

Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 9 - Octubre 2009



EL FEDERALISMO JUDICIAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Antonio M. Hernández

Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba, y director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

SUMARIO: 1. El Federalismo judicial en Argentina. 1.1. El Poder Judicial en nuestra Federación. 1.2. El Poder Judicial Provincial. 1.3. Modo de selección de los miembros del Poder Judicial Provincial. 1.4. Inamovilidad y Remoción de magistrados judiciales. 1.5. La función judicial y el control de constitucionalidad. 1.6. Otras competencias y atribuciones judiciales. 1.7. El recurso extraordinario federal. – 2. Derechos y libertades fundamentales. 2.1. Las fuentes nacionales e internacionales de los derechos. 2.2. Derechos civiles y políticos y garantías del debido proceso en las Constituciones Provinciales. 2.3 Los derechos económicos, sociales y culturales en las Constituciones Provinciales. – 3. La protección de los derechos con especial referencia al juicio local de amparo. 3.1. El amparo en el orden federal. 3.2. El amparo en las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 4. Conclusiones finales. – *Resumen-Resum-Abstract.*

1. El Federalismo judicial en Argentina

1.1. El Poder Judicial en nuestra Federación

Argentina adopta una forma de estado y de gobierno federal, republicano y presidencialista. En nuestra organización federativa hay 4 órdenes de gobierno: el federal, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios, y además existe la posibilidad de la creación de regiones (por parte de las provincias), para alcanzar el desarrollo económico y social.

Artículo recibido el 18/11/2008; aceptado el 25/05/2009.

Las provincias reproducen en sus territorios el modelo de gobierno indicado, siguiendo las pautas fijadas por el artículo 5 de la Constitución Nacional: *“Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria.”*

El artículo 122 de la Constitución Nacional establece que las provincias *“Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno Federal”*. Según el artículo 121 de la Ley Suprema, las provincias conservan *“todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal...”*, pero deben respetar el principio de supremacía federal del art. 31 de la Constitución Nacional y las bases del art. 5º mencionado.

Cada Estado Provincial y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires integran la sociedad *“federal”* argentina y gozan de autonomía, que abarca los aspectos institucionales, políticos, financieros y administrativos, conforme los arts. 5, 122, 123 y 129 de la Constitución Nacional. Agregamos que también gozan de autonomía los municipios, en virtud del art. 123 de la Ley Suprema Federal.

En la Federación Argentina existe un Poder Judicial Federal y además un Poder Judicial para cada una de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹.

1. El Poder Judicial Federal cuenta con 890 Magistrados y Fiscales de todas las instancias, mientras que dicha suma se eleva a aproximadamente 4500 en los Poderes Judiciales de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pero dichas cifras no revelan adecuadamente el carácter de excepción de la Justicia Federal, ya que allí están incluidos magistrados y fiscales que deben ser transferidos al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En efecto, debemos aclarar que al no haberse producido todavía la transferencia de la antes llamada Justicia Nacional de la Capital Federal (en lo civil, comercial, laboral y penal) a la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como lo dispone el art. 129 de la Constitución Nacional, todavía el Gobierno Federal se hace cargo de más de 500 Magistrados que corresponden a aquella Justicia. De tal manera que cuando se modifique la Ley 24.588, –llamada de Garantías del Gobierno federal mientras siga siendo capital la ciudad de Buenos Aires–, que hemos considerado inconstitucional por violación del mencionado art. 129, –como hemos sostenido en nuestro libro más adelante citado y en la propia Cámara de Diputados de la Nación en el debate legislativo de dicha ley–, el número de magistrados y fiscales verdaderamente *“federales”* se reducirá notoriamente, mientras que la suma calculada de más de 500, engrosará el número de la jus-

El Poder Judicial de la Nación está integrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los demás tribunales inferiores, según lo dispone la Ley Suprema en el art. 108°. En la última reforma constitucional federal de 1994 se incorporaron nuevas instituciones: el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y el Ministerio Público, en los arts. 114, 115 y 120.

La justicia "federal" es limitada, de excepción y exclusiva, ya que su competencia se encuentra fijada en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y en las leyes reglamentarias respectivas.

La primera norma expresa: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero". A su vez, el art. 117 establece cuál es la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sólo restringida a las causas concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y a aquéllas en que una provincia sea parte².

ticia común o ordinaria, a cargo de los Poderes Judiciales de las 23 Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Adviértase que hoy el Poder Judicial Federal se hace cargo de 274 Jueces de Cámara y de 354 jueces de Primera Instancia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que agrupa tanto a los magistrados "federales" como los que antes eran denominados magistrados "nacionales" en lo civil, comercial, penal y laboral. En cambio en el interior del país, el Poder Judicial Federal cuenta con 172 Camaristas Federales y 93 Jueces de primera instancia. Para un análisis más detallado sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en general sobre la descentralización del poder en la federación argentina, véase nuestra obra *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997, con Prólogo de Germán J. Bidart Campos.

2. Para un análisis sintético de esta temática, véase Germán J. Bidart Campos, *Compendio de Derecho Constitucional*, Ediar, 2004, Caps. XLVIII y XLIX. Desde una óptica federal, las Provincias participan en la designación de los miembros de la Corte Suprema a través del Senado de la Nación, ya que aquéllos se designan por el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado, prestado en sesión pública y con dos tercios de votos de los miembros presentes, según lo establece el art. 99° inc. 4 de la Constitución Nacional. Pero también

Asimismo, el más Alto Tribunal tiene competencia por apelación –ordinaria y extraordinaria– para asegurar la supremacía constitucional consagrada en el art. 31° de la Constitución Nacional, y en consecuencia, puede llegar a revisar todos los actos o normas que la desconozcan, sean provenientes de autoridad federales, provinciales o municipales, tanto ejecutivas como legislativas o judiciales.

En virtud del art. 75 inc. 12 de la Ley Suprema, la justicia “provincial” interviene en las causas de derecho “común”, para aplicar los Códigos de fondo (Civil, Comercial, Penal, de Trabajo, de Minería, etc.), que en nuestro orden constitucional, son sancionados por el Congreso de la Nación, a diferencia del precedente norteamericano, que corresponde a los Estados.

No sólo la Corte Suprema de Justicia o los Tribunales Superiores de las provincias ejercen el control de constitucionalidad, sino todos los jueces federales o provinciales, ya que nuestro sistema es difuso, como en el caso norteamericano³. De ello se deriva que la función más importante que tienen los Jueces es la de efectuar dicho control, que presenta sin embargo algunas características distintas en algunas provincias.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es la cabeza del Poder Judicial Federal y la intérprete final e irrevocable de la Constitución Nacional.

No obstante ello, Argentina está sujeta al sistema jurídico de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues la Con-

en esta cuestión ha primado la voluntad del Presidente y la mayoría de los integrantes del Tribunal han sido de la Capital Federal, con escasa representación de las provincias. Asimismo, tenemos una opinión crítica sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia federal, pues en la mayoría de los casos de conflictos de competencia se inclinó por la primacía de las atribuciones del Gobierno federal por sobre las correspondientes a las provincias y municipios. Sólo en los primeros tiempos de su instalación como Poder del Estado la Corte desarrolló una mejor jurisprudencia en torno a estas cuestiones. Pero luego su jurisprudencia fue convalidando el proceso de centralización del país. O sea que la Corte Suprema, como el Senado, no se comportaron adecuadamente como garantes del federalismo. Para un análisis más acabado del federalismo argentino, véase nuestra obra *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, ya citada.

3. Véase Alberto J. Bianchi, *El control de constitucionalidad*, 2ª. Ed. en dos Tomos, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2002.

vención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) tiene jerarquía constitucional en Argentina, según el artículo 75 inc. 22, en las condiciones de su vigencia.

Por ello, en virtud del art. 64.2 de dicho instrumento internacional, la Corte Interamericana, en ejercicio de su competencia consultiva requerida por un Estado miembro de la OEA, puede emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas –por ejemplo, una Constitución Provincial– y la interpretación de dicho Pacto o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos. Asimismo puede dictar sentencias que obliguen a modificar resoluciones dictadas por los estados miembros.

Es interesante también destacar que el art. 28 del Pacto trata el problema de los Estados Federales.

En efecto, dicha norma denominada “cláusula federal” prescribe lo siguiente: “1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. 3. Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado las normas de la presente Convención”.

También en relación a este tema debemos destacar la siguiente norma del Pacto de San José de Costa Rica: “Art. 29: (Normas de interpretación) Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos

en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

Se trata entonces del principio *pro homine* propio del derecho internacional de los derechos humanos, que debe ser uno de los principios de interpretación para ampliar el reconocimiento de los derechos y garantías personales, que ahora tienen dos fuentes: la interna (Constitución Nacional y Provincial) y la externa (tratados internacionales de derechos humanos).

1.2. El Poder Judicial Provincial

Cada Constitución Provincial organiza su respectivo Poder Judicial integrado normalmente por el Tribunal Superior de Justicia Provincial y los tribunales inferiores, según las distintas materias.

El art. 5 de la Constitución Nacional impone a las provincias asegurar la administración de justicia y el régimen republicano. Pero no implica ninguna organización y estructura específica del Poder Judicial. Por eso, los poderes constituyentes provinciales disponen de amplia libertad para instituir el sistema que estimen más conveniente para el ejercicio adecuado de esta función.

