

INTRODUCCION AL DERECHO PUBLICO PROVINCIAL

Alberto Montbrun

Publicado en Derecho Público Provincial; Tomo I, Segunda Edición Actualizada; Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, LA LEY, Buenos Aires, 2003

I. Consideraciones generales. II. El nombre de la disciplina. III. El contenido del Derecho Público Provincial. 1. La Nación y las provincias. 2. La provincia. 3. La provincia y los municipios. 4. Los municipios. 5. La ciudad de Buenos Aires. 6. La jurisprudencia de los Superiores Tribunales de Provincia y de la Corte Nacional. IV. Fuentes del Derecho Público Provincial. V. La metodología de aproximación. 1. Enfoques tradicionales. 2. Enfoques integradores. 3. La perspectiva sistémica – cibernética.

I. Consideraciones generales

El Derecho Público Provincial (DPP) puede ser considerado como el área del derecho que abarca el estudio de las instituciones, procesos políticos y formalizaciones normativas de las provincias y los municipios, y las relaciones e interacciones entre los cuatro órdenes jurisdiccionales del federalismo argentino: el régimen federal, el régimen provincial, el régimen municipal y el régimen de la Ciudad de Buenos Aires.

Lo específico del DPP, en tanto derecho constitucional, es que el mismo existe a partir de la organización federal de nuestro país, y constituye un espacio de articulación de norma y realidad que presenta disparidades y también fuertes regularidades en las veinticuatro jurisdicciones locales que componen la base de la materia objeto de nuestro análisis. Ya en 1928 aclaraba Clodomiro Zavalía que “en un país que se rigiera por un sistema de gobierno distinto del federal no tendría razón de ser esta asignatura”¹.

No obstante esta especificidad, el DPP – como derecho constitucional de las provincias – participa de la característica de éste en el sentido de ser un “derecho del poder”², enfatizándose fuertemente en los últimos años los aspectos relacionados a la organización del Estado y al ejercicio de la autoridad, aunque sin soslayar del todo los aspectos vinculados a las declaraciones, derechos y garantías.

El DPP participa también de las características del derecho constitucional, en lo referido al aspecto normativo, de dos grandes áreas temáticas: 1) el diseño de la relación entre las personas y los grupos con el Estado (derechos, deberes, garantías, declaraciones, valores colectivos y participación) y 2) de la organización y funcionamiento de los poderes públicos provinciales y locales.

En lo que refiere a su condición de derecho del poder, reviste las características de todo producto normativo resultante de decisiones políticas previas, que involucran al Estado y la comunidad en cualquier nivel jurisdiccional. Por lo tanto, la comprensión del DPP como producto jurídico o normativo es inescindible de la comprensión profunda del sistema político argentino, que adquiere a lo largo del último siglo los rasgos propios de una democracia representativa partidocrática.

¹ Zavalía, Clodomiro; *Derecho Público Provincial y Municipal*; Ariel, Buenos Aires, 1928.

² Bidart Campos, Germán; *Derecho constitucional del poder*; Ediar, Buenos Aires, 1967, Tomo I.

En ese contexto, el DPP aparece como el encauzador de las decisiones de este particular sistema de organización política, cristalizando en normas jurídicas semipétreas las decisiones autoritativas de valor que interesan a los decisores. Así, el DPP tiende en los últimos años a consagrar reelecciones sin límites de gobernadores, intendentes y legisladores; incorpora la obligatoriedad del sufragio – que también llega a la Constitución Nacional en 1994 – priorizando su carácter de “obligación legal de incumplimiento punible” por encima de su carácter de derecho a la participación política; establece también el monopolio de las candidaturas para los partidos políticos – en momentos en que vastos sectores de la población no se sienten representados por los partidos – y llega incluso a reconocer a las bancas legislativas como pertenecientes a los partidos y no al pueblo³.

Al mismo tiempo, el DPP, como derecho federal, formaliza en los niveles locales e impulsa en el nivel nacional la satisfacción de reclamos y reivindicaciones provinciales y municipales largamente avasalladas por el estado federal. En tal sentido pueden mencionarse las disposiciones sobre “cláusula federal”, “recursos naturales”, “coparticipación de impuestos”, “autonomía municipal” y otras que, impulsadas nítidamente desde las provincias, llegan a lo largo de las dos últimas décadas a las constituciones provinciales y en 1994 a la Constitución Nacional.

