo Enrique. *La Constitución de Entre Ríos*. Editores Casa Pedrassi, Paraná, 1936, p. 59, citado en Béhéran Roberto, ob.cit.,p. 68: “El Dr.Guillermo Bonaparte, magistrado de sólidos prestigios en la provincia de E.Ríos, redactó por encargo del Gobierno provincial un proyecto de Código de Procedimientos en lo Criminal, elevándolo a la consideración del P.E. el 24 de octubre de 1934. ‘En el título IV legisla sobre juicios de amparos, dividiendo en tres capítulos que titula: Del Habeas Corpus, Del Mandamiento de Ejecución y del Mandamiento de Prohibición...’ ; en p. 60 agrega: “Estas dos instituciones, junto con el Habeas Corpus (...) se hallan consagradas en los arts. 25,26 y 27 de la Constitución de Entre Ríos, de donde el proyecto del Dr.Bonaparte no hace más que reglamentar los juicios de amparo que establece la Constitución de 1934”. Béhéran, Roberto, ob.cit., p.68, indica que: “Justo G.Medina, con acierto sostiene al referirse al amparo previsto en el art.25 de la Constitución provincial, que ‘...los artículos siguientes -26 y 27- que, a mi juicio, son un complemento, no recursos distintos en su esencia, versando sobre el concepto clásico, y, por ende, con sus limitaciones, de garantías a derechos individuales’ (Cfr.La Constitución de Entre Ríos t.1. Librería y Editorial “Ciencias”, Rosario, 1945, p.133). Este autor , recuerda el proyecto Bonaparte, hace referencia al título IV bajo el rubro “Juicios de Amparo” y señala que “nada concreta el respectivo articulado sobre las garantías que pueden ser materia del recurso, limitándose a repetir el proyecto Bonaparte los textos constitucionales. Una ley reglamentaria (...) debe diferenciar la de unos y otros, si se desea deslindar bien los asuntos o cuestiones, garantías o derechos que corresponden al “Habeas Corpus”, la ‘Injunction’ o el ‘Mandamus’. Y así, por ejemplo, la estabilidad del empleado público es una ‘garantía’ dada al servidor del estado (art.21 C.P.), como lo es la jubilación. Pero no se ha invocado siempre en su defensa, en los casos de recursos de amparo interpuestos, el art. 25 de la Constitución, que comentamos, sino el 26 y los tribunales han librado mandamiento prohibitivo a los funcionarios que discrecionalmente han dejado cesantes a empleados, aun municipales. (Revista de los Tribunales de Entre Ríos, Sala en lo Criminal, n° 39, p.51) Justo G. Medina, (ob.cit. p.134)”.

<sup>63</sup> Cfr. Punto 2.2.2.

<sup>64</sup> Cfr. BEHERAN, Roberto, ob.cit., p.68.

#### **II.4.2.- La ley n° 8369/90 de “Los procedimientos constitucionales”**

Finalmente, se sancionó la ley 8369/90, denominada de los “procedimientos constitucionales”<sup>65</sup>, que en forma orgánica reúne y regula a los procesos constitucionales<sup>66</sup> al tiempo que constituye una referencia obligada para la temática procesal-constitucional. La ley fue modificada por las leyes n° 9550/04 y 8571/04.

Es de aclarar que en la jurisprudencia entrerriana, hasta que no se sancionó esa ley, no se apreciaban los matices distintivos entre la acción de amparo y las acciones de ejecución y de prohibición que la ley n° 8369 ha demarcado claramente, ya que la anterior reglamentación solamente regulaba a las acciones de ejecución y de prohibición por medio de la cual se procesaron los amparos y se tutelaron, por conducto de esas acciones, los derechos y garantías constitucionales reconocidos implícita y expresamente por la Constitución Nacional o Provincial<sup>67</sup>.

Es decir que, durante más de 57 años, el amparo tramitó como acción de ejecución o de prohibición para ordenar el restablecimiento de una garantía constitucional afectada por una omisión o acto proveniente de funcionario o corporación pública en violación, respectivamente, de un deber expresamente determinado.<sup>68</sup>

Aquí puede evidenciarse el papel fijador que tienen las leyes, sea para el adecuado, o inadecuado, desenvolvimiento de los institutos que debe reglamentar. En este supuesto, se suscitan confusiones de los operadores jurídicos respecto de las acciones de amparo, ejecución y de prohibición.

#### **II.5.- La reforma constitucional de 2008 y los instrumentos procesales-constitucionales**

La Carta entrerriana fue reformada en 2008 en un esfuerzo de adaptación con la Constitución Nacional y de renovación de su pacto social.

En materia procesal, por una parte, se reafirmaron el habeas corpus, el amparo genérico, las pretensiones de ejecución<sup>69</sup> y de prohibición<sup>70</sup>. Por otra, se añadieron nuevas ramificaciones del amparo, como son el habeas data, el amparo por mora y el amparo colectivo.

Es de destacar que, por la ley n° 9768, se ha delimitado el “bloque pétreo” por el cual la Convención Constituyente debía abstenerse de enmendar algunas disposiciones de la

---

<sup>65</sup> Art. 25: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ajustarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar su ejecución inmediata”. Art.26: “Si el funcionario o corporación pública de carácter administrativo ejecutare actos que le fueren expresamente prohibidos por la ley u ordenanza, el perjudicado podrá requerir un mandamiento prohibitivo contra el funcionario o corporación”.

<sup>66</sup> La ley se estructura de la siguiente manera: Capítulo I: Amparo. Sección I: Acción de Amparo; Sección II: Acción de Ejecución o Prohibición por Violación de Ley u Ordenanza. Capítulo II: Habeas Corpus. Capítulo III: Control de Constitucionalidad. Capítulo IV: Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad. Capítulo V: Disposiciones Generales.

<sup>67</sup> Cfr. BÉHERAN, Roberto, ob.cit., p. 65.

<sup>68</sup> Cfr. BEHERAN, Roberto, ob.cit. p.66.

<sup>69</sup> Art.58: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución”

<sup>70</sup> Art.59: “Si un funcionario o corporación pública de carácter administrativo ejecutase actos que le fueran expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir de los tribunales, por procedimientos sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o corporación”.

Constitución de 1933 en lo que aquí interesa, las consagratorias del habeas corpus, amparo, acciones de ejecución y de prohibición (arts. 25, 26 y 27) recogiendo, de esta manera, la larga experiencia judicial, lo que ha motivado al Superior Tribunal de Justicia a seguir aplicando la ley de “procedimientos constitucionales (ley n° 8369/90).

La renovación constitucional, por otra parte, introdujo verdaderas novedades procesales en el derecho local. Consagró la facultad de declarar la invalidez constitucional *ex officio*, la facultad del Superior Tribunal de Justicia de derogar normas generales cuando declare inconstitucional a alguna de ellas durante tres veces<sup>71</sup>, con lo cual le asignó, consecuentemente, una función de legislador negativo. También, se receptaron la acción popular de inconstitucionalidad<sup>72</sup> y la pretensión de inconstitucionalidad por omisión<sup>73</sup>, fortaleciendo, de esta manera, la función del Poder Judicial como guardián de la Constitución a fin de combatir la gran debilidad institucional que afecta a la República<sup>74</sup>.

## **II.6.- Los procedimientos aplicables a las acciones de ejecución y de prohibición. La ley n° 8369/90**

### **II.6.1.- Acción, pretensión y demanda**

La Constitución y su ley reglamentaria denominan *acciones* de ejecución y de prohibición; evidencia, así, a la luz del procesalismo científico, una formulación superada al vincular de esa manera a la acción como una entidad dependiente del derecho sustancial en juego procesal. Se trata, precisamente, de *pretensiones procesales*.

Palacio explica, siguiendo la tesis de Guasp, que *pretensión* es “el acto en cuya virtud se reclama ante el órgano judicial (o eventualmente arbitral), y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación.”<sup>75</sup>

La *acción* es, en cambio, un derecho cívico (Carnelutti), o una de las especies en que se expresa el derecho constitucional, de peticionar a las autoridades (Couture); “resulta

---

<sup>71</sup> Art.60: “Es de ningún valor toda ley de la Provincia que viole o menoscabe las prescripciones establecidas por la Ley Suprema de la Nación y por esta Constitución, así como todo acto, contrato, decreto u ordenanza que contravenga a las mismas o las leyes dictadas en su consecuencia, pudiendo los interesados demandar o invocar su inconstitucionalidad o invalidez ante los tribunales competentes. Sin perjuicio de ello, los jueces al advertir la inconstitucionalidad de una norma, de oficio podrán declararla. La sentencia que pronuncie la inconstitucionalidad será declarativa y de condena pudiendo ser ejecutada. En el proceso respectivo podrán admitirse medidas cautelares. La declaración de inconstitucionalidad por tres veces y, por sentencia firme del Superior Tribunal de Justicia de una norma general provincial, produce su derogación en la parte afectada por el vicio.”

<sup>72</sup> Art.61: “Todo habitante de la Provincia, en el solo interés de la legalidad, tiene acción directa para demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la inconstitucionalidad de una norma general contraria a la presente Constitución. El firmante de una demanda temeraria será sancionado de acuerdo con la ley.”

<sup>73</sup> Art.62: Si esta Constitución, una ley o una ordenanza dictadas en su consecuencia, otorgasen algún derecho que dependiera para su concreción de una ulterior reglamentación y esta no se dictara dentro del año de la sanción de la norma que la impone, el interesado podrá demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la condena de la autoridad renuente a dictar la norma omitida. Ante el incumplimiento del obligado, el Tribunal integrará la misma o, de ser esto imposible, ordenará, si correspondiere, la indemnización al demandante del daño resarcible que sumariamente acredite. Si la autoridad omitiere un deber constitucional indispensable para el regular funcionamiento del Estado, cualquier legitimado por la ley podrá, por la vía prevista en el apartado anterior, demandar se condene al funcionario remiso a cumplir la conducta debida o a que, en su defecto, la realice directamente el Tribunal”.