Las constituciones provinciales contienen normas relativas a la composición del Poder Judicial. Se menciona a los máximos órganos jurisdiccionales provinciales (Tribunales Superiores o Cortes). Algunas se refieren además a Cámaras –tribunales inferiores colegiados–, jue-

ces, jueces de paz, o simplemente utilizan la fórmula “y demás tribunales que la ley establezca”.

De la misma manera que el Congreso Federal esta facultado para sancionar las normas legislativas destinadas a la administración de justicia federal, en las Constituciones Provinciales se faculta a los Poderes Legislativos provinciales, a cargo de las Legislaturas, para sancionar las normas respectivas de organización de la justicia provincial.

Existe la llamada Justicia de Paz, que es aquella ejercida por legos o letrados designados por un tiempo limitado y con cierto prestigio personal en pequeñas comunidades a las que pertenecen, para cumplir una función conciliadora en asuntos vecinales de menor complejidad jurídica o de limitado valor económico⁴.

También se organiza un Ministerio público en el ámbito de la justicia provincial. Dicho órgano tiene tres funciones principales: como Ministerio Público Fiscal, como Ministerio Público Pupilar y como Defensoría de Pobres y Ausentes. En cuanto a la inserción del Ministerio Público, la Constitución de Salta lo considera órgano extrapoder (como en el orden federal, art. 120 de la Constitución Nacional), mientras que para las restantes, forma parte del Poder Judicial, aunque algunas mencionan su autonomía funcional, como en los casos de Catamarca (art. 200), Chaco (art. 156), Chubut (art.194), La Rioja (art. 138), Santiago del Estero (art. 202) y Río Negro (art. 215). Lo mismo ocurre en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 124)⁵.

4. La Constitución de Córdoba así la define en su art. 167: “La Ley determina el número de los jueces de paz, el período de sus funciones, el sueldo del que gozan, su competencia territorial, conforme al principio de descentralización de sus asientos, y material, en la solución de cuestiones menores o vecinales y contravenciones o faltas provinciales. El procedimiento es verbal, sumarísimo, gratuito y de características arbitrales”. Casi todas las Constituciones Provinciales, con la excepción de La Rioja, Santa Fe y Tierra del Fuego, establecen una Justicia de Paz, que en la mayoría de los casos es de carácter lego. En cambio, es letrada, con similares características al resto de los miembros del Poder Judicial, en las Provincias de Chaco, Chubut, Entre Ríos, Misiones, Salta, San Luis y San Juan. Para un análisis más extenso, véase Ricardo Alberto Vergara, “El Poder Judicial Provincial”, en *Derecho Público Provincial*, Coordinador Antonio María Hernández, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, págs. 449 y ss.

5. Para mayor análisis sobre el tema, véase Ricardo Alberto Vergara, *El Poder Judicial Provincial*, ob. cit., págs. 451 y ss.

1.3. Modo de selección de los miembros del Poder Judicial Provincial

Del procedimiento de nominación depende en buena parte la independencia funcional de quienes resultan nombrados, y consecuentemente, su actuación en tanto que miembros del Poder Judicial⁶. El tema involucra la efectiva vigencia de la separación y equilibrio de poderes como elementos distintivos del principio republicano de gobierno. Repárese que en nuestro sistema institucional cualquier magistrado integra el "Poder Judicial" y por tanto ejerce control de constitucionalidad, ya que el mismo es "difuso" y corresponde tanto a los jueces federales como a los provinciales.

La forma de seleccionar y nominar a los encargados de administrar justicia ha sido objeto de interés desde la Antigüedad. En *La Política*, Aristóteles planteaba los elementos sobre los que el buen legislador debe meditar lo adecuado para cada régimen político, entre los cuales citaba aquél "que se encarga de la administración de justicia"⁷; señalaba que la diferenciación de ese aspecto en los distintos tipos de regímenes se basa en tres factores: "...las personas de entre las que se forman, los asuntos sobre los que versan y el método por el que se nombran..."⁸.

6. Nos referimos a la independencia judicial respecto de los poderes políticos, es decir, al sentido más usual del término. Por poderes políticos de la Provincia sólo aludimos al Ejecutivo y a la Legislatura (sin desconocer la función política que el Poder Judicial ejerce en ciertas circunstancias, en calidad de último intérprete de la Constitución). Dejamos de lado, por el objetivo de este trabajo, otros supuestos de "dependencia judicial" planteados por la doctrina, como "dependencia del 'clamor popular' o de la voluntad de las mayorías", "dependencia propia de la estructura judicial", y "dependencia de la "burocracia interna"". Cfr. Roberto Gargarella: *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 231-232. Por otra parte, en nuestro país tenemos Poderes Judiciales y no Administraciones de Justicia, ya que la Constitución Nacional sigue en esto el modelo norteamericano en vez del modelo europeo. El Poder Judicial es uno de los tres poderes tradicionales del estado republicano, donde todos los jueces ejercitan el control de constitucionalidad, pudiendo declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos o actos de los otros poderes del Estado.

7. *Libro Cuarto*, Cap. XIV. Traducción de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, Barcelona, Ediciones Altaya, 1997, p. 174.

8. *Libro Cuarto*, Capítulo XVI, *Ibid.*, p. 182, énfasis agregado. Como es sabido, en el *Libro Cuarto* se analizan los diversos tipos de regímenes políticos, calificados en rectos –monarquía, aristocracia y república– y sus desviaciones –tiranía, oligarquía y democracia–, respectivamente.

En algunas provincias argentinas, como Córdoba, la designación de magistrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo legislativo sigue el modelo de la Constitución Argentina de 1853, tomado a su vez del sistema norteamericano (Sección 2ª, Artículo II de la Constitución de Estados Unidos) que sostuvo Hamilton⁹.

La Constitución Provincial establece ese sistema para los miembros del Tribunal Superior de Justicia y demás tribunales inferiores (arts. 144 inc. 9º y 104 inc. 42º). Los magistrados y funcionarios del Ministerio Público son nombrados del modo establecido en la Constitución (arts. 157 y 173). Son nulos y de ningún valor los procedimientos seguidos o las sentencias y resoluciones dictadas por personas que no sean así nombradas.

Además, la Ley fija el procedimiento que favorezca la igualdad de oportunidades y la selección por idoneidad en la designación de magistrados inferiores (art. 157).

No obstante ello, en la casi totalidad de las provincias¹⁰ y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se han creado Consejos de la Magistratura, integrados generalmente por representantes de los abogados, de los jueces, del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, con facultades para la selección por concurso de los magistrados y funcionarios judiciales, de la misma manera que ello ocurre en el orden federal, luego de la reforma constitucional de 1994, para la designación de los jueces inferiores.

Entre otras funciones, estos Consejos emiten propuestas en ternas vinculantes al Poder Ejecutivo (Gobernador) para que éste proce-

9. Cfr. *El Federalista*, LXXVI, trad. de Gustavo Velazco, México, Fondo de Cultura Económica, 1ª. edición en español, 6ª reimp., 1998, pp. 322-325.

10. Han establecido los Consejos de la Magistratura en las Constituciones Provinciales las Provincias de Buenos Aires, (art 175); Chaco (arts. 166/171); Chubut (arts. 187/193); Corrientes (arts. 194/196); Entre Ríos (arts. 180/182); La Pampa (art. 92); La Rioja (art. 136 Bis); Misiones (art. 116 inc. 10); Neuquén (arts. 249/251); Río Negro (arts. 220/222); San Juan (arts. 214/218); San Luis (arts. 197/200); Salta (arts. 157/159); Santa Cruz (art. 128 Bis); Santiago del Estero (art. 201) y Tierra del Fuego (arts. 160/162) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 115/117). Asimismo han incorporado esta institución por la Ley 9051 en la Provincia de Córdoba y por Decretos 5299/87 y 750/94 en las Provincias de Mendoza y Santa Fe.

da –con acuerdo legislativo– a los nombramientos. También decide, en su caso, la apertura de los procedimientos de remoción de los magistrados judiciales.

De tal manera que en la casi totalidad de las provincias, –como en el orden federal–, con la incorporación de estos institutos se ha tratado de limitar la influencia política en las designaciones de los Poderes Judiciales, para tratar de asegurar la independencia de ellos.

Al respecto somos de opinión que aunque los objetivos han sido plausibles, –y en algunos casos se han observado mejoras–, este es otro de los campos en que se advierte una notoria distancia entre la norma y la realidad, lo que es una característica de nuestro constitucionalismo, que también se observa en otros países latinoamericanos.