II. El nombre de la disciplina

Si bien la cuestión ha sido materia objeto de algún debate y controversia, entendemos que el nombre de la disciplina reúne características que justifican largamente su mantenimiento. El origen de la misma tiene una fecha, un lugar y un autor preciso: Juan Bautista Alberdi llamó así a la disciplina en oportunidad de escribir su libro *Elementos del Derecho Público Provincial* que fuera fruto del encargo, que en 1854 recibiera del entonces Gobernador de Mendoza Pedro Pascual Segura, de redactar el anteproyecto de lo que sería la primera constitución provincial argentina posterior a la sanción de la Constitución nacional de 1853: la constitución de la provincia de Mendoza.

Salvo Arturo M. Bas - profesor de la materia en la Universidad de Buenos Aires -, que tituló su libro *Derecho Federal Argentino*, publicado en 1927, el resto de la doctrina nacional ha preferido la actual denominación, que se justifica por ser la materia provincial – junto a la creciente importancia de lo municipal – el componente más importante de este derecho.

Por ello, investigadores y profesores como Pedro J. Frías, Dardo Pérez Guilhou, Arturo Iturrez, Ricardo Zuccherino, Rodolfo Berardo, Néstor Losa, Antonio María Hernández y tantos más, utilizan esta denominación, en una posición que compartimos.

III. El contenido del Derecho Público Provincial

Por su riqueza, variedad y multiplicidad de materias, el Derecho Público Provincial y Municipal surge no sólo de la cantidad de jurisdicciones autónomas de producción jurídica involucradas en Argentina (el Estado federal, las veintitrés provincias, la ciudad – estado de Buenos Aires y mil seiscientos treinta y dos municipalidades y la reciente aparición de las regiones), sino también de la particular capacidad de adaptación, innovación y flexibilidad que caracteriza en general a los regímenes federales de gobierno.

³ La pertenencia de las bancas a los partidos políticos se encuentra consagrada, por ejemplo, en las constituciones provinciales de Río Negro (artículo 25) y La Rioja (artículo 76).

No obstante ello, intentamos clasificar el contenido en las áreas básicas que a continuación se detallan.

1. La Nación y las provincias

En esta área temática se exploran y analizan las instituciones, formalizaciones normativas y procesos políticos subyacentes en la relación Nación – Provincias como así también las consecuencias que de ellas derivan para el colectivo social, encontrándose entre otros temas las disposiciones que sean pertinentes de la Constitución Nacional, leyes de coparticipación de impuestos, acuerdos interjurisdiccionales, cláusula federal en las constituciones provinciales y regímenes de competencias compartidas y concurrentes.

2. Las provincias

La parte central del DPP es la referida a las instituciones, formalizaciones normativas y procesos políticos subyacentes en las provincias. Aquí se analizan las Constituciones provinciales en general, preámbulos y organización del poder, leyes orgánicas regulatorias de Fiscalía de Estado, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, Poder Judicial, Ministerio Público, régimen electoral, mecanismos de participación ciudadana, etc.

3. La provincia y los municipios

Abarca lo relativo a las instituciones, formalizaciones normativas y procesos políticos subyacentes en la relación Provincia – Municipios, relacionados fundamentalmente a disposiciones constitucionales provinciales sobre municipios, leyes de coparticipación municipal de impuestos, acuerdos Provincia – municipios, procesos de descentralización y transferencias de competencias, funciones y servicios, etc.

4. Los municipios

El capítulo de régimen municipal es una de las áreas temáticas que han tenido un incremento más significativo y trascendente sobre todo desde el proceso de consolidación de las autonomías municipales que se inicia a partir de 1.986 con las reformas constitucionales provinciales y se fortalece con el caso “Rivademar” en 1989 y el nuevo artículo 123 de la Constitución Nacional. El área abarca lo relativo a instituciones, formalizaciones normativas y procesos políticos subyacentes en el Municipio, involucrando temas como cartas orgánicas municipales, leyes orgánicas municipales, régimen jurídico de la justicia municipal de faltas, sistemas de participación política y social local, régimen de los recursos municipales, etc.

5. La ciudad de Buenos Aires

A partir de 1.994, a través de la decisión de la Convención Constituyente, la Ciudad de Buenos Aires adquiere un status jurídico político de autonomía que supera incluso las previsiones originarias del Pacto de Olivos y la ley 24.309. Erigida con este nuevo status en Ciudad–Estado, la ciudad de Buenos Aires dicta su estatuto de autonomía en 1996 y se incorpora al contexto de nuestro federalismo desde una perspectiva fuertemente autonómica⁴.