<sup>74</sup> Cfr., CAYUSO, Susana G. y IENTILE, Verónica. “Algunas reflexiones sobre la Constitución de Entre Ríos”, en AA.VV. *Constituciones Provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Bogotá, México, Santiago, 2009, p.182.

<sup>75</sup> PALACIO, Lino E. *Manual de Derecho Procesal Civil*, T.I., Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1977, p.111.

claro que esta última no es otra cosa que el poder de hacer valer una pretensión, lo que constituye, por lo tanto, un *supuesto* de la actividad procesal”<sup>76</sup>.

Por otra parte, *demanda* es “el modo de ejercitarse la primera (acción) en cada caso particular” como un “mero acto de iniciación procesal”. Por lo general, “la pretensión procesal se encuentra contenida en la demanda”<sup>77</sup>.

La *pretensión procesal* es, entonces, “un acto que puede caracterizarse como una declaración de voluntad petitoria”<sup>78</sup>; se diferencia de la *pretensión sustancial* en cuanto la procesal conforma un acto dirigido al órgano decisor, mientras que aquella, es “la facultad o derecho de exigir el cumplimiento de una prestación y solo puede actuarse contra el sujeto pasivo de la correspondiente relación jurídica material”<sup>79</sup>.

Como afirma Palacio “la configuración jurídica de la pretensión procesal solo requiere que esta contenga una afirmación de derecho o de consecuencia jurídica derivada de determinada situación de hecho, con prescindencia de que tal afirmación coincida, o no, con el ordenamiento normativo vigente”<sup>80</sup>, independientemente de que sea fundada o infundada.

Las pretensiones de ejecución y de prohibición tienen por objeto *un pronunciamiento de condena*.

---

<sup>76</sup> PALACIO, Lino E., ob.cit., p. 111. Rivas, Adolfo A., *Teoría general del derecho procesal*. Lexis - Nexis Argentina. Buenos Aires, 2005, pS. 250 y sgte: “...no es posible dar una definición del objeto jurídico que tratamos (acción), sino por lo menos tres, según el punto de vista que empleemos. De ellas, corresponde atribuir la mayor trascendencia a la segunda, pues motiva la primera y condiciona a la tercera. Tenemos así: a) *Como actividad subjetiva*: Considerada como obrar, es la actividad que desarrolla un sujeto a fin de obtener, utilizando los medios técnicos-jurídicos correspondientes, la intervención de l órgano jurisdiccional para atender su reclamo. Así apreciada, se trata en realidad de un mero hecho (...) al que el orden jurídico le asigna el papel de causa eficiente de la actividad estatal correspondiente, otorgándole relevancia jurídica al efecto. b) *Como sustancia jurídica*. La acción es, para el particular, el derecho-deber destinado a poner en acto la jurisdicción con el fin de que resuelva el conflicto que se le plantea. Es, en tanto se dirige al Estado, un derecho subjetivo público, componente como presupuesto necesario del derecho de defensa en juicio, ya que el ejercicio de este no se concibe sin el incentivo jurídico significado por la utilización de aquel; es, a la vez, deber, pues, salvo los supuestos en los que se admite la autotutela u opere la autocomposición, no resulta posible producir, por mano propia, la solución buscada. Para los órganos estatales, es el deber destinado a dicho fin, cuando no puede operar el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos (por ejemplo, en materia de imposición de penas, expropiación, anulación o revocación de actos administrativos de los que nacieron derechos subjetivos, o cuando, como lo determina el art.12 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, deba ejercerse coacción sobre la persona o bienes del administrado).De tal manera, no pueden resolver el conflicto por sí y ante sí, sino que deben recurrir a la jurisdicción poniéndola en marcha. El ejercicio de la acción conlleva el derecho de obtener un pronunciamiento como respuesta, y ello tiene, como contrapartida para la jurisdicción, el deber de proveer al pedido (...), pues no basta con su silencio. c) *Como objeto procesal*. Es un medio técnico-jurídico de actividad subjetiva, asentado en un derecho-deber sustancia, destinado a ser captado por el órgano jurisdiccional para abocarse a su consideración”.

<sup>77</sup> PALACIO, Lino E., ob.cit., ps.111 y sgte. RIVAS, Adolfo A., *Teoría...cit.* p.276: “La forma básica de expresión de la pretensión es la demanda, acto formal que tendrá que contener los requisitos previstos en el art.330, CPCCN (refiriéndose al Código procesal civil y comercial de la Nación), con su posibilidad de ampliación según el art.331, CPCCN, y las incorporación de hechos nuevos al elemento fáctico causal, tanto en primera como en segunda instancia; sin embargo, pueden articularse pretensiones de otras maneras...”

<sup>78</sup> PALACIO, Lino E., ob.cit., p. 112.

<sup>79</sup> PALACIO, Lino E., ob.cit., ps.112 y sgte. RIVAS, Adolfo A., *Teoría...cit.*, p.269: “La pretensión material apunta a la apatencia de bienes –materiales o espirituales- y puede tener dos direcciones: una hace a la aspiración a obtenerlos; la otra, a defenderlos ante la amenaza de verlos afectados, o la circunstancia de estar ya lesionados”.

<sup>80</sup> PALACIO, Lino E, ob.cit., p. 113.

## II.6.2.- Las legitimaciones activa y pasiva. La causa de las pretensiones. La acumulación de pretensiones

La sección II de la ley 8369 regula el proceso de ejecución para los casos en que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado<sup>81</sup>, y todo aquel en cuyo interés deba ajustarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político, por la falta de cumplimiento del deber<sup>82</sup> (art.25).

Como sostiene Béhéran, puede actuar, en algunos casos, como un amparo por mora en la Administración Pública de la provincia de Entre Ríos, puesto que esta acción no se encuentra regulada expresamente<sup>83</sup>, aunque la jurisprudencia lo ha admitido por el conducto del amparo genérico<sup>84</sup>, con mayor razón, cuando por la reforma constitucional de 2008, se lo reconoce (art.57)<sup>85</sup>.

En el amparo por mora puede impugnarse exclusivamente la morosidad en despachar actuaciones administrativas; tiene por finalidad obtener por vía judicial una orden de pronto despacho; quedan excluidos, consecuentemente, los actos o conductas lesivas de derechos o garantías constitucionales, puesto que, si bien lo genérico comprende lo específico, no se da a la inversa<sup>86</sup>, pero ello no impide que, deducida una pretensión de amparo genérica, por el principio *iura novit curia*, el magistrado imprima el trámite del amparo por mora<sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup> SCPA01 215 S 8-8-1995, Juez Carlin (SD) in re: "Echaniz Susana Teresa y Otras c/ Caja de Jubilaciones y Pensiones de E.Ríos s/ Acción de Ejecución"; Mag. votantes: Carlin, Carubia, Chiara Díaz, NNF: 95080011: "La abstención, el "no hacer" cuando la ley impone una actividad o prestación determinada, no se compatibiliza con una condena de futuro, ya que no ha mediado aún el incumplimiento por el funcionario o el órgano del deber legal".

<sup>82</sup> STJE., C/ C.G.E.P.E.R s/ (incoada por la Dra. María Caccioppoli, Apoderada de Jorge Raúl Lickay y María Julia Schneidmuller en nombre y rep. de sus hijos menores) S/ ACCION DE EJECUCION", fallado el 15/01/2010. Causa N° 18981 - Jdo. Correccional - C. del Uruguay: "Esta peculiar especie de acción de amparo requiere para su procedencia que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, que estos no cumplan con el expreso deber legal impuesto y que la persona en cuyo interés debía ejecutarse el acto sufra un perjuicio material, moral o político (cfme.: arts. 58, Const. E. Ríos, y 25, Ley N° 8369); a tal fin, la demanda de ejecución deberá presentarse por escrito con copias y contendrá los requisitos de los incs. a), b), e) y f) del art. 6 de la referida Ley N° 8369 y una relación circunstanciada y precisa de los hechos, el derecho invocado y de la razón legal que motiva la demanda (cfme.: art. 28, ley cit.) y, además, sin perjuicio de lo establecido en el art. 3 no procederá la demanda si la violación de la ley u ordenanza no aparece evidente (cfme.: art. 29, ley cit.)"

<sup>83</sup> BEHERAN, Roberto, ob.cit., p.79.

<sup>84</sup> "Seraco S.A.C.I. c/ Ministerio de Economía s/Amparo" el 13/7/1983; "Gulla, Francisco y Otro c/Superior Gobierno de la Provincia s/Recurso de Amparo, del 12/3/1986, "Argento, Carlos, Carlos A.c/Superior Gobierno de la Pcia.de Entre Ríos-Acción de Amparo" del 15/7/1988, L.A.S. 1987-1988, f° 114, ver JER,T° 29, p.698, Delta Editora, entre otros casos, citados en Béhéran, Roberto, ob.cit., pp.100-101.

<sup>85</sup> Art.57: "Toda persona, parte en un expediente administrativo, podrá interponer amparo por mora a fin de obtener resolución inmediata, en el caso de demora injustificada de la autoridad interviniente en expedirse sobre el asunto requerido por el interesado. En tal supuesto, el juez emplazará a la administración o al funcionario remiso, bajo los apercibimientos que correspondan, a pronunciarse sobre el acto pretendido por el ocurrente en un plazo sumarísimo, aunque no podrá ordenarle en qué sentido lo debe hacer. La omisión en expedirse comportará la denegación tácita de la pretensión en trámite y agotará la vía administrativa, quedando expedita la acción judicial".

<sup>86</sup> Cfr., CREO BAY, Horacio. *Amparo por Mora de la Administración Pública*. Astrea. Buenos Aires, 1989, p. 39.

<sup>87</sup> Cfr., CREO BAY, Horacio D, ob.cit., p.37: en el trámite del amparo por mora no se exige el agotamiento previo de las vías administrativas; p. 34: en ello difiere el amparo genérico que es residual,

El proceso de prohibición tendrá lugar, en cambio, cuando el funcionario o corporación pública de carácter administrativo ejecutare un acto que le fuere expresamente prohibido por la ley u ordenanza (art.26). Los dos “mandamientos” tienen carácter *reparador*, mientras que el amparo, además de *reparador*, es *preventivo*.