En efecto, en el orden federal y pese a que están funcionando las instituciones incorporadas en la reforma de 1994, el Consejo de la Magistratura y , es evidente que de manera progresiva se ha ido afectando la independencia del Poder Judicial, y por tanto, violado la Constitución. Ello se debe a lo acontecido con el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, que en un primer momento fueron reglamentados a través de las Leyes N° 24.937 y 24.939, para posteriormente ser modificadas por la Ley N° 26.080 de 2006. Sobre esta última, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en su Dictamen expresó lo siguiente en sus Conclusiones:

“Que la nueva Ley 26.080, recientemente sancionada por el Congreso de la Nación, no se adecua a los arts. 114 y 115 de la Constitución Nacional, que establecen que el equilibrio entre los sectores en el Consejo de la Magistratura y en el Jurado de Enjuiciamiento es el principio fundamental para la integración de ambas instituciones. Que la inconstitucionalidad de la nueva ley resulta evidente puesto que se ha otorgado a la representación de los órganos políticos la mayoría de los cargos tanto en el Consejo como en el Jurado de Enjuiciamiento. Que esta Ley inconstitucional significa no sólo una grave lesión al principio de la independencia del Poder Judicial, que es esencial para el funcionamiento de nuestro sistema republicano y del

Estado Constitucional y Democrático de Derecho, sino además una violación a los principios que surgen de la Constitución Nacional....”¹¹

Y en distintas provincias ha ocurrido lo propio en cuanto a los respectivos Consejos de la Magistratura, ya que también se ha producido un avance del poder político, que también ha afectado la independencia de los jueces.

Otro procedimiento usual ha sido el de cambiar los integrantes de los Tribunales Superiores de Justicia o Cortes de Justicia Provinciales, por jueces adictos a los Gobernadores de turno¹².

Esta grave situación –que también se ha producido en no pocas oportunidades en el orden federal–, termina produciendo un incorrecto funcionamiento del Poder Judicial, que no efectúa adecuadamente el control de constitucionalidad sobre los otros poderes del Estado, alterándose la división y equilibrio propios del sistema republicano¹³.

11. Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, aprobado en la Sesión Ordinaria del 14 de marzo de 2006 y que lleva la firma del Presidente de la Academia, Dr. Olsen Ghirardi, y del Secretario Dr. Ernesto Rey Caro.

12. Véase el artículo “Las Cortes de las provincias, rehenes del poder político”, del diario *La Nación*, de la ciudad de Buenos Aires, suscrito por Gabriel Sued, de la Redacción, en la edición del domingo 24 de diciembre de 2006, págs. 1 y 8, donde se mencionan los “cambios traumáticos en la Justicia” en las provincias de Santiago del Estero, La Rioja, San Luis, Neuquén, Santa Cruz, Formosa, Misiones, Córdoba, Chubut y Tierra del Fuego. Allí se citan opiniones tanto del Presidente de la Federación Argentina de la Magistratura como del Presidente de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Asimismo puede consultarse la pág. web de la Federación Argentina de la Magistratura, que en distintas Declaraciones, se ha referido a las múltiples violaciones del principio de la independencia del Poder Judicial tanto en el orden federal como los provinciales. En el orden federal, estas prácticas comenzaron con la remoción por juicio político impulsado por el Presidente Juan Domingo Perón, de cuatro Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1947.

13. Además de los aspectos antes mencionados, se puede ver el artículo “Poder impune”, de la politóloga Laura Zommer, publicado en el diario *La Nación*, del 11 de marzo de 2007, en la sección *Enfoques*, págs. 1 y 4, donde sostiene: “Los organismos de control que el país elevan pocas denuncias, menos aún llegan a la Justicia y casi no hay condenas. Jueces y funcionarios, incluso aquéllos que están a cargo de la lucha contra la corrupción, lo dicen sin eufemismos: el diseño y funcionamiento de los organismos de control está hecho a medida de los poderosos”.

1.4. Inamovilidad y Remoción de magistrados judiciales

No obstante lo antes expresado, los magistrados gozan de la garantía de independencia para su labor, pues son inamovibles y conservan sus cargos mientras dure su buena conducta, según lo dispuesto en los textos constitucionales tanto federal como provinciales. Sólo pueden ser removidos por mal desempeño, negligencia grave, morosidad en el ejercicio de sus funciones, desconocimiento inexcusable del derecho, supuesta comisión de delitos o inhabilidad física o psíquica. Gozan de la misma inmunidad de arresto que los legisladores.

Reciben por sus servicios una compensación mensual que determina la ley y que no puede ser disminuida por acto de autoridad o con descuentos que no sean los que aquélla disponga con fines de previsión u obra social.

Los magistrados y funcionarios judiciales están obligados a concurrir a sus despachos en los horarios de atención al público. Deben resolver las causas dentro de los plazos fatales que las leyes procesales establezcan, con fundamentación lógica y legal.

También se les prohíbe expresamente participar en política, ejercer profesión o empleo, con excepción de la docencia o la investigación, y ejecutar actos que comprometan la imparcialidad de sus funciones.

Los jueces de Tribunales Superiores de las provincias son en general removidos mediante el juicio político, a cargo de la Legislatura.

En cambio, los magistrados de tribunales inferiores pueden ser denunciados por cualquiera del pueblo ante un Jurado de Enjuiciamiento, al solo efecto de su destitución, fundado en las causas que la autorizan.

El Jurado de Enjuiciamiento está integrado por generalmente por miembros del Tribunal Superior, de la legislatura y de los abogados, pero su conformación es variable entre las provincias¹⁴.

1.5. La función judicial y el control de constitucionalidad

Las Constituciones Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires determinan con precisión el ámbito de competencia material y de atribuciones del Poder Judicial respectivo. Es decir, cómo ejercen su potestad jurisdiccional, que compete en forma exclusiva a dichos poderes. Sin embargo, se admite en varias provincias el juicio con jurados populares.

La mayoría de las Constituciones contienen disposiciones tendientes a asegurar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos.

La más relevante función de los jueces es efectuar el control de constitucionalidad.

El control originado en los Estados Unidos, fue así expuesto por Alexander Hamilton en el *Federalista 78*: "La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los Tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son"¹⁵.

En estas frases está la clara fundamentación de la supremacía constitucional y del control de constitucionalidad y además, la justificación del principio de control contramayoritario de los jueces, que

15. A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, N° 78, pág. 332.

pueden revisar leyes de la legislatura, mediante el argumento democrático del respeto a la máxima voluntad soberana del pueblo, que es la propia Constitución.

Posteriormente, el Chief Justice Marshall en el célebre caso “Marbury v. Madison” desarrollaba de esta manera las ideas de Hamilton:

“..hay dos alternativas –demasiado claras para ser discutidas–: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza...”¹⁶.

Estas personalidades sentaron los principios del control de constitucionalidad en los Estados Unidos, con una delimitación precisa del mismo, en base a la supremacía de la Constitución.

Y estos principios fueron adoptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, siguiendo la jurisprudencia norteamericana, en el caso “Agustín de Vedia” de 1865, seguido posteriormente por muchos otros precedentes¹⁷.

En el control de constitucionalidad federal, la sentencia que declara la inconstitucionalidad se limita al caso concreto, ya que la norma sigue vigente.

16. “Marbury v. Madison”, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

17. La Constitución Nacional en su texto originario de 1853 no preveía dicho control (como en el caso norteamericano), por lo que fue la jurisprudencia de la Corte Suprema (siguiendo el modelo del país del norte) la que lo instituyó. Posteriormente, en la reforma constitucional de 1994, se menciona la declaración de inconstitucionalidad como facultad de los jueces, al regularse el amparo, que es una de las principales garantías judiciales, en el art. 43 de la Ley Suprema.

En cuanto a las vías procesales existentes, la habitual es la indirecta o incidental, aunque a partir de 1985 la Corte Suprema ha afirmado que también hay acciones directas de inconstitucionalidad como el amparo, el hábeas corpus, el hábeas data y la acción declarativa de certeza del art. 322 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación. En relación a la legitimación activa debemos mencionar que luego de la reforma constitucional de 1994, al titular actual del derecho o interés legítimo, se han sumado el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, en la defensa de los intereses colectivos o difusos, como lo determina el art. 43 de la Constitución Nacional¹⁸.

En el caso de los jueces provinciales, deben aplicar en primer lugar la propia Constitución Provincial y también la de la Nación. Por ello, pueden declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma o acto del Poder Legislativo o Ejecutivo, tanto de los órdenes provinciales como del federal.

La Constitución Federal en el art. 75° inc. 12 prescribe que la aplicación de los Códigos de fondo (Civil, Penal, Comercial, de Minería y de la Seguridad Social) es a cargo de los Tribunales Federales o Provinciales, "según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones...".

O sea que radicada una causa ante la Justicia Provincial debe finalizar ante ella, sin perjuicio de que pueda existir una revisión judicial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando aparezca una cuestión o caso federal, como más adelante veremos.

Indicamos asimismo que una de las principales competencias de las provincias es la de sancionar los respectivos Códigos Procesales, y sin poder detenernos en este tema, por razones de brevedad, sólo mencionamos que en cuanto a las vías procesales y a la legitimación activa para el control de constitucionalidad, se han seguido criterios similares a los del orden federal¹⁹.

18. Véase Germán J. Bidart Campos, ob. cit., págs. 28 y ss. Ya veremos más adelante que el control de constitucionalidad de algunas provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires presenta diferencias con el sistema federal.

19. A diferencia del orden federal, en las provincias existe la acción declarativa de inconstitucionalidad, que es un control concentrado a cargo de los más altos tribunales que son

Pero no puede dejar de destacarse que en esta materia existen diferencias con el modelo de control de constitucionalidad federal, ya que en algunas provincias (Chaco, Chubut, Neuquén, Río Negro y Tierra del Fuego) y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se ha establecido que la declaración de inconstitucionalidad puede tener efectos *erga omnes* y que deroga la norma en cuestión²⁰.