6. La jurisprudencia de los Superiores Tribunales de Provincia y de la Corte Nacional

⁴ **Hernández, Antonio María**; *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997

En el contexto de un ordenamiento jurídico que reconoce supremacía a la Constitución Nacional sobre todas las otras leyes y constituciones (artículo 31 de la Constitución Nacional) y que reconoce a los órganos superiores del Poder Judicial un significativo control de constitucionalidad, que en tanto intérpretes definitivos de los textos legales y su congruencia con la Constitución, adquieren un papel de extraordinaria relevancia⁵.

La jurisprudencia es por ello una de las principales fuentes del DPP y su conocimiento y estudio es fundamental para la comprensión del funcionamiento real de nuestras instituciones.

IV. Fuentes del Derecho Público Provincial

Dentro de los conceptos tradicionales de fuentes del derecho, y coincidiendo con Cueto Rua en la inconveniencia de la distinción entre fuentes “formales” y “materiales”⁶ destaquemos que entre las principales fuentes normativas de la disciplina debe mencionarse la Constitución Nacional, las constituciones provinciales y las cartas orgánicas municipales, cuya aparición relativamente reciente en el derecho argentino reafirma la vitalidad del derecho local.

Respecto a la doctrina, se ha señalado ya su valor relativo como fuente del derecho, por ser una fuente de tipo “indirecto” toda vez que su real impacto se produce cuando modifica las otras fuentes tradicionales. No obstante ello, ha resultado una fuente de extraordinaria importancia en nuevos institutos del DPP como la “cláusula federal” incorporada ahora a muchas constituciones provinciales; el tratamiento de la operatividad de los derechos; los distintos niveles o grados de la autonomía municipal; la generación de nuevos mecanismos de financiamiento municipal y muchas otras que se verán a lo largo de la obra.

V. La metodología de aproximación

Preferimos los términos “metodología de aproximación” o *approach* para señalar el proceso intelectual de acercamiento a un fenómeno a fin de comprenderlo y explicarlo. Este concepto es más amplio que el de método, entendido este último como la serie de pasos a seguir para acceder a un conocimiento validado como “científico” en un contexto determinado.

Como toda rama del derecho, el DPP es materia objeto de abordajes de indagación epistemológica que van desde perspectivas rígidamente normativas y exegéticas hasta otras fuertemente vinculadas a las ciencias políticas y sociales. Más recientemente, aparecen en escena la teoría de sistemas y las ciencias de la complejidad, con un significativo impacto en la comprensión y el análisis crítico de las instituciones tradicionales de la sociedad industrial. Por ello, la materia relacionada a la metodología de aproximación al DPP – como al derecho en general – es de ardua explicitación.

Relativizamos desde ya para nuestra disciplina pretensiones de “autonomía” científica ya que a nuestro juicio el DPP no es sino un área del derecho constitucional en general, calificado en todo caso por las especificidades ya señaladas.

1. Enfoques tradicionales

⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída; *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia* en Pérez Guilhou y otros, *Derecho Público Provincial*, Tomo II, Depalma, 1991.

⁶ Cueto Rua, Julio; *Las fuentes del derecho*; Buenos Aires, 1971.

El constitucionalismo, como fenómeno histórico-político y también como producto jurídico, es un resultante relativamente reciente que acompaña la consolidación del paradigma científico cartesiano-newtoniano y la emergencia del Estado secular como forma preferible de organización política.

Si bien a lo largo de los siglos XVII y XVIII el derecho giró bajo perspectivas metodológicas ius naturalistas de base religiosa, el derecho constitucional se basó fundamentalmente en el ius naturalismo racionalista de base contractualista que se desarrolló en las revoluciones inglesa, francesa y norteamericana.

Como una reacción a ese racionalismo, aparecieron principalmente a lo largo del siglo XIX diversas vertientes metodológicas que buscaron cubrir las falencias de dicho enfoque.

Así, el historicismo y luego los enfoques positivistas, jurídicos, sociológicos, políticos y teleológicos aportaron sus enriquecedoras visiones del fenómeno y profundizaron la relación del derecho con la ciencia política⁷. En el siglo XX, las teorías sobre el Estado de Duguit y Heller – entre otras – se inscribieron en la misma tendencia.

2. Enfoques integradores

Ya a mediados del siglo XX, una vez examinadas las profundas relaciones entre el derecho constitucional y la ciencia política, se hacen evidentes las limitaciones de los enfoques monistas y reduccionistas, comenzando a trabajarse en metodologías integradoras y en ocasiones claramente sincréticas.