La *legitimación activa* la tiene el perjudicado titular de un *interés legítimo directo*<sup>88</sup> (que es una categoría propia, en los procedimientos administrativos, para legitimar a los interesados) y, por cierto, quien lo es de un *derecho subjetivo*, que es una protección otorgada por el ordenamiento jurídico exclusivamente a un individuo determinado<sup>89</sup>.

El *interés legítimo* es aquel que pertenece a “una categoría definida y limitada” de individuos; por ejemplo, cuando una medida administrativa afecta a todos los comerciantes, o a todos los usuarios de un servicio público, o a todos los contribuyentes o habitantes de una comuna determinada, sin que esto se amplíe “hasta las dimensiones de la colectividad nacional”<sup>90</sup>, porque habría, en tal hipótesis, un *interés simple*. El interés legítimo debe ser personal y directo por sufrir un “perjuicio material, moral o político”; o sea, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial.

La *legitimación pasiva*, a diferencia del amparo<sup>91</sup>, la tiene solamente el funcionario o corporación pública de carácter administrativo.

El concepto de *corporación pública de carácter administrativo* no se refiere exclusivamente a la esfera administrativa del Poder Ejecutivo, sino que se extiende a quienes actúan por delegación de este<sup>92</sup>.

La *pretensión de ejecución*, a diferencia de la del amparo<sup>93</sup>, tiene su causa en la invocación de una situación de hecho a la que el actor le asigna consecuencias jurídicas; será fundada si se apoya en una ley u ordenanza que impone un deber expresamente determinado a un funcionario o corporación pública, y el cual se está omitiendo; y en *la de prohibición*, si el funcionario o corporación pública de carácter administrativo ejecutare actos que le fueran expresamente prohibidos por la ley u ordenanza.

---

mientras que el amparo por mora es específico; p.37: y en ello aventaja al general y, en consecuencia, lo desplaza.

<sup>88</sup> STJER, Sala Penal, fallo el 11 de marzo de 1994, voto Dr.Canubia, in re:”Barbagelata, Eduardo y Otros c/ Municipalidad de Paraná-Acción de prohibición”, Juzg.Civ.y Com. N° 2 Paraná, ver JER,T°62, pág. 971, Delta Editora, al que adhirieron los Dres.Chiara Díaz y Carlín: “Por tanto, al otorgarle legitimación al perjudicado para ejercer Acción de Prohibición, la Constitución y la Ley Procedimental apuntan a habilitar solo a quien de muestre ser titular de un interés legítimo directo en la obstaculización de la ejecución del acto administrativo, descartando a aquellos particulares que únicamente posean un interés genérico o que actúen solo en interés de la ley –o de la legalidad-, vedando toda posibilidad de excitación jurisdiccional válida a quienes el acto –aunque ilegítimo- no les ocasione un perjuicio jurídico directo, afectando el ejercicio de alguno de los derechos constitucionales tutelados del cual sean titulares”.

<sup>89</sup>Cfr., GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo.*, T.II, Ediciones Macchi-López S.A. Buenos Aires, 1975, ps.VIII-37-38.

<sup>90</sup> Cfr., GORDILLO, Agustín A., *ob.cit.*, p. XVI-6 y sus citas.

<sup>91</sup> Toda autoridad administrativa, judicial, legislativa en ejercicio de funciones administrativas; funcionario, corporación o empleado público, provincial o municipal; particulares.

<sup>92</sup> STJER, Sala Penal, fallado el 25 de septiembre de 1990, “Gómez, Adrián s/ Amparo”, L.S. 1990, f° 392, ver “Boletín Judicial 1990”, p.34, Delta Editores; *idem*, 21/11/91, donde se extendió la legitimación pasiva al Colegio de Escribanos de Entre Ríos; en cuanto “esa entidad ejecuta actos concernientes a tales facultades administrativas delegadas, actúa como ente administrativo o como corporación pública de carácter administrativo”; “Cremón, Armando J.c/ P.E.P.-Acción de Amparo”, L.S. 1991, f° 388, ver “Boletín Judicial 1991”, p. 35, Delta Editora, citados en Béhéran, Roberto, *ob.cit.*, pp.80-81.

<sup>93</sup> Contra toda decisión, acto, hecho u omisión de las autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, amenace, restrinja, altere, impida o lesione de manera manifiesta ilegítima el ejercicio de un derecho o garantía implícito o explícito reconocido por la Constitución Nacional o Provincial.

Dentro del concepto de “*ley u ordenanza*” deben considerarse comprendidos, también, los decretos, resoluciones o reglamentos en los cuales se imponga un deber o prohibición concreta a un funcionario o a una corporación pública de carácter administrativo, porque “el Constituyente ha querido darle la mayor amplitud a la tutela de los derechos y garantías individuales para un eficaz cumplimiento de tal finalidad frente a los actos de poder, fundamentalmente del Estado”<sup>94</sup>.

Es posible, por otra parte, *acumular las pretensiones* de ejecución o de prohibición con la del amparo<sup>95</sup>, pero debe tenerse en cuenta que aquellas pretensiones, por ser específicas, desplazan a la genérica del amparo; en un caso, podrían darse, ciertamente, la violación de un derecho y garantía constitucional conjuntamente con la omisión de ejecutar una obligación o deber legal o la realización de actos vedados expresamente por leyes u ordenanzas, en cuyo supuesto nada impide que puedan acumularse, puesto que, en Entre Ríos, rige *casi el mismo trámite procesal para las tres pretensiones*; incluso, se aplica, subsidiariamente, la reglamentación del proceso de amparo para los procesos de ejecución y prohibición.

La jurisprudencia de Río Negro, que tiene gran desarrollo en el tema, tiene registrado que:

La interposición de las acciones de los arts. 12 (actual 44) y 13 (actual 45) Constitución de Río Negro no es contradictoria cuando, al cuestionarse la decisión de trasladar la sede de la Convención Constituyente de la ciudad Capital, se está impugnando la resolución del art.9º del reglamento interno aprobado por dicha convención y se está exigiendo el cumplimiento del art.2 ley 2087 que impone la obligación de sesionar en la ciudad de Viedma<sup>96</sup>.

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro tuvo oportunidad de deslindar el concepto de la pretensión de amparo, de las de ejecución y prohibición al decir que:

Es Amparo y no Mandamus la acción interpuesta cuando su fin principal u objeto esencial es lograr el reconocimiento del derecho de asociación previsto en el art. 41 de la Const. Prov., y cuyo objeto secundario, aunque necesario, es el libramiento del mandamus de prohibición para que el ente administrativo no obstaculice la vigencia de la garantía constitucional<sup>97</sup>.

### **II.6.3.- El juez competente y los requisitos de la demanda**

Será *juez competente* el que tiene jurisdicción, sin distinción de fueros o Sala de Cámara con jurisdicción en el asiento de esa autoridad, el del lugar del hecho o el del domicilio del afectado, *a su opción* (art.4º); no será competente, en cambio, el Superior Tribunal de Justicia (Sala Penal -Constitucional) para resolver en instancia originaria las “acciones de ejecución y de prohibición”. Esta disposición facilita el acceso a la justicia.

La demanda de ejecución o prohibición deberá presentarse por escrito, con copias, y deberá contener una relación circunstanciada y precisa de los hechos<sup>98</sup>, el derecho

---

<sup>94</sup> STJ, Sala Penal, fallado el 25 de septiembre de 1990, “Gómez, Adrián s/ Amparo”, L.S. 1990, fº 392, ver “Boletín Judicial 1990”, p. 34, Delta Editores; ídem, 21/11/91, “Cremón, Armando J.c/ P.E.P.-Acción de Amparo”, L.S. 1991, fº 388, citado en Béhéran Roberto, ob.cit., p.82.

<sup>95</sup> Cfr.BEHERAN, Roberto, ob.cit., p.89.

<sup>96</sup> Cfr.”Presidente del Consejo Municipal de Viedma s/ Amparo, mandamus, prohibimos”, sentencia nº 195 del 30/12/87, ED 128-492, citado en Béhéran, Roberto, ob.cit. p.89.

<sup>97</sup> “Luna, Néstor A. y otros s/ Acción, arts.44 y 45 Const.prov.”, sentencia nº 61 del 5/9/90 publ. En J.A. Nº 5813 del 27/1/1993, p. 32, citado en Béhéran, Roberto, ob.cit., p.90.

<sup>98</sup> STJER, Sala Penal, fallado el 19 de octubre de 1994, voto del 19 de octubre de 1994, voto del Dr.Carlín; adhesión Dres. Carubia y Chiara Díaz, in re: Autos:”Speroni, Jorge pablo s/Acción de Amparo”, citado en Béhéran, Roberto, ob.cit., p.294.”El inciso del art.6º de la ley nº 8369 determina que

invocado y la razón legal que motiva la demanda (art.28). Al igual que el proceso civil, es posible ampliar la demanda hasta que se notifique a la parte demandada<sup>99</sup>.

*Los requisitos* a observar son los siguientes: a) Nombre, apellido, número de documento de identidad, domicilio real y procesal del pretensor; b) La mención de la autoridad pública a quien va dirigida<sup>100</sup>; c) La declaración bajo juramento de que no ha entablado otra “acción o recurso” sustentando la misma pretensión<sup>101</sup>, d) El ofrecimiento de la prueba de la que intentare valerse (art.6°); a diferencia del amparo, en las “acciones de ejecución y de prohibición” no se podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto si ello correspondiere (art.6°inc d, art. 28), como tampoco se admite el ofrecimiento de la prueba testimonial, ni la confesional (art.7°).