No obstante ello, en determinados casos existe la posibilidad de la revisión de los fallos de la Justicia Provincial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por vía del recurso extraordinario federal, como intérprete final de la Constitución Nacional, como más adelante expondremos.

1.6. Otras competencias y atribuciones judiciales

La Constitución de Córdoba, a la que tomamos como ejemplo, distingue entre atribuciones y competencias. Atribuciones son facultades que se le otorgan al Poder Judicial para el gobierno de dicho poder. Eso significa, por caso, que administran su propio presupuesto.

También pueden los Tribunales Superiores de provincia intervenir en "conflictos de poder", o sea en disputas o controversias generadas entre dos o más órganos de poder por el ejercicio de sus respectivas atribuciones y competencias.

La Constitución Nacional de 1853 atribuía jurisdicción a la Corte Federal para conocer sobre "*conflictos entre los diferentes pode-*

las Cortes Supremas o Tribunales Superiores de Justicia Provinciales. Por ejemplo, la Constitución de la provincia de Córdoba, en su artículo 165, inciso 1, apartado a) habilita el control directo de constitucionalidad a través de las "...acciones declarativas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, Cartas Orgánicas y ordenanzas, que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución, y se controviertan en caso concreto por parte interesada...". Para un análisis de las competencias de las Cortes o Tribunales Superiores de Justicia, véase Ricardo Alberto Vergara, *El Poder Judicial Provincial*, ob. cit., pág. 442 y ss.

20. Aquí se nota la influencia del modelo de control europeo, originado por Hans Kelsen y la creación del Tribunal Constitucional, en la Ley Suprema de Austria de 1920.

res públicos de una misma provincia". La reforma de 1860 eliminó esta cláusula que "...contradecía el principio fundamental de la unión nacional..."²¹, o sea el federalismo.

La atribución que tenía la Corte Suprema fue receptada en el orden provincial por los Tribunales Superiores de Justicia²².

1.7. El recurso extraordinario federal

Recordamos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el más alto Tribunal de nuestra Federación y el intérprete final e irrevocable de la Constitución Nacional, por lo que puede efectuar el control de constitucionalidad incluso sobre normas o actos de los órdenes provinciales o municipales. Y la vía más utilizada para ello es el recurso extraordinario federal, que comporta la competencia por apelación extraordinaria de dicho Tribunal.

Dicho recurso procede en los casos regulados por el art. 14 de la Ley N° 48, a través de sus tres incisos: "1) cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez; 2) cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia; 3) cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado, ley del Congreso o una comisión ejercida en nombre de una autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia del litigio".

Esto significa que para la procedencia del recurso debe existir una "cuestión" o "caso federal" y que se puede dividir a las mismas

21. Cfr. González, Joaquín V.: *Manual de la Constitución Argentina*, Ángel Estrada y Cía. S.A., Buenos Aires, 1ª edición, 1907, p. 613.

22. Como ejemplo, citamos la Constitución Provincial de Córdoba, que en su art. 165, inc. 1 b) asigna competencia originaria y exclusiva al Tribunal Superior para conocer y resolver "...De las cuestiones de competencia entre poderes públicos de la Provincia...".

en “simples” o “complejas”, según se trate de la interpretación pura y simple de la Constitución o de un tratado o de una ley federal o de un conflicto entre normas del tipo que sean con la Constitución.

A su vez, las cuestiones federales complejas se han clasificado en “directas” o “indirectas”, según el conflicto se suscite directamente entre una norma o acto infraconstitucional con la Constitución Federal o cuando el conflicto se suscite entre normas o actos infraconstitucionales que, “dentro de su gradación jerárquica, infringen “indirectamente” a la Constitución Federal que establece la prelación de la norma o del acto superiores sobre los inferiores”²³.

A los casos previstos en los tres incisos anteriores, deben agregarse dos supuestos más, que fueron admitidos de manera pretoriana por la propia jurisprudencia de la Corte Suprema: los recursos extraordinarios por sentencia arbitraria y por gravedad institucional²⁴, constituyendo el primero de los nombrados, la enorme mayoría de los casos sometidos a decisión del Alto Tribunal.

Esto último ha originado graves problemas de funcionamiento del Tribunal, porque de alguna manera constituye al mismo como otra instancia judicial más, cuando su función debe ser la de supremo tribunal de garantías constitucionales y cabeza del Poder Judicial de toda la Nación.

Asimismo el tema se vincula con el federalismo, porque ante la ausencia de claros estándares en la jurisprudencia de la Corte, se ha posibilitado la revisión de cuestiones antes deferidas a la justicia local o provincial²⁵.

23. Cfr. Germán J. Bidart Campos, ob. cit., pág. 432.

24. La Corte Suprema de Justicia argentina, de manera pretoriana, admitió dos tipos de causas más para revisar por recurso extraordinario: las sentencias arbitrarias y las de gravedad institucional. Las primeras importan la posibilidad de la Corte de considerar a algunas sentencias como arbitrarias y por tanto, descalificarlas como actos judiciales válidos y razonables, por distintos supuestos: carecer de fundamentación, no tenerse presente las pruebas, etc. Y las segundas, son aquellas en que no obstante que no se observan los requisitos fijados en el art. 14 de la Ley 48 (antes transcriptos), el Alto Tribunal interviene por la trascendencia pública que tiene la causa, que excede el interés de las partes, afectando el orden público.

25. Actualmente la Corte Suprema está variando su jurisprudencia para impedir que lleguen tantas causas a su resolución, al estrechar su análisis sobre los casos “federales”, con el

Por ello, y sin poder detenernos en el tema²⁶, se ha tratado de agilizar el funcionamiento del Alto Tribunal mediante dos medidas principales: a) la introducción del *writ of certiorari*, a través del art. 280 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, según ley n° 23.774 de 1990, que autoriza a que la Corte Suprema, según su sana discreción y con la sola invocación de la norma, pueda rechazar recursos extraordinarios cuando falte agravio federal suficiente, o las cuestiones planteadas sean insustanciales o carezcan de trascendencia²⁷; y b) la fijación de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de los casos "Strada" de 1986 y "Di Mascio" de 1988, que requiere que en todos los procesos que tramitan ante Tribunales Provinciales y en los que exista una cuestión federal, sea el Tribunal Superior o Corte Suprema de Justicia de la provincia respectiva el que obligatoriamente decida esa cuestión federal, con carácter previo a la intervención de la Corte Suprema Federal por el recurso extraordinario²⁸.

objetivo de que casi todas las cuestiones de derecho "provincial o local" sean resueltas por los tribunales provinciales.

26. Véase Germán J. Bidart Campos, ob. cit., cap. L, págs. 431/439 y Jorge Reinaldo Vanossi y Fermín Pedro Ubertone, "Control jurisdiccional de constitucionalidad", págs. 43/95 del libro *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, coordinador Víctor Bazán. Para que se tenga alguna idea de la cuestión, existen actualmente a fallo de la Corte Suprema de Justicia aproximadamente 100.000 causas. Ello obliga al Tribunal a dictar varios miles de sentencias por año, mientras que la Corte Suprema de Justicia norteamericana resuelve en ese lapso no más de 100 casos.

27. Esta institución fue creada por la Corte Suprema de Justicia norteamericana a los fines de concentrar su competencia en las causas de mayor trascendencia jurídica y social y con el mismo objetivo fue incorporada en nuestra legislación. Véase Alberto Ricardo Dalla Via, *Manual de Derecho Constitucional*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004. Atento los problemas mencionados de la enorme cantidad de causas que llegan a su resolución, el Alto Tribunal de nuestro país utiliza asiduamente este procedimiento para rechazar una gran cantidad de ellas, con un simple sello que menciona el artículo respectivo y desprovisto de otra fundamentación.

28. En la jurisprudencia anterior de la Corte, se admitía que el último tribunal provincial de la causa no fuese necesariamente el Tribunal Superior o Corte Suprema de Justicia Provincial, lo que ahora se exige como requisito.

2. Derechos y libertades fundamentales

2.1. Las fuentes nacionales e internacionales de los derechos

Adelantamos que en el derecho constitucional argentino –tanto en el orden federal como provincial– se aprecian claramente 3 etapas: 1) el constitucionalismo liberal o clásico, que consagró el estado liberal y reconoció los derechos humanos de primera generación (civiles y políticos); 2) el constitucionalismo social, que estableció un estado social y reconoció los derechos humanos de segunda generación (derechos sociales) y 3) el constitucionalismo de la internacionalización de los derechos humanos, que concedió jerarquía constitucional a determinados tratados internacionales de derechos humanos y reconoció los derechos humanos de tercera generación.

En el orden federal la 1ª etapa comenzó en 1853 y 1860, la 2ª etapa en las reformas de 1949 y 1957 y la 3ª etapa en la reforma de 1994. En general se puede advertir que las Constituciones Provinciales se fueron adecuando a dichos cambios.

Sin embargo, en el tránsito hacia el constitucionalismo social algunas Constituciones Provinciales se adelantaron a la Constitución Nacional, como es el caso de las provincias de Mendoza (1915), San Juan (1927), de Entre Ríos (1933) y de Buenos Aires (1934), que reconocieron los derechos sociales de los trabajadores o el voto de las mujeres, mientras que ello ocurrió en el orden federal recién en 1949 y 1957.

