

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE ABOGACÍA**

CUADERNOS DE ESTUDIO

UNIDAD V

DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL Y MUNICIPAL – CÁTEDRA “B”

Profesor Titular: PROF. DR. GUILLERMO E. BARRERA BUTELER

Profesor Ayudante: PROF. MGR. JOSE M^º PEREZ CORTI

<http://www.joseperezcorti.com.ar>

UNIDAD V

DECLARACIONES, DERECHOS Y DEBERES

– *Álvaro Rojas Moressi* –

1. DERECHOS Y GARANTÍAS EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES: SU ARMONÍA CON LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Preguntas clave

1. ¿La Constitución Nacional condiciona de igual manera al poder constituyente provincial en lo que hace a la organización del poder y a las declaraciones, derechos y garantías? ¿En cuál de esos temas tiene más amplitud de atribuciones la constitución provincial?
2. ¿Es necesario que las provincias incluyan en sus constituciones normas sobre declaraciones, derechos y garantías? ¿Qué pasaría si una provincia no lo hace?
3. ¿Pueden las provincias incluir en sus constituciones normas sobre declaraciones, derechos y garantías?
4. ¿Es conveniente que las provincias incluyan en sus constituciones normas sobre declaraciones, derechos y garantías?
5. ¿Cuál es la regla general para determinar qué atribuciones tienen los poderes constituyentes provinciales en materia de declaraciones, derechos y garantías?
6. ¿Qué margen tienen los poderes constituyentes provinciales para innovar en materia de declaraciones?
7. Dentro de las declaraciones, derechos y garantías: ¿Cuál es el ámbito en el que los poderes constituyentes provinciales tienen mayor amplitud de atribuciones para crear nuevas instituciones y ejercitar su originalidad?
8. ¿Qué precisiones podemos hacer en cuanto a la posibilidad de los poderes constituyentes provinciales de ampliar los derechos reconocidos por la C.N. y los tratados internacionales de jerarquía constitucional?
9. ¿Cuáles son las distintas fuentes en materia de derechos humanos para el Derecho Público Provincial?

Actividades:

Suponga que una convención constituyente provincial introduce las disposiciones que a continuación se detallan y señale si considera que ha obrado dentro de sus atribuciones o las ha excedido:

- a) Dispone que los discapacitados estarán exentos de pagar cualquier impuesto provincial.
- b) Dispone que los trabajadores que se encuentren desocupados tendrán derecho a percibir una bonificación por desempleo a cargo del Estado Provincial.
- c) Dispone que en los casos en que se encuentre en situación de ser rematado un inmueble que sea única vivienda de una persona, el Estado Provincial otorgará un préstamo a largo plazo y baja tasa de interés por el monto adeudado, para que el deudor cancele su deuda.
- d) Dispone que las mujeres tienen derecho a “disponer de su propio cuerpo” y a hacerse practicar abortos.
- e) Dispone que las mujeres solteras que queden embarazadas gozarán de un subsidio del Estado para atender las necesidades básicas de su hijo hasta que cumpla cinco años.
- f) Dispone que, para garantizar el derecho de toda persona a la vivienda, el Estado podrá confiscar los inmuebles de toda persona que tenga más de uno, para serle entregado a quien carece de vivienda.
- g) Dispone que, para garantizar el derecho a la salud, quedarán suspendidos los juicios promovidos contra personas que sufran enfermedad grave, hasta que mejoren de salud.

- h) Dispone que todos los hijos tienen derecho a heredar a sus padres por partes iguales y que carecen de valor los testamentos que le otorgan a algún hijo mayores derechos que a los demás.

2. PREÁMBULOS Y DECLARACIONES

Preguntas clave

1. ¿Qué es el preámbulo de una constitución y qué función cumple?
2. ¿Cuáles son los valores que aparecen en el preámbulo de la constitución de Córdoba?
3. ¿Qué otros valores encontramos en otras constituciones provinciales que no aparecen explícitos en el de la constitución de Córdoba?
4. ¿Qué se entiende por "declaraciones de fe política" en la Constitución de Córdoba?
5. ¿Qué declaraciones contienen la constitución de Córdoba y la de otras provincias en materia de forma de Estado y de gobierno?
6. ¿Qué declaraciones contienen estas constituciones sobre la autonomía provincial?
7. ¿Qué declaraciones contienen estas constituciones en materia de religión y culto?
8. ¿Qué declaraciones contienen estas constituciones en materia de defensa de la democracia?
9. ¿Cuáles de las declaraciones de fe política de la constitución de Córdoba se refieren a la forma republicana de gobierno o a sus principios fundamentales?