#### **II.6.4.- Causales de inadmisibilidad de las pretensiones. Acumulación de procesos. Improcedencia de cuestiones de competencia, excepciones previas e incidentes.**

---

la demanda de amparo debe contener la relación circunstanciada y precisa de los hechos y derecho invocado. Surge inequívocamente que las reglas ordinarias, en cuanto a los contenidos de los promocionales, se mantiene en este tipo de acciones en lo atinente a la obligación del actor de afirmar los hechos al formular el relato circunstanciado y preciso de los sucesos cuando reclama a su favor el remedio constitucional respectivo”.

<sup>99</sup> STJER, fallado el 18 de diciembre de 1992, in re:”Jahjar Héctor Gustavo Hesni y otros c/L.A.F.A.S.- Acción de Prohibición-L.8369”. Con voto dividido: El Dr.Carlín votó por la negativa, en tanto que el Dr.Chiera Díaz se pronunció favorablemente adhiriéndose el Dr.Carubia al voto de este; citado en Béhéran, Roberto, ob.cit., p.304.

<sup>100</sup>SCPA01 150 S 23-3-1995, Juez Carubia (SD), in re: “Caino de Celli, María Angélica c/ Consejo General de Educación de Entre Ríos s/ Amparo. Mag. Votantes: Carubia - Carlín – Chiara Díaz, NNF: 95080003: “La mención de la autoridad pública, o del particular en su caso, contra quien va dirigida la demanda que exige el artículo 6 inciso b) de la Ley 8.369, reviste trascendencia y se justifica por la circunstancia de tratarse del sujeto pasivo de la pretensión y quien habrá de quedar jurídicamente vinculado por la sentencia que se dicte; por tanto, su correcta individualización constituye un requisito ineludible de toda demanda a fin de evitar el dictado de un fallo de ejecución imposible por el hecho de que no sea la persona condenada aquella que realmente padecería los efectos de la condena; es la parte accionante la que soporta el consiguiente riesgo si incurre en error sobre la persona que debe revestir tal calidad; carecerá de legitimación para obrar si no es el titular de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión, con prescindencia de la fundabilidad de esta, en tanto no medie coincidencia entre el sujeto efectivamente demandado y aquel al cual la ley habilita especialmente para contradecir respecto de la materia sobre la que versa el litigio”. SCPA01 150 S 23-3-1995, Juez Carubia (SD), in re: “Caino de Celli, María Angélica c/ Consejo General de Educación de Entre Ríos s/ Amparo. Mag. votantes: Carubia -Carlín - Chiara Díaz, NNF: 95080004: “La Ley de Procedimientos Constitucionales hace gala de una generosa amplitud al establecer el criterio para determinar el sujeto pasivo de la relación procesal del amparo por actos de autoridad pública, otorgando legitimación a tal fin no solo al órgano de jerarquía superior del área de la Administración de que se trate, sino que también puede dirigirse la acción contra el "funcionario" y hasta contra el "empleado público", autores del acto que se denuncia como lesivo de los derechos del accionante (cfme. artículos 1 y 14 inciso a) de la Ley 8.369); y, en ese marco contradictor por parte del actor, no cabe admitir excesos ni suplir errores en la individualización del sujeto pasivo que puedan conducir al dictado de un pronunciamiento de imposible ejecución”.

<sup>101</sup>SCPA01 112 S 4-11-1994, Juez Carlín (SD), in re: “Traverso de Ormaechea Julieta E.C. c/ Consejo Gral. de Educación s/ Acción de Amparo. Mag. votantes: Carlín - Carubia – Chiara Díaz.

Trib. de origen: JC0000NO, NNF: 94080770:“Es falsa la declaración juramentada efectuada por quien demanda en el promocional en el sentido que no ha entablado recurso sustentando la misma pretensión. La carta-documento dirigida por la recurrente al Consejo General de Educación constituye la articulación de un recurso en sede administrativa. No cabe otra interpretación de los términos con la que la amparista se refiere a la Resolución N°70/94 del Jurado de Concursos de la demandada, atribuyéndole violación al artículo 25 y concordantes de la Resolución N°862/90. De ese modo, el amparo se encuentra afectado por la causal de inadmisibilidad del inciso b) del artículo 3° de la Ley de Procedimientos Constitucionales que impide el deambular simultáneo por la vía administrativa y de este remedio, cuando el escogimiento voluntario por la actora de ese ámbito administrativo importa su reconocimiento de ser apto el camino ordinario sin necesidad de tener que acceder a esta garantía heroica, excepcional y residual”.

## Exención de sellados. Plazos corridos

La pretensión será *inadmisibile formalmente*, cuando:

- a) existan otros procedimientos judiciales<sup>102</sup> o administrativos<sup>103</sup> que permitan obtener la protección del derecho o garantía de que se trate, salvo que, por las circunstancias, resulten manifiestamente ineficaces e insuficientes para la protección del derecho conculcado, lo cual da cuenta del carácter subsidiario de estas pretensiones<sup>104</sup>;
- b) se hubiera promovido otra pretensión o recurso sobre el mismo hecho o se halle pendiente de resolución<sup>105</sup>;
- c) la demanda no se hubiere presentado dentro de los treinta días corridos a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado, o debió producirse, o de la fecha en que se conoció o pudiesen conocerse sus efectos por el titular del interés o derecho lesionado, o a partir

---

<sup>102</sup> Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala I en lo penal (STEntreRíos)(SalaIPenal), fallado el 20 de septiembre de 1997, in re: “Bertoli, Aurelia T. y otro c. Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos”, *LL, Litoral* 1998-2, 396, Cita Online: AR/JUR/4734/1997: “Como ha sostenido esta sala penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, "...si la lesión constitucional denunciada puede ser reparada por las vías ordinarias -administrativas o judiciales-, aun a través de un más elongado proceso, es indudable que la vía excepcional del amparo, ejecución o prohibición no puede ser admitida, porque el proceso sumarísimo previsto para ellas restringe de manera evidente y significativa las posibilidades de conocimiento y de ejercicio de los derechos de defensa, prueba y alegación en pos de la celeridad en los casos en que esta es indispensable como único medio para reparar el avasallamiento de derechos o garantías constitucionales, y así ha sido receptado y consagrado en la reglamentación procedimental de la ley 8369 (arts. 3º y 29º) ("in re": "Rodríguez Signes", 11/2/91)".

<sup>103</sup> SCPA01 87 S 5-9-1994, Juez Carubia (SD), in re: “Tepsich, Carlos Federico c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ Acción de Amparo”. Mag. votantes: Carubia-Carlín- Chiara Díaz. Trib.de origen: JC0008PA, NNF: 94080450: “Habiendo decidido libremente la actora en la tramitación administrativa e instar su definición con el mismo e idéntico interés que impulsa su pretensión de autos, resulta obvio que la situación queda alcanzada por la expresa causal de inadmisibilidad que, para la acción de amparo, establece el artículo 3º, inciso b) de la Ley N°8369 y que razonablemente impide la posibilidad de una doble decisión, en distintos ámbitos de competencia, sobre el mismo e idéntico asunto”.

<sup>104</sup> SCPA01 146 S 6-3-1995, Juez Carubia (SD), in re: “Garelli, Raúl Martín y Otros c/ Caja de Jubilaciones y Pensiones de Entre Ríos s/ Amparo. Mag. votantes: Carubia -Carlín - Chiara Díaz, NNF: 95080001: “Aun cuando la ley local supedita la admisibilidad del amparo a la inexistencia de ‘otros procedimientos judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía de que se trate’ (artículo 3 inciso a) de la Ley 8.369), es la misma norma la que condiciona la subordinación o la alternativa de su procedencia a la constatación de la manifiesta eficacia o suficiencia de las otras vías para la protección del derecho conculcado, conforme a las circunstancias del caso, lo cual ha sido reiteradamente entendido por este Tribunal en el sentido de que la existencia de vías procedimentales ordinarias solo desbaratan la posibilidad de acceder al procedimiento de amparo si se comprueban idóneas para brindar, según las circunstancias concretas del caso, una adecuada, total y oportuna reparación al derecho cuya conculcación se denuncia”. La exclusión del amparo, cuando exista una vía administrativa idónea, deviene en inconstitucional por ser, el amparo una garantía federal (art.43 C.N.), a diferencia de los “mandamientos” que son garantías constitucionales locales.

<sup>105</sup> SCPA01 134 S 30-9-1996, Juez Carubia (SD), in re: “Romero, Juan José A. c/ Municipalidad de Gualeguaychú s/ Acción de Amparo”. Mag. votantes: Carubia - Chiara Díaz – Carlín, NNF: 96080013: “Tanto en la regulación de los Decretos 2582/46 y 1640/63 como en la actual, establecida por los artículos 3, 6 y 24 de la Ley 8369/90, se ha receptado con toda contundencia el principio de no ser aceptable el deambular simultáneo en sede judicial y administrativa en procura de un mismo objetivo, reafirmando el carácter excepcional, residual y heroico del remedio extraordinario del amparo y, de ahí, su incompatibilidad con el acceso a otra vía sustitutiva, ya que el hacerlo implica admitir que no era menester la ocurrencia a esta garantía heroica, sirviéndole otros procedimientos que el propio accionante estimó idóneos para la protección de su libertad conculcada (artículo 3 inciso a) de la Ley 8.369)”.

de la notificación; todo ello, según los casos<sup>106</sup> (art.3º);

d) la violación de la ley u ordenanza no aparece evidente<sup>107</sup>;

e) el acto del funcionario o corporación depende de su apreciación o arbitrio (art.29), lo cual exige que el acto sea propio de la actividad administrativa reglada, a diferencia del amparo, que comprende tanto la actividad reglada como la discrecional de la Administración y, también, los actos u omisiones de particulares.

Por otra parte, cuando una misma decisión, hecho, acto u omisión afecte el derecho de varias personas, se podrá optar por el órgano jurisdiccional que hubiere prevenido y disponerse la acumulación de autos en su caso (art.5º).

En las pretensiones de ejecución y prohibición no podrán articularse cuestiones de competencia, excepciones previas<sup>108</sup> ni incidentes (art.22), aunque, por el sistema difuso de fiscalización constitucional argentina, podría deducirse el incidente de inconstitucionalidad.