Y en relación a la 3ª etapa ocurrió lo propio, pues las Constituciones Provinciales de Neuquén (1957), San Juan (1986) y Córdoba (1987) incluyeron entre sus disposiciones complementarias a algunos tratados internacionales de derechos humanos, además de reconocer los llamados derechos humanos de “tercera generación”, –como por ejemplo los referidos al medio ambiente previstos por la Constitución de Córdoba de 1987–, mientras que ello ocurrió en la Constitución Nacional con la reforma de 1994.

En consecuencia, y luego de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos²⁹, en nuestro constitucionalismo los

derechos fundamentales tienen una doble fuente: la nacional y la internacional. Y a su vez, la primera fuente se divide entre los diversos órdenes gubernamentales: federal, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales, ya que todos ejercitan poder constituyente (aunque de diverso grado) y han sancionado las respectivas Constituciones que reconocen dichos derechos³⁰.

Al referirse a los derechos en la Constitución Nacional, Germán J. Bidart Campos³¹ indica las siguientes normas que los reconocen: arts. 14, 20, 14 bis, 15, 16, 9 a 12, 26, 17, 7, 8, 19, 28, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 75 incs. 17, 19, 22, 23 y 24), 43, 18 y 125 y luego de destacar la densidad de los derechos, valores y principios de la Ley Suprema, señala

constitucional de 1994 –en la que tuvimos el honor de desempeñar la Vicepresidencia de la Comisión de Redacción–, que reconoció jerarquía constitucional a 11 instrumentos internacionales sobre derechos humanos: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

30. Aunque en el caso municipal es menester aclarar que el alcance de los derechos fundamentales reconocidos es más limitado, ya que se refiere especialmente a derechos políticos y de la vecindad, ya que no tendría mayor sentido otro reconocimiento de derechos de otro tipo, ya garantizados por las otras Constituciones. También indicamos que consideramos a las Cartas Orgánicas Municipales como verdaderas Constituciones locales, ya que trasuntan el ejercicio de un poder constituyente. Véase Antonio M. Hernández, *Derecho Municipal-Parte General*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

31. Cfr. Germán J. Bidart Campos, ob. cit., págs. 65/6. Para un análisis más detallado del sistema de derechos de nuestra Constitución, véase la misma obra, cap. VI, "El sistema de derechos"; Cap. VII, "La libertad y la igualdad jurídicas"; cap. VIII, "La Libertad religiosa"; cap. IX, "La Libertad de expresión"; cap. X, "La educación y la cultura"; cap. XI, "El derecho de asociarse"; cap. XI, "El derecho de asociarse"; cap. XII, "La libertad de contratar"; cap. XIII, "Un plexo de derechos enumerados e implícitos" (referidos a los de reunión, de petición, de circular y de casarse); cap. XIV, "Los nuevos derechos de los artículos 41 y 42" (al medio ambiente sano y de los usuarios y consumidores); cap. XV, "Los derechos implícitos"; cap. XVI, "El derecho de propiedad"; cap. XVII, "La expropiación"; cap. XVIII, "La tributación"; cap. XIX, "Los derechos sociales y el trabajo"; cap. XX, "Los derechos gremiales"; cap. XXI, "La seguridad social"; cap. XXII, "Los derechos políticos"; cap. XXIII "Los partidos políticos"; cap. XXIV, "Las garantías"; cap. XXV, "Las garantías penales"; cap. XXVI "Las limitaciones en el sistema de derechos"; cap. XXVII, "El amparo"; cap. XXVIII, "El habeas data"; cap. XXIX, "El habeas corpus" y cap. XXX, "Los tratados internacionales".

que hay una realimentación entre las partes dogmática y orgánica³² de la Constitución además del Preámbulo y las Disposiciones Transitorias. Asimismo sostiene que hay principios que tienen raigambre constitucional como el *pro homine* (a favor de la persona, para que se elija la norma más favorable cuando se utiliza la fuente nacional y la internacional); el *pro actione* (a favor de la acción, para que los jueces con criterio garantista señalen al justiciable la mejor vía para la tutela judicial efectiva) y el *favor debilis*, (para que se tome en cuenta la inferioridad de condiciones de la parte más débil en una controversia).

Por su parte, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en ejercicio de sus poderes constituyentes, al sancionar sus respectivas constituciones, incluyen en sus partes dogmáticas declaraciones, derechos y garantías. En la mayoría de los casos y por aplicación del art. 5° de la Constitución Nacional, que dispone la vigencia de los derechos y garantías individuales en las provincias, se repiten las enunciaciones de la Ley Suprema, lo que por otra parte es innecesario.

No obstante ello en el constitucionalismo provincial se advierte un notable desarrollo de los derechos y garantías, lo que muestra la riqueza de nuestro derecho público provincial. Sin embargo, es menester manifestar que muchas de estas normas provinciales no tienen plena y adecuada vigencia en la realidad³³. Hemos señalado que en nuestro país no existe un adecuado cumplimiento de la ley, motivado por un subdesarrollo cultural en materia jurídica, política y democrática. Asimismo sostenemos que las emergencias de todo tipo: institucionales, políticas, económicas y sociales, han contribuído a la lesión del Estado de derecho, del sistema republicano y de la plena vigencia de los derechos y garantías individuales³⁴.

32. Adviértase que en la reforma constitucional de 1994, al no estar habilitada la reforma de los primeros 35 artículos de la Constitución, se incorporaron los nuevos derechos fundamentales a través de un nuevo capítulo en esa Primera Parte (dogmática), que comprende los arts. 36 a 43 y además, en la Segunda Parte (orgánica) especialmente en el art.75 sobre atribuciones del Congreso, en varios incisos.

33. Véase *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 2005. En esta obra interdisciplinaria se analiza el problema del incumplimiento de las leyes y de la Constitución en la sociedad argentina.

34. Véase *Las emergencias y el orden constitucional*, de Antonio María Hernández, 1ª ed.,

Inicialmente, las Constituciones tuvieron las características propias de la primera etapa del constitucionalismo, o sea el liberal o clásico, que reconoció los llamados derechos humanos de primera generación. Pero posteriormente la mayor parte de ellas se insertaron en los lineamientos del constitucionalismo social. El derecho constitucional provincial –que se había adelantado en esta materia al constitucionalismo federal– consigna precedentes muy importantes antes mencionados, pues se reconoció los derechos de los trabajadores y el voto de las mujeres.

Dicho cambio se confirmó con la sanción de las Constituciones de las nuevas provincias a partir de 1957 y con las reformas efectuadas hasta 1966, además de las posteriormente efectuadas desde 1986, luego del restablecimiento de la democracia en 1983. Como antes dijimos, el constitucionalismo social significó el reconocimiento de los derechos sociales, también denominados de segunda generación y la búsqueda de un *welfare state*.

Estimamos que lamentablemente estos principios y derechos no tienen mayormente vigencia, porque se requiere un desarrollo político, económico y social en estas provincias y en todo el país, que no tenemos. Son “ofertas” que los constituyentes efectuaron a los pueblos de la Nación y de las respectivas provincias, lo que importa un compromiso para producir el cambio que las sociedades reclaman. Aquí aparece el debate sobre si estos derechos son operativos³⁵ o se trata de cláusulas “programáticas”³⁶. Más allá de algunos avances producidos en la jurisprudencia en torno a derechos de salud y de alimentación, es menester realizar un gran esfuerzo para asegurar la plena vigencia de estos derechos y con ello, la fuerza normativa de la Constitución³⁷.

Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002 y 2ª ed. ampliada, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Rubinzal-Culzoni Editores, Méjico, 2003.

35. O sea que deben aplicarse por el sólo mandato de la Constitución, sin requerir de ley reglamentaria alguna.

36. Que requieren para su operatividad del dictado de leyes reglamentarias. En tal sentido, el art. 22 de la Constitución de la provincia de Córdoba, establece: “Los derechos y garantías establecidos en esta Constitución son de aplicación operativa, salvo cuando sea imprescindible su reglamentación legal”.

37. Véase Antonio María Hernández, “Reflexiones constitucionales sobre el derecho a la salud”, en *El derecho de la salud, XVI Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, 13 y 14 de octubre de 2005*, Buenos

2.2. Derechos civiles y políticos y garantías del debido proceso en las Constituciones Provinciales

En materia de derechos civiles o personales, las Constituciones Provinciales denotan una común filosofía personalista y humanista por la amplitud y profundidad en el reconocimiento de los derechos del hombre. Así lo expresan estas leyes supremas al indicar que “todos los habitantes” o “todas las personas” gozan de los derechos, lo que impide cualquier discriminación al respecto³⁸.

Se reconocen derechos y garantías, que tutelan la libertad civil –conciencia, integridad física, defensa en juicio, correspondencia y papeles privados, comunicaciones, ejercicio del trabajo o profesión, etc.–, la igualdad, la libertad religiosa, de expresión, el derecho de reunión, de petición, de asociación, de enseñar y aprender, de propiedad, entre otros derechos propios del constitucionalismo clásico.