La emergencia del realismo jurídico, implicó la posibilidad de integrar a los análisis puramente jurídicos los provenientes de los más variados aspectos de los procesos políticos y sociales en los cuales el fenómeno constitucional tiene lugar, con un relevante papel reservado a la cultura política⁸.

Este tipo de método aúna enfoques histórico-institucionales, sociológicos, lógico-jurídicos, psicológico-sociales, geográfico-espaciales y demás aspectos complementarios cognoscitivos y explicativas de la realidad provincial⁹ siendo el método que aparece como vigente en la actualidad.

Más novedoso y riguroso desde la perspectiva metodológica, aunque siempre dentro del paradigma científico tradicional, el enfoque trialista del derecho postula una aproximación englobante de los aspectos normológicos, sociológicos y dikelógicos que actúan en la producción y vigencia de la norma jurídica. Werner Goldshmidt introdujo este enfoque en Argentina¹⁰ y ha tenido continuadores de gran prestigio como Néstor Sagües y Germán Bidart Campos.

3. La perspectiva sistémica – cibernética

⁷ Linares Quintana, Segundo; *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*; Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.

⁸ César Enrique Romero, *Derecho Constitucional*, V. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1975, Tomo I.

⁹ Arias de Ronchetto y Castorina de Tarquini; *Introducción al Derecho Público Provincial*, en Pérez Guilhou y otros, *Derecho Público Provincial*; Depalma, Mendoza, 1990.

¹⁰ Goldshmidt, Werner; *Introducción filosófica al Derecho*; Depalma, Buenos Aires, 1978.

Así mismo hacia mediados del siglo XX, con la generalización de los enfoques integrales comienza a advertirse que la propia ciencia política se ha convertido en un gigantesco y desarticulado conjunto de conocimientos, datos e informaciones, que abarca desde las reflexiones sobre la moral y la religión hasta perspectivas formalistas, basadas en el derecho público; institucionales, concentradas en el Estado; sociológicas, analizando el papel de los grupos y partidos; kratológicas, estudiando el fenómeno del poder y behavioristas, focalizadas en la conducta humana en relación intersubjetiva. Todo ello, sin contar el papel organizador y etiquetador de las ideologías que tuvieron un papel trascendental a lo largo del siglo.

Ante esta maraña de conocimientos y enfoques, y ante las evidentes dificultades del positivismo tradicional para explicar la complejidad de los fenómenos sociales científicos provenientes de distintas disciplinas comienzan a reflexionar transversalmente desde una perspectiva novedosa que habrá de conocerse como *enfoque sistémico*¹¹.

Se comienza a advertir que los problemas complejos reclaman necesariamente soluciones complejas. Esto significa que debemos dirigirnos a abordar la integralidad de las situaciones problemáticas que plantea el mundo real, con metodologías que atiendan efectivamente a todos los elementos relacionados con las mismas y que ponderen todas las interacciones relevantes.

Resulta importante destacar que un “sistema” es cualquier parte del mundo real que un observador decide abstraer para su análisis y estudio, es decir que el mismo es siempre un objeto definido por el analista, en el marco de una cosmovisión determinada¹².

Dada la brevedad de este trabajo resumiremos las características de esta metodología, que hemos tenido oportunidad de desarrollar en un estudio anterior¹³, señalando que el enfoque sistémico es:

Fenomenológico: El análisis sistémico parte y vuelve iterativamente de la realidad. No se basa en preconceptos ideológicos o dogmáticos de ningún tipo. La comprensión del mundo real importa también comprender los matices y lecturas de todos los actores involucrados en una “situación–problema”, e implica relevar la circunstancia de que el análisis es desarrollado por cada observador desde su propia cosmovisión y desde sus propios modelos mentales;

Complejo: Los sistemas son complejos porque están formados por muchos elementos o subsistemas entre los cuales se verifican procesos de intercambio y relaciones no lineales;

Estructural – funcional: El aspecto estructural del enfoque sistémico atiende al modo en que están organizadas las distintas partes o subsistemas de un sistema y a la configuración de las relaciones entre sus componentes, todo lo cual determina las características específicas de ese sistema. Mientras que el aspecto funcional del análisis de los sistemas es el que atiende a la dinámica de los procesos de intercambio que se producen entre el ambiente y el sistema y dentro del mismo entre sus diversos subsistemas y los flujos de intercambio de materia, energía o información que se verifican. Debe tenerse presente que todo sistema experimenta un proceso de transformación de algo;

¹¹ **Checkland, Peter**, *Pensamiento de Sistemas, Práctica de Sistemas*, Limusa, México, 1997.