Solo se admite la recusación con causa. El actor la podrá articular en el escrito de demanda o en su primera presentación. El demandado lo podrá hacer en su primera presentación, antes o al tiempo de la contestación del mandamiento. Si la causal fuera sobreviniente solo podrá hacerla valer dentro de las veinticuatro horas de haber llegado a conocimiento del recusante y antes de quedar el expediente en estado de sentencia (art.5º bis).

Las actuaciones estarán exentas de sellado y todo otro impuesto (art.23). Todos los días y horas se consideran hábiles para la tramitación de la acción (art.19); no se admite

---

<sup>106</sup> SCPA01 204 S 7-7-1995, Juez Carubia (SD), in re: "Piacenza, Santiago Armando c/ Dirección de Arquitectura y Construcciones de la Pcia. de E.Ríos s/ Acción de Amparo. Mag. votantes: Carubia - Carlomagno - Berlari. NNF: 95080009: "Si existe una lesión jurídica de tal naturaleza, en la que el titular del derecho afectado puede esperar más de treinta días para intentar su reparación, indudablemente la supuesta afectación jurídica no es tal o no reviste entidad, gravedad y urgencia suficiente para habilitar el acceso a la vía excepcional en cuestión". STJER Ad Hoc, in re:"Rodríguez Monzón, Héctor-Su Acción de Amparo" L.A.S.1986 p.106, fallado el 9 de mayo de 1986, ver JER, Tº 14, p.128, Delta Editora, citado en Béhéran Roberto, ob.cit., p.184:"Tratándose de haberes jubilatorios, el plazo de 30 días para la deducción de la Acción de Amparo debe computarse a partir de la fecha del mes de pago del haber y en el cual se omite abonar a los actores la proporción correspondiente del plus otorgado a los magistrados judiciales en actividad. Cada omisión en el pago fija un punto de partida para el plazo de admisibilidad de la acción".

<sup>107</sup>Palacio, Lino Enrique "La acción de amparo (Su régimen procesal)", L.L. 96, 867 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales, t. IV, 01/01/2008, p.289: "Jorge Aja Espil, en el trabajo ya citado, recuerda que, según la jurisprudencia americana relativa al *mandamus* y al *injunction*, "la violación de la Constitución debe ser tal que el juez experimente una fuerte y clara convicción —*a clear and strong conviction*— de la misma, no bastando que repugne al espíritu de la Constitución". STJER, Sala Penal, en fallado el 11 de octubre de 1991 in re:"Cabrera, Manuel D. y Otros c/Secretaría de Salud de la Pcia.y Gobierno de la Pcia.de E.R.-Acc.de Amparo", citado en Béhéran, Roberto, ob.cit., p.313:"En consecuencia, apareciendo evidente la violación normativa por parte de las accionadas y no dependiendo el cumplimiento del acto de la apreciación o arbitrio de la Administración, corresponde hacer lugar a la demanda que debe encuadrarse como de ejecución en razón de la operatividad en el caso del principio *iura novit curia* y proceder conforme lo previsto en el art. 30º de la ley 8369..." (Voto Dr.Carubia, adhesión Dres.Chiera Díaz y Caminoa).

<sup>108</sup> SCPA01 150 S 23-3-1995, Juez Carubia (SD), in re: "Caino de Celli, María Angélica c/ Consejo General de Educación de Entre Ríos s/ Amparo". Mag. votantes: Carubia - Carlín - Chiera Díaz, NNF: 95080003: "Estando expresamente vedada en el proceso de amparo la posibilidad de articular excepciones previas (cfme.: artículo 22 de la Ley 8.369), el planteo de la demandada como cuestión previa a resolver en la sentencia y con carácter de defensa, aparece formalmente adecuado a la naturaleza de la cuestión litigiosa, y siendo doctrina pacífica y reiterada de esta Sala que en el proceso de amparo el Tribunal *Ad quem* se encuentra suficientemente habilitado para examinar, aun de oficio, el cumplimiento de los recaudos y presupuestos de admisibilidad y procedencia del remedio constitucional intentado, incluso supliendo las omisiones o corrigiendo los vicios en los que hubiera incurrido el magistrado de primer grado".

plazo de gracia<sup>109</sup>.

### II.6.5.- Mandamiento e informes

Cuando el juez encuentre formalmente admisible la pretensión<sup>110</sup>, despachará mandamiento para que la autoridad o corporación a quien va dirigido informe dentro del término que le fije, que no podrá exceder de tres (3) días, sobre la exactitud del hecho que motivó la demanda, y, en caso afirmativo, la razón en que se funda su actitud.

En aquel, se hará saber a la accionada, bajo sanción de nulidad, que la recepción del mandamiento *importa el traslado correspondiente y la oportunidad para ser oída.* (art.8°).

En el mandamiento, el magistrado podrá ordenar el cese de los efectos del acto impugnado. Esta y toda otra medida impartida deberá ser inmediatamente obedecida (art.9°).

Los pedidos de informes y mandamientos judiciales extendidos en las pretensiones de ejecución y de prohibición serán cumplidos por los funcionarios, corporaciones, empleados públicos en el modo y el plazo que aquellos establezcan, sin que valgan la excusa de obediencia debida ni otra alguna. El incumplimiento determinará la comisión de un acto de naturaleza grave, causal de cesantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal (art.21).

La fijación de estas sanciones estimula de un modo práctico a que los demandados cumplan de inmediato y, a la vez, evitan los mandamientos “reiteratorios” de un modo acorde con el trámite comprimido de estos procesos.

### II.6.6.- Contestación de demanda, producción de pruebas y medidas cautelares

Con la contestación<sup>111</sup>, se ofrecerá la prueba. Se acompañará, asimismo, copia autenticada de las actuaciones administrativas que existieren y se podrá requerir de inmediato al juez la continuidad de los efectos, lo que se fundamentará en hechos claros demostrativos de que la medida adoptada por los magistrados producirá un daño grave para el interés público (art.10).

Si se negare la exactitud de los hechos o actos denunciados, o no habiéndose

---

<sup>109</sup> TSJE, in re: “Maciel, Tomás A.-Interpone Recurso de Amparo” L.A.S. 1968 f°23; ídem “Abdo de Minchiotti, Nélide R.c/I.A.P.V.-Recurso de Amparo”; L.A.S.1968 f° 23; ídem “Creppy, Heber-Rec.de Amparo” L.A.S.1985 f° 91, ver JER, T° 10, pág.74, Delta Editora, citados en Béhéran, Roberto, ob.cit., p.199.

<sup>110</sup> SCPA01 155 S 14-3-1996, Juez Carubia (SD), in re: “ U.P.C.N. c/ Superior Gobierno de la Pcia. de E.Ríos s/ Acción de Amparo (y su Acumulada:A.G.M.E.R. c/Sup. Gno. de la Pcia. de E.R.-Acción de Amparo).Mag. votantes: Carubia – Chiara Díaz – Nesa, NNF: 96080028: “Las circunstancias de haberse tenido ‘ por promovida’ la acción en la primera providencia dictada en autos y de no verse cuestionada la legitimación procesal de la actora por la contraparte al contestar la demanda no constituye un acto preclusivo de admisión de tal extremo que resulte vinculante para el órgano judicial en el proceso, toda vez que -como lo señala el Fiscal Adjunto del Superior Tribunal, con apoyo en doctrina- la *legitimatío ad processum* concierne a uno de los presupuestos indispensables para que se constituya válidamente la relación jurídica procesal, ella atañe al orden público y permite la intervención oficiosa del Tribunal en cualquier etapa de grado del procedimiento, aun cuando la cuestión no haya sido presentada como excepción por la contraparte”.

<sup>111</sup> SCPA01 158 S 28-3-1996, Juez Carubia (SD), in re: “Steimbrecer, Elsa B. y Otros c/ Consejo General de Educación s/ Acción de Ejecución”. Mag. votantes: Carubia - Chiara Díaz – Carlin, NNF: 96080030:“La vigencia del principio de bilateralidad en los procesos de excepción, como el de la acción de amparo, no apuntan a avalar una innecesaria ordinarización del procedimiento, sino a reafirmar la imprescindibilidad de permitir la audiencia del demandado y el ejercicio de su derecho de defensa frente a las posturas doctrinarias y jurisprudenciales que otorgaban naturaleza "unilateral" al trámite del amparo”.

evacuado el informe correspondiente, el juez podrá ordenar, dentro del término en que debe dictar resolución, las diligencias probatorias solicitadas y las medidas que crea convenientes para mejor proveer.<sup>112</sup>.

Las pruebas deben estar producidas e incorporadas en un plazo de diez días y al tribunal interviniente corresponderá adoptar las providencias del caso para que las diligencias se practiquen dentro de dicho plazo, el que no admitirá ampliación (art.11).

Habiéndose evacuado o no el pedido de informes<sup>113</sup> o, en su caso, vencido el período de prueba, se dictará sentencia dentro del plazo de tres (3) días (art.12).

En cualquier momento de la instancia, si hubiere principio o inminencia de lesión grave, el juez que intervenga podrá ordenar las medidas para impedir la o hacerla cesar. En este caso, podrá ordenar que el actor dé fianza suficiente para responder de los daños que dichas medidas ocasionaren (art.13).

### **II.6.7.- La sentencia y los recursos**

La sentencia que conceda la ejecución o prohibición deberá decidir: a) Sobre la mención concreta de la conducta a cumplir por el funcionario público, por el órgano del Poder Judicial en función administrativa, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución; b) El plazo para el cumplimiento de lo resuelto (art.14).

Si se hace lugar a la pretensión de ejecución, la sentencia condenará al funcionario o corporación para que proceda a su inmediata ejecución, y se libraré el correspondiente mandamiento; en el caso de la pretensión de prohibición, se condenará al funcionario o corporación para que se abstenga y suspenda de inmediato los efectos de su acto. En ambos casos, se librarán los correspondientes mandamientos (art.30).