La Constitución Provincial que revela una mejor técnica de elaboración constitucional y sistematización es la de Córdoba. Clasifica

Aires, La Ley, 2007, págs. 41 y ss. Allí sostenemos: “Para concluir con este análisis de los incumplimientos constitucionales, consideramos conveniente efectuar otras consideraciones sobre la realidad de nuestro sistema de salud, para lo cual agregamos seguidamente un Anexo Estadístico con datos que hemos conseguido sobre el gasto de salud en el país y sobre la extensión de la cobertura en nuestra población.

Con respecto a lo primero, adviértase la magnitud del gasto efectuado en particular por las provincias, dentro del sector público y especialmente, por el sistema de seguridad social, que es el que efectúa las mayores erogaciones. Asimismo, en relación a esto, destacamos que el 6,6 % del Producto Bruto Interno de la Unión Europea se destina como promedio a la salud, mientras que esa proporción es de exactamente la mitad, o sea el 3,3, en América Latina. Asimismo no podemos dejar de mencionar que especialistas de salud pública con los cuales hemos dialogado nos han manifestado que se calcula que el 30 % del gasto destinado a salud queda en manos de quienes gerencian y administran dicho sistema, lo cual es una cifra altísima. Por otra parte, no se puede desconocer la falta de transparencia que caracteriza la administración de la salud, lo que nos enfrenta una vez más a problemas muy graves de nuestra administración: la falta de eficiencia y la corrupción.

En relación a lo segundo, los datos sobre la cobertura de salud son de extrema gravedad pues indican que ha aumentado desde el 36,9 % al 48,1 % entre 1991 y 2001 la población que carece de cobertura.

Con estas referencias insistimos en nuestra convicción sobre la necesidad de avanzar en estudios interdisciplinarios para mejor comprender las realidades sobre las que debe operar la ciencia jurídica”..

38. Constituciones de Córdoba, art. 18; Jujuy, art. 16; La Rioja, art. 19; Salta, art. 17; San Juan, art. 15; San Luis, art. 11; y Santiago del Estero, art. 17.

la sección "Derechos" en cuatro capítulos: "Derechos personales", "Derechos sociales", "Derechos políticos" y "Asociaciones y sociedades intermedias"³⁹.

Dentro de los derechos personales efectúa una enunciación de los derechos enumerados en el art. 19, que dice: "Todas las personas en la provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: 1) a la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal; 2) al honor, a la intimidad y a la propia imagen; 3) a la libertad e igualdad de oportunidades; 4) a aprender y enseñar, a la libertad intelectual, a investigar, a la creación artística y a participar de los beneficios de la cultura; 5) a la libertad de culto y profesión religiosa e ideológica; 6) a elegir y ejercer su profesión, oficio o empleo; 7) a constituir una familia; 8) a asociarse y reunirse con fines útiles y pacíficos; 9) a petitionar ante las autoridades y obtener respuestas y acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos; 10) a comunicarse, expresarse e informarse; 11) a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio; 12) al secreto de los papeles privados, la correspondencia, las comunicaciones telegráficas y telefónicas y las que se practiquen por cualquier otro medio; 13) a acceder, libre e igualitariamente, a la práctica del deporte".

Otras constituciones también efectúan similares reconocimientos de derechos, aunque con las particularidades propias, que van desde una Constitución demasiado escueta, como la de La Rioja, hasta una exageradamente reglamentarista, como la de Jujuy.

En las constituciones provinciales, al igual que en el artículo 33 de la Constitución Nacional, se reconocen derechos no enumerados, en virtud de distintas fórmulas⁴⁰.

39. Véase Antonio María Hernández, Capítulo de "Derechos", en el libro *La Constitución de Córdoba comentada*, de Frías y otros, La Ley, Buenos Aires, 2001 y el cap. de "Derechos", en el libro *Las nuevas Constituciones Provinciales*, de Frías y otros, Depalma, Buenos Aires, 1989.

40. Por ejemplo, la de Córdoba, en su art. 20, prescribe aquellos "que se derivan de la forma democrática de gobierno y de la condición natural del hombre"; Jujuy, en el art. 17, "...que hacen a la libertad, dignidad y seguridad de la persona humana, a la esencia de la democracia y al sistema republicano de gobierno";

Todo ello en un marco de respeto al ordenamiento jurídico fundamental emergente de los arts. 5 y 31 de la Constitución Nacional. Hay además explícitas referencias a los derechos y garantías de la Constitución Nacional en las Constituciones Provinciales⁴¹.

En cuanto a los derechos políticos, las Constituciones Provinciales hacen expresa profesión de fe democrática y republicana y enuncian el principio de la soberanía popular, en cumplimiento del mandato imperativo del art. 5 de la Constitución Nacional.

Se establece los caracteres del sufragio. Córdoba, en su art. 30, dice: "Todos los ciudadanos tienen el derecho y el deber de participar en la vida política. El voto universal, igual, secreto y obligatorio para la elección de las autoridades es la base de la democracia y el único modo de expresión de la voluntad política del pueblo de la provincia, salvo las excepciones previstas en esta Constitución....".

Se admite la posibilidad del ejercicio de los institutos de democracia directa o semidirecta, como la iniciativa popular, la consulta popular, el referéndum y en algunos casos, la revocatoria popular. Se fijan en mayor o menor medida, según las distintas leyes supremas, las bases del régimen electoral, que indican como particularidad el voto de los extranjeros ya no sólo al nivel municipal, sino también provincial, como en el caso cordobés, según lo que la ley reglamentaria prescriba.

Se constitucionaliza a los partidos políticos, como instrumentos fundamentales del sistema democrático.

Se incorporaron normas que regulan acciones positivas en razón del género, para garantizar el ingreso de la mujer en los órganos públicos de carácter electivo⁴².

En la Constitución de la provincia de San Juan de 1927 se había reconocido el derecho de la mujer a emitir su voto, lo que revela un

41. Córdoba, art. 18; Jujuy, art. 16, inc. 1; La Rioja, art. 28; Salta, art. 84; San Juan, art. 40; San Luis, art. 11; y Santiago del Estero, art. 38.

42. Las acciones positivas en relación al género se extienden a otros supuestos, como el mercado laboral. Sobre el tema, Calandrino Alberto y otra: El caso "Freddo" y las conductas patronales como "categorías sospechosas", *Revista AADC*, n° 192, 2003, p. 112.

notable adelanto del constitucionalismo provincial en la materia. Los derechos políticos de la mujer se reconocieron en el orden federal de nuestro país recién a partir de 1947 con la sanción de la Ley n° 13010, relativa al sufragio femenino⁴³.

Actualmente, el art. 37 de la Ley Suprema de la Nación, incorporado en la Reforma Constitucional de 1994, expresa que la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

Un caso especial es el de la Ley n° 8901 de 2000, sancionada en la provincia de Córdoba, que dispuso como regla general el principio de "participación equivalente de géneros" para la elección de candidatos, no sólo a cargos públicos electivos, sino ampliando su ámbito de aplicación a toda lista correspondiente a órganos colegiados, ejecutivos, deliberativos, de control, selección, profesionales o disciplinarios⁴⁴. No existen precedentes de esta naturaleza en otras partes del país, e incluso a nivel internacional sólo se puede señalar como la única experiencia semejante al llamado "movimiento por la paridad" en Francia⁴⁵, que obtuvo la sanción de normas semejantes.

43. El reconocimiento de los derechos de la mujer fue evolucionando a través del tiempo, en primer término con la sanción de la Ley 11.357 sobre derechos civiles de la mujer (1926), en razón que ésta era considerada "incapaz" en el Código Civil original; y luego se fue ampliando a otros campos, con la incorporación de instrumentos internacionales que reforzaron aquella legislación, como la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (Ley 15.786, 1960), y más tarde la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 23.179, del 3/6/85). Esta última (arts. 2, 3, 4 y 7) le impone a los Estados la obligación de establecer "medidas apropiadas", incluso legislativas, para la efectiva viabilidad de sus disposiciones y derechos consagrados. Esas medidas, de carácter temporal, habrán de cesar cuando se alcance la igualdad de trato y de oportunidades propugnada. Finalmente, la Ley 23.592 sanciona actos u omisiones discriminatorias determinados por motivo de sexo, entre otros varios supuestos.

44. Se ha cuestionado la constitucionalidad de esta Ley por Pablo Riberi, "Acciones afirmativas, igualdad y representación femenina: ¿cupos o tarifas en los cuerpos legislativos?", en *Foro de Córdoba*, n° 71, Córdoba (Argentina), pág. 107-130, 2001.

45. Mossuz-Lavau, Janine y otros: « Pouvoir et représentation politique: vers la parité », en *An 2000 quel bilan pour les femmes?, Problèmes politiques et sociaux* n° 835, París, 2000, p. 55-83; Scott, Joan W. « La querelle de las mujeres a finales del siglo XX », *New Left Review* (ed. Castellana) n° 3, Madrid, 2000, p. 97-116.

Todas las Constituciones Provinciales incorporan artículos referidos al debido proceso, defensa en juicio, prueba, juez natural, y la protección de la libertad personal, inviolabilidad del domicilio, las comunicaciones y los papeles privados. Algunas regulan en forma expresa garantías como el amparo, el hábeas corpus y hábeas data.

2.3. Los derechos económicos, sociales y culturales en las Constituciones Provinciales

Casi todas las Leyes Supremas Provinciales reconocen esta clase de derechos, que indican la pertenencia al constitucionalismo social de estos textos.