¹² **Rodríguez Ulloa, Ricardo**, *La sistémica, los sistemas blandos y los sistemas de información*, Universidad del Pacífico, Lima, 1994

¹³ **Montbrun, Alberto y otros**, *Disfunción, delito y derecho. Nuevos abordajes científicos de problemas complejos*, LA LEY, Gran Cuyo, Año IV, N° 5, Octubre de 1999

Termodinámico: El aspecto termodinámico de los sistemas alejados del equilibrio explica la capacidad de estos de adaptarse a las cambiantes condiciones de su medio ambiente, a través de mecanismos de autorregulación y transferencia de energía. Los sistemas procesan los ingresos del ambiente y generan un producto, luego de un proceso de metabolismo o transformación. Si el sistema no tiene capacidad de procesar sus ingresos porque su capacidad termodinámica se ha debilitado, puede entrar en colapsamientos;

Cibernético: Los sistemas ingresan, procesan y egresan insumos que pueden ser de materia, energía o información. Los productos vuelven al ambiente en un proceso de “retroalimentación” a través del cual, entorno y sistema se transforman de manera continua. Los aspectos cibernéticos del sistema son los relacionados con sus regulaciones y control en el marco de los condicionamientos de su entorno y con relación a las retroalimentaciones que se generan

Prospectivista: El carácter prospectivista del enfoque determina que, a través de un estudio preciso y riguroso de las pautas de funcionamiento de un sistema y de su evolución en el tiempo, podemos prever su comportamiento hacia el futuro y eventualmente producir transformaciones valoradas como convenientes. En este sentido es menester advertir que una vasta experiencia de campo en el desarrollo de estos enfoques indica que las situaciones sociales son siempre irrepetibles, no pueden replicarse y responden a realidades de tipo local con altos márgenes de incertidumbre.

Cabe destacar que los criterios fundamentales del pensamiento sistémico son: 1) el cambio de las partes al todo; 2) contextual, al considerar el sistema bajo examen y su entorno o ambiente; 3) sinérgico y con propiedades emergentes, que son aquellas propiedades que tiene el sistema como tal y que son distintas a las de sus elementos individualmente consideradas; 4) relacional, por priorizar la consideración de las “relaciones” por encima de los elementos de un sistema y 5) procesal, al comprender la realidad dinámicamente en términos de procesos por encima de los emergentes fácticos aislados.¹⁴

Finalmente mencionamos la percepción del mundo viviente como una red de relaciones, lo cual define el pensamiento sistémico como un pensamiento en términos de “redes”. Una red es, por definición, una estructura asimétrica, variable y dispar, integrada por infinitos nodos que relacionan y vinculan procesos de distinta índole e importancia. Pero, por definición, no tiene un “centro”. El análisis del funcionamiento de la sociedad en términos de patrones de red, nos enfrenta a fascinantes desafíos intelectuales, toda vez que puede llegar a cuestionar, incluso, la propia idea del “poder” que caracteriza la sociedad occidental. En ese sentido, Pérez Lindo¹⁵ al referirse a la emergencia de un nuevo paradigma, advierte el de la autogestión social, como mecanismo preferible de articulación de soluciones a problemas sociales, ante la crisis del estado de bienestar tradicional.

En nuestro país, algunos autores han comenzado a explorar esta nueva vertiente epistemológica desde el campo del derecho, destacándose los esfuerzos de Ricardo Guibourg, Humberto Quiroga Lavié¹⁶, Félix Loñ y, principalmente, Ernesto Grün¹⁷.

No obstante el poderoso atractivo de este enfoque, y la existencia de un verdadero “nuevo paradigma científico”¹⁸, éste no ha llegado en plenitud al derecho, manteniéndose aún fuertemente arraigado el paradigma científico y metodológico tradicional.

¹⁴ Ver además **Capra, Fritjof**; *La trama de la vida*, Anagrama, Madrid, 1998.

¹⁵ **Pérez Lindo, Augusto**; *Mutaciones*, Buenos Aires, Biblos, 1998.

¹⁶ **Quiroga Lavié, Humberto**; *Cibernética y política*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1986

¹⁷ **Grün, Ernesto**; *Una visión sistémica cibernética del derecho*; Abeledo – Perrot, 1995

¹⁸ **Nemeth Baumgartner, Antonia**, *Macrometanoia. Un nuevo orden. Una nueva civilización*, Sudamericana, Santiago de Chile, 1994.