Si la pretensión es rechazada por defectos meramente formales, con la única excepción de los que hagan a su extemporaneidad, y sin haberse expedido el órgano jurisdiccional sobre la cuestión de fondo, *renace el plazo para la interposición de los recursos administrativos que, en tal supuesto, se reputarán suspendidos por la interposición de las pretensiones de ejecución y de prohibición* (art.24)<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> SCPA01 158 S 28-3-1996, Juez Carubia (SD), in re: “Steimbrecer, Elsa B. y Otros c/ Consejo General de Educación s/ Acción de Ejecución”. Mag. votantes: Carubia -Chiara Díaz- Carlín. NNF: 96080030: “Los planteos formulados por esta vía heroica deben presentar una palmariedad tal que torne innecesario un procedimiento de profunda investigación y prueba, pudiendo destacarse entre las peculiaridades del procedimiento escogido por la actora, que el marco de contradicción entre las partes durante la Primera Instancia queda limitado a la demanda de la actora y el informe y contestación de la contraparte, no previendo la acción -salvo la potestad excepcional del Juez de abrir a prueba- otro tipo de contradicción entre las partes, sustanciación alguna ni traslado de la documental aportada por la demandada”.

<sup>113</sup> SCPA01 112 S 4-11-1994, Juez Carlín (SD) in re: “Traverso de Ormaechea Julieta E.C. c/ Consejo Gral. de Educación s/ Acción de Amparo”. Mag. Votantes: Carlín - Carubia - Chiara Díaz. Trib. de origen: JC0000NO. NNF: 94080770: “La no remisión en materia de amparo a las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial no ha sido caprichosa en el régimen de la Ley 8369/90; de ahí que la omisión -incluso- de responder al mandamiento no tiene los efectos propios de la incontestación de la demanda en el procedimiento civil”.

<sup>114</sup> Cfr. BEHERAN, Roberto, ob.cit., p.354: “Este artículo está inspirado en la ponencia presentada por el Dr. Darío A. Quiroga –Abogado paranense y ex -Ministro de Gobierno de la Provincia de E.Ríos-en el V Congreso Provincial de Derecho de E.Ríos (Celebrado en Paraná, los días 6, 7 y 8 de Octubre de 1988), como lo reconoce el Dr. Carlín, actual integrante de la Sala Penal del STJER, al afirmar que:”La Comisión respectiva del H. Senado de la provincia que revisó, corrigió y amplió el proyecto respectivo, recepcionó la propuesta de dicho artículo cuya autoría correspondió a una sugerencia del Dr. Darío Alberto V. Quiroga”, Cfr. voto del Dr. Carlín, in re: “Bigatti., Orlando Daniel c/Municipalidad de C- del Uruguay-Ac.de Amparo”, -Juzg. de Instrucción N° 1 –C. del Uruguay, del 22/12/1992 (...) Al dictarse la ley n° 8369, el Dr. Carlín era presidente del Senado de la Pcia. de E.Ríos).

Solo *serán apelables* la sentencia definitiva y el rechazo de la acción por inadmisibles<sup>115</sup>. El recurso tendrá efecto devolutivo, pero el Tribunal de Grado podrá disponer de oficio la suspensión de la decisión recurrida (art.15), dejando esta posibilidad a la discreción del magistrado y no al criterio del legislador, como una consecuencia de la necesidad de un manejo flexible del instituto.

*El recurso de apelación, que importará el de nulidad*<sup>116</sup>, deberá interponerse dentro de las veinticuatro horas de notificada la resolución impugnada, debiendo concederse o denegarse dentro de las veinticuatro horas.

El expediente deberá ser elevado a la sala de Procedimientos Constitucional y Penal del Superior Tribunal de Justicia dentro de las veinticuatro horas de ser concedido. Las partes, dentro del tercer día de concedido el recurso, podrán presentar un memorial<sup>117</sup>.

La alzada podrá disponer medidas para mejor proveer que sean compatibles con la sumariedad del procedimiento. La causa deberá ser resuelta dentro de los cinco (5) días de hallarse en estado, previo dictamen del fiscal (art.16).

---

<sup>115</sup> SCPA01 126 S 16-7-1996, Juez Carubia (SD) in re: “Felici, Eduardo Cesar c/ Gobierno de Entre Ríos y Caja de Jubilaciones y Pensiones de E.Ríos s/ Acción de Amparo”. Mag. votantes: Carubia - Carlín - Turano. NNF: 96080006: “Huelga señalar que el quejoso no pretende la apertura de un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia definitiva, ni contra una resolución que rechace la acción de amparo por inadmisibles, pero no puede perderse de vista que ha planteado la nulidad de la notificación que se le cursara de la sentencia definitiva adversa. Obviamente, ello implica y evidencia el manifiesto interés de la parte de mantener vigente su poder de impugnación contra el acto -sentencia definitiva- que denuncia inválidamente notificado, y el rechazo de su pretensión nulidicente conlleva implícito el impedimento de ejercer ese poder impugnativo contra la sentencia definitiva. Dadas las especiales características absolutamente peculiares de este proceso y tratándose de la parte amparista, el recurso de apelación deducido contra el auto que rechaza el planteo de nulidad de la notificación de la sentencia debe necesariamente asimilarse y equipararse, por su finalidad y efectos, a la propia impugnación de la sentencia definitiva, toda vez que su consecuencia más trascendente es, precisamente, obstruir la posibilidad de concretar ese ataque recursivo, y no resulta razonable privar a la parte del acceso a la instancia *ad-quem* para que en esta pueda verificarse el acierto o el error del decisorio del que deriva, como su más significativa y gravosa consecuencia, el perjuicio del derecho recursivo básico y elemental de la parte en todo proceso democrático: la impugnación de la sentencia adversa, máxime tratándose de quienes denuncian en autos la violación de sus derechos fundamentales”.

<sup>116</sup> SCPA01 112 S 4-11-1994, Juez Carlín (SD) in re: “Traverso de Ormaechea Julieta E.C. c/ Consejo Gral. de Educación s/ Acción de Amparo”. Mag.votantes: Carlín - Carubia -Chiara Díaz. Trib. de origen: JC0000NO. NNF: 94080770. “Que los vicios existentes pueden ser expurgados a través del recurso de apelación sin necesidad de recurrir al extremo de la nulidad, ya que, como lo ha dicho esta Sala con reiteración, la Ley 8369 ha conferido jurisdicción plena al órgano de segunda instancia con la sola interposición y concesión del recurso, colocándolo en similar situación al del *a-quo* en relación al *thema decidendi* (cfr., entre otros, "Aguirre c/Sup. Gob. de la Prov. de Entre Ríos – Acción de Amparo”, 24/II/93), ejerciendo no solo del *iudicium rescindens*, que le permite la destrucción o revocación de lo resuelto en sede inferior, sino también del *iudicium rescissorium*, que le autoriza a reemplazar lo resuelto por otra decisión ajustada a derecho.- una declaración nulificante en la presente, sin perjuicio de poder apuntar –al igual que el Fiscal General—que el *a quo* reiteradamente se aparta de la estricta observancia de las normas procedimentales específicas, provocando una notoria ordinarización del procedimiento, en directo detrimento de la celeridad y sumariedad que impone el texto legal adjetivo en procura de satisfacer la especial naturaleza de la Acción de Amparo de modo compatible con el espíritu inspirador de su consagración constitucional, siendo dable advertir la existencia de inconcebibles demoras en el dictado de resoluciones de trámite e interlocutorias, así como lapsos de inactividad procesal, francamente desnaturalizantes del procedimiento excepcional tramitado; además de la –como mínimo- opinable oportunidad en que se dio intervención al Ministerio Fiscal en la Instancia anterior”.

<sup>117</sup> SCPA01 144 S 8-2-1996, Juez Carubia (SD) in re: “De Gregorio, Roberto Cesar c/ Municipalidad de Paraná s/ Acción de Amparo”. Mag.votantes: Carubia -Chiara Díaz –Carlín. NNF: 96080018: “En relación a la presentación de memoriales, sabido es que el dispositivo legal del artículo 16 segundo párrafo de la Ley 8.369 establece con precisión el comienzo del cómputo del plazo para la presentación de los mismos ante la Alzada a partir de la fecha de concesión del recurso de apelación sin otorgarle trascendencia alguna para ello al acto de la notificación de tal resolución”.

Es de destacar, como una peculiaridad de este sistema procesal, que interpuesto el recurso de apelación, el Superior Tribunal de Justicia asume una competencia plena de examen y de resolución del caso:

Conviene, *ab initio*, recordar que por la índole extraordinaria de la Acción de Amparo, reconocida en los términos de los arts. 1º, 25º y 26º de la Ley nº 8369/90, la concesión del Recurso de Apelación conlleva la asunción por el Tribunal de Alzada de una competencia jurisdiccional plena, a través del efecto devolutivo, que lo coloca en situación idónea, en una aptitud similar a la del órgano actuante en primera Instancia, para examinar y resolver todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en la demanda, aun las no consideradas en la impugnación, que alcanzan a circunstancias impeditivas o extintivas de las pretensiones del actor sin quedar limitado por lo resuelto en la decisión apelada o por el comportamiento del apelante<sup>118</sup>.

Por una parte, la ley reglamentaria restringe, en comparación con el proceso ordinario, las facultades procesales en virtud de la naturaleza comprimida de esta clase de procesos, pero, por otra, amplía la competencia de la alzada, si se la compara, por ejemplo, con la ley nacional de amparo, para un mayor control, con lo cual potencia a la jurisdicción protectora.

En caso de que fuera denegado, entenderá la Sala en lo Penal y Constitucional del Superior Tribunal de Justicia en el *recurso directo* que deberá articularse dentro de los tres (3) días siguientes de ser notificada la denegatoria (art.17).

La sentencia que recaiga en las pretensiones de ejecución y de prohibición solo hará cosa juzgada formal, quedando subsistentes las acciones y recursos que correspondan (art.18).