Además de prescribir dichos derechos en artículos que integran secciones o capítulos destinados a la temática, algunas constituciones también tienen otra normativa complementaria de la materia:

En la de Córdoba, por ejemplo, existen las "Políticas especiales del Estado", que abarcan "Trabajo, seguridad social y bienestar", "Cultura y educación", "Economía y finanzas". La Constitución de Jujuy trata "Cultura, educación y salud pública" y contiene una sección sobre "Régimen económico y financiero".

Los derechos sociales enunciados se relacionan con la protección de la familia; los derechos de los trabajadores; y en especial: 1) condiciones dignas y equitativas para el desarrollo de sus actividades; 2) jornada limitada en razón de su edad, sexo o por la naturaleza de la actividad; 3) descanso y vacaciones pagados, y licencias ordinarias o especiales; 4) retribución justa; 5) salario mínimo, vital y móvil; 6) igual remuneración por igual tarea; 7) protección contra el despido arbitrario; 8) capacitación profesional en consonancia con los adelantos de la ciencia y de la técnica; 9) higiene, seguridad en el trabajo, asistencia médica y farmacéutica, de manera que su salud esté debidamente preservada. A la mujer embarazada se le acordará licencia remunerada en el período anterior y posterior al parto y durante las horas de trabajo el tiempo necesario para lactar; 10) prohibición de medidas que conduzcan a aumentar el esfuerzo en detrimento de su salud o mediante trabajo incentivado, como condición para determinar su salario; 11) vivienda, indumentaria, y ali-

mentación adecuadas, cuando correspondiere por ley; 12) salario familiar; 13) mejoramiento económico; 14) participación en actividades lícitas tendientes a la defensa de sus intereses profesionales; 15) sueldo anual complementario; 16) reserva del cargo o empleo cuando se estableciere por la Ley Nacional o Provincial; 17) organización sindical libre y democrática basada en la elección periódica de sus autoridades por votación.

Asimismo, se reconocen los derechos de la mujer; la protección de la niñez; los derechos de la juventud; los derechos de los discapacitados y de los ancianos⁴⁶.

3. La protección de los derechos con especial referencia al juicio local de amparo

3.1. El amparo en el orden federal

A lo largo de este trabajo hemos referenciado el sistema de derechos de nuestro ordenamiento jurídico y la protección de los mismos, conforme a la organización federativa del Estado argentino.

Aunque de manera sintética, se ha puesto de relieve la doble fuente de los derechos como así también las características de nuestros Poderes Judiciales, a los que se agrega la posibilidad de la protección de derechos a través de los sistemas regional y universal, previstos por los tratados internacionales de derechos humanos, algunos de los cuales tienen rango constitucional e integran nuestro llamado bloque de constitucionalidad federal.

Asimismo, hemos enunciado brevemente los institutos procesales que pueden utilizarse ante la justicia federal y las provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para el ejercicio del control de constitucionalidad, que es la función más importante que tiene cual-

46. Véase Antonio María Hernández, capítulo de "Derechos", en el libro *La Constitución de Córdoba comentada*, de Frías y otros, La Ley, Buenos Aires, 2001 y el cap. de "Derechos", en el libro *Las nuevas Constituciones Provinciales*, de Frías y otros, Depalma, Buenos Aires, 1989.

quier juez en nuestro país. Demás está decir que dicho control difuso está dirigido sustancialmente a salvar la supremacía de las Constituciones, que, a su vez, tienen como su más importante objetivo el de asegurar la dignidad de la persona humana, conforme la filosofía liberal, humanista y democrática que emerge de sus normas, principios y valores.

Con elocuencia, decía al respecto Joaquín V. González en su célebre *Manual de Derecho Constitucional*: “No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples formulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina”.

De ahí que para la vigencia plena de nuestro Estado de derecho y de los derechos humanos sea fundamental el respeto a la independencia de los Poderes Judiciales, que es un principio cardinal del sistema republicano y democrático, así como la más firme convicción de los jueces sobre su peraltada misión.

En este marco, no puede dejar de señalarse la importancia que tiene el amparo, dentro de las garantías previstas para asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales.

En nuestro derecho, así como el hábeas corpus es la garantía de mayor linaje histórico, destinada a preservar la libertad física o de locomoción, el amparo es la garantía genérica más importante en relación a los otros derechos fundamentales.

Se pueden señalar en el orden federal tres etapas sobre este particular: a) su creación de manera “pretoriana”, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los fallos “Siri Angel” de 1957 y “Kot SRL” de 1958, que admitieron la acción de amparo contra actos lesivos de derechos fundamentales provenientes del Estado y de particulares, respectivamente; b) la legislación del Instituto mediante la Ley nº 16.986 de 1966, que restringió los alcances del mis-

mo⁴⁷ y c) la constitucionalización del amparo en el art. 43, incorporado en la reforma constitucional de 1994.

Esta norma de la Ley Suprema Federal expresa: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

"Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la Ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

O sea que la Constitución Nacional ha admitido el amparo clásico tanto contra actos del Estado como de particulares y ha reconocido expresamente a los jueces la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de las normas violatorias de derechos fundamentales, tanto de manera actual como inminente. Asimismo en el segundo párrafo ha reconocido el amparo llamado colectivo, que

47. Dicha llamada Ley fue dictada por un gobierno *de facto*, que limitó los alcances del amparo, que había sido creado en los casos antes citados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Allí se estableció que el mismo no sería admisible cuando: "a) existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener protección del derecho o garantía constitucional de que se trate, b) el acto impugnado emanare de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la Ley 16.970, c) la intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad o eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado., d) la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas, e) la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en el que el acto fue ejecutado o debió producirse". La sola lectura de los incisos revela la decisión de limitar al amparo. Aquí aparece la prohibición del amparo contra actos del Poder Judicial, que se ha mantenido a lo largo del tiempo.

también ha importado una ampliación notoria de la legitimación activa para la defensa de los derechos indicado y los de "incidencia colectiva"⁴⁸.

Lamentablemente todavía no se ha sancionado por el Congreso la nueva Ley de Amparo, que derogue la todavía vigente 16.986, pese a que ésta es claramente contraria al ordenamiento supremo. Es otra de las deudas que se tienen con la reforma constitucional de 1994, que significó una notoria modernización de nuestro derecho público, con particular relevancia en el tema de los derechos y garantías fundamentales.

Néstor Pedro Sagüés⁴⁹ señala que en el orden federal existe un abanico de acciones de amparo: la de la Ley 16.986, contra actos u omisiones de la autoridad pública; contra actos u omisiones de particulares, prevista por los arts. 321 y 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; el amparo por mora de la administración, de las leyes 19.549 y 21.686; el recurso de amparo por mora de la Administración Federal de Impuestos y la Administración Nacional de Aduanas, de las leyes 11.683 y 22.415 y modificatorias; los amparos electorales del Código Nacional Electoral; el amparo sindical, de la Ley de Asociaciones Profesionales 23.551 y el Amparo Ambiental, de la Ley 25.675. También menciona el amparo "interamericano", previsto por el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que en nuestro país tiene rango constitucional, como antes lo expusimos.

No podemos dejar de destacar la extraordinaria importancia que el amparo alcanzara con motivo de la última emergencia sufrida en el país a fines del 2001, ya que la instauración del llamado "corralito" económico y financiero originó la presentación de más de 400.000 acciones judiciales de este tipo, para enfrentar la confiscación producida por el Gobierno Federal y los bancos sobre

48. Véase Germán J. Bidart Campos, ob. cit., págs. 210/3.

49. Cfr. Néstor Pedro Sagüés, "El derecho de amparo en Argentina", en el libro *El derecho de amparo en el mundo, coordinado por los Profesores mejicanos Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor*, editado conjuntamente por la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Porrúa y la Konrad Adenauer Stiftung, en Méjico, 2006, págs. 44/46. También remitimos a este artículo para un análisis detallado del derecho de amparo en nuestra legislación federal.

aproximadamente 70.000 millones de dólares depositados en plazos fijos⁵⁰.

Por último, el art. 43 de la Constitución Nacional tiene plena vigencia además en los ordenamientos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por virtud del art. 5 de la Ley Suprema Federal, que antes mencionamos.

3.2. El amparo en las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En la lista de materias en que el constitucionalismo de las provincias se adelantó al federal también se debe incluir al reconocimiento de esta garantía fundamental. En efecto, así lo hicieron las Constituciones de las provincias de Santa Fe de 1921, la de Entre Ríos de 1933, la de Santiago del Estero de 1939, la de Mendoza de 1949 y las correspondientes a las nuevas provincias de Chaco, Chubut, Formosa, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro y Santa Cruz en el proceso constituyente iniciado en 1957⁵¹.