Si bien para estos procesos no está reglamentado *el recurso de revocatoria*, el Superior Tribunal de Justicia lo ha admitido<sup>119</sup>.

Las costas se impondrán al vencido, pero podrá eximirse en todo o en parte si se hallare mérito para ello (art.20).

Finalmente, procede el *recurso extraordinario federal* (art.14, ley 48) cuando se trate de impugnar una sentencia definitiva, o equiparable a esta, que ponga fin al pleito, o impida su prosecución, o cause gravamen irreparable, de imposible o insuficiente reparación posterior para el recurrente.

La resolución recurrida debe provenir del Superior Tribunal de la causa; y, en todos los supuestos, debe mediar cuestión federal suficiente<sup>120</sup>.

## II.7.- Consideraciones finales

En la introducción, se ha señalado que el objetivo del presente trabajo consiste en describir a las acciones de ejecución y de prohibición de Entre Ríos por existir una necesidad doctrinaria de difundirlas en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. Más

<sup>118</sup> STJER, Sala penal, Voto Dr. Chiara Díaz, fallado el 10 de septiembre de 1993, in re: "Solari, María Elena c/Caja de Jubilaciones y Pensiones de la provincia-Acción de Amparo" (Juzg. Civ. y Com. nº 5, Paraná), adhesión Dres. Carubia y Carlín, citado en Béhéran, Roberto, ob.cit., p.234.

<sup>119</sup> STJER, Sala Penal, fallo del STJER, fallado del 19 de marzo de 1990, in re: "Farmacia Libertad Soc. en Com. por Acciones-Incidente e Nulidad de Actos procesales-Acción e Amparo-Recurso de Reposición" (Incidente), sentencia dividida con voto mayoritario de los Dres. Carubia y adhesión del Dr. Chiara Díaz, y disidencia de la Dra. Venus Caminoa, citado en Béhéran, Roberto, ob.cit., p.229: "...corresponde en primer lugar reafirmar la admisibilidad del recurso de reposición deducido en virtud del su acogimiento jurisprudencial en los hechos cuando ha sido interpuesto contra resoluciones de este Tribunal en procesos de amparo (ver: "Tracto Diesel S.C.C. c/Sup. Gob. de la Pcia.-Rec. de Amparo", 22/9/87, y "Emp. Ciudad de Gualaguaychú c/P.E. Pcial.-Amparo", 22/9/87), no existiendo limitación alguna en la legislación vigente respecto de su procedencia contra resoluciones de Tribunales Colegiados".

<sup>120</sup> Cfr. BEHERAN, Roberto, ob.cit., p.263.

adelante podrán realizarse estudios, en los cuales se presenten hipótesis de trabajo sobre cuestiones particulares.

Desde una *perspectiva histórica*, la Constitución de 1933 fue pionera en materia de garantías instrumentales, juntamente con la de Santa Fe de 1921. Los constituyentes tuvieron la lucidez de crear el amparo dentro del habeas corpus y los mandamientos de ejecución y de prohibición; en este último caso, como un despliegue concreto del control jurisdiccional de la actividad de la Administración Pública a fin de mantener la “soberanía de la Constitución”.

La influencia que tuvo, en la elaboración de los arts. 25, 26 y 27 del texto político básico, el pensamiento de Sánchez Viamonte respecto del corpus como garantía instrumental de todos los derechos constitucionales; la reseña de Sampay respecto de los casos de habeas corpus planteados para proteger derechos que no sean la libertad física y, fundamentalmente, el proyecto de los Dres. Thedy y Correa, presentado en la Convención Constituyente de la provincia de Santa Fe de 1920, donde se puso de relieve que “las simples declaraciones de derechos sin proporcionar los medios necesarios para hacerlos efectivos, la falta de garantías prácticas contra los abusos administrativos, han constituido una de las fallas indiscutible de nuestra organización institucional”, y que las acciones civiles o criminales, también se destaca, “no son, en la mayor parte de los casos, recursos adecuados para amparar y asegurar su ejercicio”. Todas estas posturas dan razones de la voluntad constituyente y demuestran que, en este tipo de casos, el proceso ordinario es deficiente, principalmente por lento y por la subsiguiente sentencia tardía. En consecuencia, compete a la doctrina, para una verdadera evolución del derecho, proponer un diseño afinado para una “tutela judicial efectiva” en todos los procesos, pero especialmente en los procesos constitucionales y en los *constitucionalizados*.

Por otra parte, los primeros fallos del Superior Tribunal de Justicia, durante el período de falta de reglamentación de estas garantías, pusieron de manifiesto el estrecho vínculo entre las normas constitucionales y los jueces. Los constituyentes sostuvieron que para “amparar la soberanía de la Constitución nuestro Poder Judicial se halla investido de la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes (...) parece estrictamente razonable y jurídico (...) crear el control jurisdiccional sobre la acción administrativa (...) en términos rápidos, enérgicos, eficientes”. Lo cual revela, en gran medida, y en fórmula anglosajona, que “el derecho es lo que los jueces dicen que es”, aunque, ciertamente, con tensiones con la ley como fuente principal del sistema *civil law*, propio de un Estado “legicéntrico”. De ahí, surge el conflicto histórico entre supeditar la aplicación de normas constitucionales a la reglamentación del Poder Legislativo, acaso el proceso de amparo, o aplicarlas operativamente.

Desde una *perspectiva fáctica*, se observa el desempeño de los abogados y jueces locales durante el largo período de falta de reglamentación de los “mandamientos” cuando, en las demandas y en las sentencias, se invocaban y aplicaban directamente los arts. 25, 26 y 27 de la Carta entrerriana como consecuencia práctica de “afianzar la justicia”. Con la deficiente reglamentación del decreto-ley 2582/46 y su complementario, se tramitaron amparos por los carriles de los trámites de los procesos de ejecución y de prohibición, lo que originó una confusión teórica sobre la configuración de la naturaleza del amparo y los mandamientos. Sin embargo, las sentencias fueron satisfactorias para toda esa gama de casos. Pero solo con la sanción de la ley n° 8369/90, el legislador aclara cuáles eran los trámites específicos para cada una de esas pretensiones; para las de ejecución y de prohibición, reguló el trámite supletorio de las reglas del amparo, reflejando, de este modo, la larga tradición entrerriana en la materia.

Desde *una perspectiva normológica*, o de la elaboración de las normas, se receptaron estas figuras a *nivel constitucional*; primero, en el Estatuto de 1933; segundo, en su reforma de 2008, en la cual se las mantiene, lo que puso de manifiesto los progresos sucesivos de la jurisprudencia.

En el *nivel legislativo* del decreto-ley n° 2582 y su complementario, se propuso reglamentar “los Recursos de Amparo creados por los arts. 26 y 27 de la Constitución Provincial”, pero en su texto se habla, en general, de demanda de ejecución o de prohibición, omitiendo toda alusión al art.25 de la misma Carta, que consagraba al amparo dentro del habeas corpus; en su art. 11, se agregaba que: “Todos los días y horas son hábiles para la tramitación del Recurso de Amparo”.

En consecuencia, ese decreto asimiló a los institutos, los confundió; incurrió en el defecto de técnica legislativa de no distinguirlos claramente para una adecuada tramitación, tal como la ley n° 8369/90 se ocupó de deslindar.

Es de destacar que en la interpretación que hace el Superior Tribunal de Justicia de los arts. 15 y 16, el recurso de apelación “conlleva la asunción de una competencia jurisdiccional plena a través del efecto devolutivo”, lo cual le permite “examinar y resolver todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en la demanda”, incluso “las no consideradas en la impugnación, en una aptitud similar” a la del juez de grado, dada la “índole extraordinaria de la Acción de Amparo” y de las acciones de ejecución y de prohibición.

De esta manera, se dilata el control de la sentencia y se fortalece a la jurisdicción protectora, por lo que este criterio merece con justicia su consideración, en materia de amparo, para futuras reformas legislativas en todo el país.

Por otra parte, si bien por el principio *iura novit curia* se califica a las demandas de amparo como de ejecución o de prohibición, según los hechos alegados, sería conveniente, a la inversa, mejorar la ley local, previendo un trámite de intimación judicial, para subsanar los defectos formales que exhiba la demanda, como así también la convertibilidad de la “acción”, tal como prescribe el paradigmático Código Procesal Constitucional de Tucumán<sup>121</sup> a fin de consolidar el adecuado funcionamiento de la jurisdicción protectora.

Desde *una perspectiva axiológica o estimativa*, se advierte que el valor jurídico supremo de la justicia, coadyuvado por el valor jurídico “efectividad”, ha tenido una satisfactoria realización en los casos judiciales desde la sanción misma de la Constitución de 1933 hasta el día de hoy.

No obstante, debe señalarse que la jurisprudencia es sumamente estricta en cuanto al carácter subsidiario que le asigna a las acciones de amparo, de ejecución y de prohibición respecto a los remedios administrativos. En el supuesto del amparo, al ser una garantía federal, carece de validez constitucional (art.43 C.N.), en los otros supuestos, ya que se trata de garantías locales; el criterio debería ser flexibilizado,

---

<sup>121</sup> Art.16: “El Tribunal debe proveer de inmediato las medidas necesarias para subsanar los defectos formales de un habeas corpus o de un amparo.

Si la presentación es oscura, de manera que no puede establecerse claramente el hecho que la motiva, o no llena los requisitos indicados, el Tribunal, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de recibida, si lo considera necesario, puede intimar al presentante para que en el término perentorio que le fije, que no puede exceder de las setenta y dos (72) horas, aclare los términos de su demanda o corrija defectos, los cuales deben señalársele concretamente en la misma resolución. Si el peticionante no lo hace, la presentación es rechazada de plano. Art.17: “Cuando el Juez, al conocer el asunto advierta que no se trata de un habeas corpus, sino de un amparo, o viceversa, así lo declara y prosigue la tramitación de conformidad a lo establecido por esta ley. El Juez, si lo estima necesario, puede conceder al interesado un término de hasta tres (3) días para que convierta la acción. Si este no lo hiciere resolverá el asunto conforme a derecho”.

teniendo en cuenta que tanto la letra de los arts. 58 y 59 de la Constitución entrerriana como la voluntad constituyente en nada condicionan a las pretensiones de ejecución y de prohibición.