En las otras provincias, el Instituto fue incorporado mediante legislación infraconstitucional, que siguió los lineamientos de la Ley n° 16.986 del orden federal, hasta que comenzado el último

50. Hemos analizado extensamente la cuestión en nuestros libros *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus 2 ediciones, ya citados en nota 20, bajo el título "La inconstitucionalidad del corralito financiero y bancario". Allí hemos puesto de relieve la importancia de la reacción popular y la lucha de los abogados en defensa de los derechos constitucionales violados a través de los amparos, así como la adecuada respuesta del Poder Judicial de la Nación a través de las medidas cautelares y sentencias de los jueces de Primera Instancia y Camaristas de todo el país, que declararon la inconstitucionalidad de dicha legislación de emergencia. En cuanto a la Corte Suprema, primeramente en los fallos "Smith" de 2002 y luego en "Provincia de San Luis" en 2003, ratificó la jurisprudencia de dichos magistrados inferiores, en un correcto ejercicio del control de constitucionalidad, que incluso modificara la tradicional posición convalidatoria de todo tipo de emergencia económica. Pero posteriormente, con la actual integración, el Alto Tribunal en el caso "Massa", de 2006, que ratifica los precedentes "Cabrera" y "Bustos", ha regresado a la anterior jurisprudencia, que hemos juzgado lesiva del Estado de derecho, del sistema republicano y de la plena vigencia de los derechos fundamentales. En este aspecto, véase también nuestro comentario "El caso "Massa" y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica", Suplemento Especial de La Ley, "La emergencia y el caso Massa", febrero de 2007, Buenos Aires, págs. 70/79.

51. Cfr. Néstor Pedro Sagüés, *El derecho de amparo en Argentina*, ob. cit., pág. 41.

proceso de reformas constitucionales provinciales a partir de 1986, fue alcanzando la mayor jerarquía normativa. También hizo lo propio la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el art. 14 de su Constitución de 1996, con texto muy similar al art. 43 de la Ley Suprema Federal⁵².

Se comprenderá que existe una multiplicidad de textos que impiden en esta oportunidad un análisis exhaustivo de los mismos. Limitándonos a consideraciones generales, observamos un proceso similar al del orden federal, ya que la Ley 16.986 todavía está vigente, pese a las nuevas disposiciones del art. 43 de la Constitución Nacional. Y lo mismo se aprecia en las provincias, que todavía no han adecuado sus reglamentaciones del amparo —efectuadas en leyes especiales o en los respectivos códigos de procedimientos o incluso en un Código Procesal Constitucional como en Tucumán—, a las nuevas normas constitucionales tanto provinciales como a la federal, que tiene plena vigencia en todo nuestro derecho, como antes lo explicamos.

Estimamos necesario puntualizar que el amparo ante la jurisdicción provincial, lo mismo que cualquier otra causa judicial, debe tramitarse íntegramente en dicha sede y conforme al procedimiento respectivo, se podrá finalmente llegar por vía de recursos extraordi-

52. Expresa el art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: "Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la ciudad sea parte.

Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor.

El agotamiento de la vía administrativa no es requisito para su procedencia.

El procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad. Todos los plazos son breves y perentorios. Salvo temeridad o malicia, el accionante está exento de costas.

Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva."

narios ante el Tribunal Superior o Corte Suprema de la provincia respectiva o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sólo cuando exista una "cuestión" o "caso" federal, se podrá recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme a lo expuesto en el punto sobre el Recurso Extraordinario Federal. Pero, tal como lo explicamos, siempre debe cumplirse con el requisito de la "sentencia definitiva", que luego del caso "Strada", obliga a la intervención del más alto Tribunal de la provincia respectiva o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4. Conclusiones finales

1. Que es evidente que Argentina se inscribe dentro de los modelos federales más descentralizados en materia judicial, habida cuenta de la existencia de distintos Poderes Judiciales: el Federal, los Provinciales y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Que en este caso urge puntualizar la importancia que tiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como intérprete final de la Constitución, para garantizar los principios federales de nuestra organización política.

3. Que es necesario destacar la notoria trascendencia que ha tenido el constitucionalismo provincial en el reconocimiento de derechos y garantías, adelantándose en no pocas oportunidades al constituyente federal.

4. Que luego de la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de la internacionalización de los derechos humanos, existen tres fuentes distintas para los derechos y garantías: la internacional, la federal y las provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

5. Que el amparo en Argentina presenta dos características distintivas: a) no procede contra actos del Poder Judicial y b) la revisión por parte de la justicia federal respecto a un amparo tramitado ante las justicias locales, sólo puede ser efectuada por vía del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha establecido como uno de sus requisitos que la "sentencia de-

finitiva" sea la del Tribunal Superior o Corte Suprema de la provincia respectiva o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

6. Que resulta fundamental para asegurar la mejor protección de los derechos fundamentales y el federalismo judicial, el mantener un sistema de control de constitucionalidad "difuso". Por razones de brevedad, ya que esta cuestión merece mayor consideración, sólo argumentamos con estas razones: a) porque así lo exige nuestra deficiente cultura constitucional⁵³ y b) porque un sistema concentrado desconocería los principios federales de nuestra organización político-institucional en general y judicial en particular⁵⁴.

53. Véanse las respectivas Encuestas de Cultura Constitucional, efectuadas en nuestros países: *Cultura de la Constitución en Méjico*, de Hugo A. Concha Cantú, Héctor Fix Fierro, Julia Flores y Diego Valadés, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 2004 y *Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina, una sociedad anómica*, de Hernández, Zovatto y Mora y Araujo, antes citado. Aunque este tema amerita un debate mucho mayor, consideramos que por la magnitud geográfica, historia y cultura de nuestros países, además de la calidad de las instituciones políticas y democráticas, educación popular, etc. no sería beneficioso una concentración del control de constitucionalidad por intermedio de un tribunal constitucional como en el sistema concentrado europeo, que también ha sido seguido por algunos países de América Latina. Por otra parte, en nuestro caso tenemos la experiencia concreta vivida con motivo del "corralito", que produjera un cambio histórico en materia del control de constitucionalidad de las emergencias económicas y que fue posible entre otras razones, porque el poder político no pudo controlar el accionar de los cientos de jueces y camaristas federales diseminados en todo el país. Con los peligros que se atraviesan en América Latina para la plena vigencia del sistema republicano y la independencia de los poderes judiciales, qué podría pasar con un Tribunal Constitucional concentrado? Es fácil imaginar la respuesta... Por ello insistimos férreamente en la defensa de nuestros actuales sistemas de control difuso.

54. Piénsese en la importancia que tienen los Poderes Judiciales dentro de los Estados Provinciales, como elemento fundamental de su organización política republicana, y sobre todo, con la competencia de efectuar el respectivo control de constitucionalidad.

RESUMEN

Se describe el federalismo judicial argentino, pues existe un Poder Judicial Federal y además un Poder Judicial para cada una de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se analiza la competencia de los respectivos Poderes Judiciales de acuerdo a la Ley Suprema, como así también lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos. Se destaca el control de constitucionalidad difuso, que implica que cualquier juez federal o provincial está habilitado para ello, aunque la Corte Suprema de Justicia federal es la intérprete final de la Constitución. Se consideran los sistemas de designación en las justicias provinciales, los principios de inamovilidad e independencia de los jueces y las características del control de constitucionalidad. En cuanto a los derechos fundamentales, se estudian la doble fuente nacional e internacional de los mismos, que reconocen los derechos civiles y políticos y los de tipo económicos, social y cultural, tanto en el orden federal como en las constituciones provinciales. Se analiza la garantía específica del amparo para ellos, tanto en el orden federal como en las provincias.

Palabras clave: federalismo judicial; Corte Suprema de Justicia de la Nación; justicia provincial; control de constitucionalidad difuso; derechos fundamentales de doble fuente; amparo.

RESUM

Es descriu el federalisme judicial argentí, ja que existeix un poder judicial federal i a més un poder judicial per a cada una de les províncies i la ciutat autònoma de Buenos Aires. S'analitza la competència dels respectius poders judicials, d'acord amb la llei suprema, així com el que estableix la Convenció Americana de Drets Humans. Es destaca el control de constitucionalitat difús, que implica que qualsevol jutge federal o provincial està habilitat per a això, encara que la Cort Suprema de Justícia federal és la intèrpret final de la Constitució. Es consideren els sistemes de designació en les justícies provincials, els principis d'inamobilitat i la independència dels jutges i les característiques del control de constitucionalitat. Pel que fa als drets fonamentals, s'estudien la doble font nacional i internacional d'aquests, que reconeixen els drets civils i polítics i els de tipus econòmics, social i cultural, tant en l'ordre federal com en les constitucions provincials. S'analitza la garantia específica de l'empara per a aquests, tant en l'ordre federal com en les províncies.

Paraules clau: federalisme judicial; Cort Suprema de Justícia de la nació; justícia provincial; control de constitucionalitat difús; drets fonamentals de doble font; empara.

ABSTRACT

Argentinean judicial federalism is described, wherein there exists a federal judiciary and also a separate judiciary for each of the provinces and the autonomous city of Buenos Aires. The powers of the respective judiciaries are discussed, along with the provisions of the American convention on human rights. Emphasis is given to control over diffuse constitutionality, which means that any federal or provincial judge is empowered in this area, although the federal supreme court of justice is the final interpreter of the constitution. The systems for appointments to the provincial judiciaries are considered, together with the principles of the tenure and independence of judges and the features of control of constitutionality. With regard to fundamental rights, the dual national and international sources of these is studied. These recognize civil and political rights as well as those of an economic, social and cultural nature, both in the federal system and in the provincial constitutions. The specific guarantee of legal protection for these is analyzed at both federal and provincial level.

Key words: judicial federalism; supreme court of justice of the nation; provincial; control of diffuse constitutionality; fundamental rights from dual sources; legal protection.