Corolario de lo expuesto: se sugiere para una próxima reforma procesal en el ámbito de la Nación incorporar a las acciones de ejecución y de prohibición, porque de esta manera, a la par de constituir a un concreto “medio judicial idóneo” respecto al amparo (que tan dividida tiene a la doctrina) serviría para optimizar los controles a la actividad reglada de la Administración Pública (amplia, pero determinada legalmente) por parte de jueces *impartiales* e imparciales, en épocas en que urge fortalecer el debido funcionamiento de las instituciones republicanas.

### III.- Apéndice

Extracto de la sentencia “Marbury vs. Madison” (SC Estados Unidos, 1803/02/24) en cuanto se examina, en ese caso, si es procedente el *writ of mandamus*.

“Resta considerar: ¿le corresponde el remedio que solicita? Ello depende de:

- a) la naturaleza de la medida que solicita, y
- b) el poder de esta Corte.

Si la medida solicitada fuera concedida, debería dirigirse a un funcionario del gobierno, y su contenido consistiría, usando las palabras de Blackstone, en ‘una orden de hacer algo en particular allí especificado, que atañe a su cargo y deberes y que la Corte ha determinado previamente o, al menos, supuesto que es correcto y ajustado a derecho’. O bien, en las palabras de Lord Mansfield, el solicitante, en este caso, tiene un ‘derecho a ejecutar un cargo de interés público, y es privado de la posesión de ese derecho’. Estas circunstancias ciertamente se dan en este caso.

Pero, para que el mandamiento -la medida solicitada- surta los efectos deseados debe ser enviada a un funcionario al cual pueda serle dirigida sobre la base de los principios legales; y la persona solicitante de la medida debe carecer de otro recurso legal específico.

Respecto del funcionario al cual se dirigiría la medida, la íntima relación política que existe entre el presidente de los EE.UU. y los titulares de los ministerios hace particularmente fastidiosa y delicada cualquier investigación legal de sus actos, y hasta puede dudarse de que corresponda llevar a cabo tales investigaciones. Es común que la gente, en general, no reflexione ni examine a fondo las impresiones que recibe y, desde tal punto de vista, no sería conveniente que en un caso como este se interprete la atención judicial del reclamo de un particular como una forma de intromisión en la esfera de prerrogativas exclusivas del Poder Ejecutivo.

No es necesario que la Corte renuncie a toda su jurisdicción sobre tales asuntos. Nadie sostendría tan absurda y excesiva extravagancia ni por un momento. La competencia de la Corte consiste, únicamente, en decidir acerca de los derechos de los individuos y no en controlar el cumplimiento de los poderes discrecionales del presidente o sus ministros. Los asuntos que, por su naturaleza política o por disposición constitucional o legal, están reservados a la decisión del Ejecutivo no pueden ser sometidos a la opinión de la Corte.

Pero, si no se tratara de un asunto de tal naturaleza; si, lejos de constituir una intrusión en los asuntos propios del gabinete, estuviera únicamente vinculado con un papel cuya obtención la ley permite solo a condición del pago de 10 centavos; si ello no supusiese intromisión alguna en materias sobre las cuales se considera al Ejecutivo como no sujeto a control alguno:

¿qué habría en la alta condición del funcionario que impidiera a un ciudadano reclamar sus derechos ante un tribunal de justicia, o que prohibiera a este atender el reclamo, o expedir una orden mandando el cumplimiento de una obligación no dependiente de los poderes discrecionales del Ejecutivo, sino de actos particulares del Congreso y de los principios generales del derecho?

Si uno de los titulares de los departamentos de Estado comete un acto ilegal amparándose en su cargo, dando lugar a un reclamo de un ciudadano afectado, no puede sostenerse que su cargo, por sí solo, lo exima de ser juzgado por el procedimiento ordinario y obligado a obedecer el juicio de la ley. ¿Cómo podría, entonces, su cargo exceptuarlo de la aplicación de este modo particular de decidir acerca de la legalidad de su conducta si el caso no reviste diferencia alguna con cualquier otro en el cual un individuo común sería procesado?

No es por el cargo que tenga la persona, sino por la naturaleza de aquello que se le ordene hacer, que se juzgara la pertinencia del mandamiento.

Cuando un ministro actúa en un caso en que se ejercen los poderes discrecionales del Ejecutivo y donde el funcionario actúa como mero órgano de la voluntad del presidente, correspondería rechazar sin la menor duda todo pedido a la Corte para que ejerza un control de tal conducta a cualquier respecto. Pero, cuando la conducta del funcionario es encomendada por la ley -de modo tal que su cumplimiento o incumplimiento afecte los derechos absolutos de los individuos- la cual no se encuentra bajo la dirección del presidente y no puede presumirse que este la haya prohibido, como, por ejemplo, registrar un nombramiento o un título de propiedad que ha cumplido todas las formalidades de la ley, o entregar una copia de tales registros, en esos casos no se adviene sobre qué bases los tribunales de la Nación podrán estar menos obligados a dictar sentencia que si se tratara de funciones atribuidas a otro individuo que no fuese ministro.

Este, por lo tanto, es un claro caso en el que corresponde emitir un mandamiento, sea de entrega de la designación o de una copia de esta extraída de los registros correspondientes; queda, entonces, por resolver, una sola cuestión: ¿puede la Corte emitir ese mandamiento?

La ley por la que se establecen los tribunales judiciales en los EE.UU. autoriza a la Corte Suprema a emitir mandamientos, en los casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designado en su oficio bajo la autoridad de los EE.UU.

Siendo el secretario de Estado un funcionario bajo la autoridad del gobierno de los EE.UU., se encuentra, precisamente, comprendido en las previsiones de la ley precitada; y si esta Corte no está autorizada a emitir una orden de ejecución a tal funcionario, solo puede ser a causa de la inconstitucionalidad de la ley, incapaz, por ello, de conferir la autoridad y de asignar las obligaciones que sus palabras parecen conferir y asignar. La Constitución deposita la totalidad del Poder Judicial de los EE.UU. en una Corte Suprema y en tantos tribunales inferiores como el Congreso establezca en el transcurso del tiempo. Este poder se extiende expresamente al conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por las leyes de los EE.UU. y, consecuentemente, de algún modo puede extenderse al presente caso, ya que el derecho invocado deriva de una ley de los EE.UU.

Al distribuir este poder, la Constitución dice: 'En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación'.

Se ha sostenido ante el Tribunal que, como el otorgamiento constitucional de jurisdicción a la Corte Suprema y a los tribunales ordinarios es general, y la cláusula que asigna las causas de jurisdicción originaria a la Corte Suprema no contiene expresiones negativas o restrictivas, el Poder Legislativo mantiene la facultad de atribuir competencia originaria a la Corte en otros casos que los precedentemente indicados, tomando en cuenta que tales casos pertenecen al Poder Judicial de los Estados Unidos.

Si se hubiera querido dejar librado a la discreción del Poder Legislativo la posibilidad de distribuir el Poder Judicial entre la Corte Suprema y los tribunales inferiores, habría sido ciertamente inútil hacer otra cosa que definir el ámbito de competencia del Poder Judicial en general, mencionando los tribunales a los que corresponde ejercerlo. Si esta es la interpretación correcta, el resto de la norma constitucional carece de sentido.

Si el Congreso tiene la libertad de asignar a esta Corte competencia por apelación en los casos en los que la Constitución le asigna competencia originaria y fijarle competencia originaria en los casos en que le corresponde ejercerla por apelación, la distribución hecha en la Constitución es forma carente de contenido.

Las palabras afirmativas son, a menudo en su operatividad, negatorias de otros objetos que los prescriptos, y en este caso debe asignárseles ese sentido so pena de privarlas de sentido en absoluto.

No puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto, y, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisiblesalvo que el texto expreso de la Constitución así lo manifieste.

Cuando un instrumento legal organiza las bases fundamentales de un sistema judicial dividiéndolo en una Corte Suprema y en tantas inferiores como el Congreso decida, enumerando sus poderes y distribuyéndolos mediante la delimitación de los casos en los que la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria y aquellos en que la ejercerá por vía de apelación, el sentido evidente de las palabras parece ser que en una clase de casos la competencia será originaria y no en los demás. Si cualquier otra interpretación convirtiera en inoperante dicha cláusula, tendríamos allí una razón adicional para rechazarla y para adherir al sentido obvio de las palabras. Luego, para que esta Corte esté en condiciones de emitir una orden de ejecución como la que se pide, debe demostrarse que se trata de un caso de competencia por apelación.

Se ha dicho en el Tribunal que la jurisdicción apelada puede ejercerse de diversos modos y que siendo la voluntad del Congreso que un mandamiento pueda ser emitido en el ejercicio de la jurisdicción apelada (ver ley de organización judicial de los EE.UU. de 1789), dicha voluntad debe ser obedecida. Esto es cierto, pero, no obstante ello, la jurisdicción deber ser apelada y no originaria.

Es el criterio esencial de la jurisdicción por apelación que ella abarca tópicos previamente determinados y no crea otros nuevos. Por ello, aunque es posible emitir un mandamiento a los tribunales inferiores, hacerlo respecto de un funcionario para que entregue un documento es lo mismo que intentar una acción originaria para la obtención de dicho documento, y por ello, no parece pertenecer a la jurisdicción apelada sino a la originaria.

Tampoco es necesario, en este caso, capacitar a la Corte para que ejerza su competencia por vía de apelación. Por lo tanto, la autoridad otorgada a la Corte Suprema por la ley de organización judicial de los EE. UU. para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos, no parece estar respaldada en la Constitución, y hasta se hace necesario preguntarle si una competencia así conferida puede ser ejercida...”.