Actividades

- Señale cuáles son los principios y valores que menciona el preámbulo de la Constitución de Córdoba y en qué declaraciones se encuentran desarrollados esos principios y valores.

3. DERECHOS ENUMERADOS Y NO ENUMERADOS

Preguntas clave

1. Defina los derechos.
2. ¿Qué significa la distinción entre derechos enumerados y no enumerados?
3. ¿Cuáles son las fuentes de las que emanan los derechos no enumerados según la Constitución de Córdoba?
4. ¿Qué derechos considera Ud. que emanan de una y otra fuente?
5. ¿Qué norma similar al art. 20 de la Constitución de Córdoba hay en la Constitución Nacional y en el Pacto de San José de Costa Rica?

Actividades

- Compare el art. 20 de la Constitución de Córdoba con las normas similares de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica y señale semejanzas y diferencias en sus textos.
- Indique qué principios y valores del preámbulo y de las declaraciones de fe política se vinculan con las fuentes de las que emanan los derechos no enumerados según el art. 20 C.Cba.

4. DERECHOS PERSONALES

Preguntas clave

1. ¿Cuáles son los derechos personales que enumera el art. 19 de la Constitución de Córdoba?
2. ¿Cuáles de ellos están reconocidos expresamente en la Constitución Nacional y cuáles no tienen recepción expresa en ésta?
3. ¿Puede una constitución provincial reconocer más derechos civiles a los vecinos de esa provincia que a los vecinos de otra?
4. ¿Puede una constitución provincial reconocer más derechos civiles a los ciudadanos argentinos que a los extranjeros?
5. ¿En qué artículo de la Constitución de Córdoba está reconocido el derecho de propiedad?
6. ¿Qué es la expropiación y cuáles son sus requisitos constitucionales?
7. ¿Cuál es el trámite que se sigue para llevar a cabo una expropiación según la ley provincial 6394 de Córdoba?
8. ¿Qué son las servidumbres administrativas y las simples restricciones al dominio? ¿En qué se asemejan y en qué se diferencian entre sí y con la expropiación?

Actividades

- a) Suponga que dos personas son detenidas al mismo tiempo por haber cometido hechos idénticos en distintas provincias. Contra ambas se inicia proceso penal acusándolas del mismo delito, pero la interpretación que hacen los tribunales de una y otra provincia aplicando el mismo artículo del Código Penal es distinta, de manera que uno es absuelto y el otro condenado. **¿Hay en el caso violación al principio de igualdad? ¿Puede tacharse de inconstitucional alguna de las sentencias? Fundamente su respuesta.**
- b) La Legislatura de Córdoba sanciona el 11 de Octubre de 2007 una ley, publicada en el Boletín Oficial el día 15 del mismo mes y año, por la cual dispone un aumento en el impuesto inmobiliario sólo para aquellos propietarios extranjeros. El Sr. Onassis de nacionalidad griega, propietario de un inmueble ubicado en el Barrio Nueva Córdoba, al tomar conocimiento de la ley, el mismo día de su publicación acude a un abogado a los fines de ser asesorado, puesto que considera que dicha ley es inconstitucional por ser discriminatoria. Si Ud. fuera el abogado, **¿qué haría a los fines de que se declare inconstitucional la norma? ¿Qué vía utilizaría y ante qué Tribunal?** Fundamente su respuesta. Si el Sr. Onassis decide no pagar el impuesto y, en consecuencia, es demandado por el Estado Provincial a los fines de obtener el pago del impuesto adeudado, ganándolo, y en consecuencia Ud. como abogado le aconseja iniciar un juicio ordinario de repetición. **¿Qué argumentos podría alegar en la demanda a los fines de obtener la repetición?** (Véase también Unidad 9).
- c) Ud. es abogado del Estado Provincial y se le consulta porque, para construir una escuela, es necesario disponer de un terreno de propiedad de un particular que está ubicado frente a la plaza principal en una población en la que no hay escuela, pero el propietario se resiste y dice que ofrece a cambio otro terreno que está en las afueras del pueblo y que es más barato porque no está edificado. ¿Qué puede hacer el Estado? ¿Qué procedimientos debe seguir? Señale uno a uno los pasos a cumplir.

5. DERECHOS SOCIALES

Preguntas clave

1. ¿Qué derechos reconoce el art. 23 C.Cba. al trabajador?
2. Estos derechos están reconocidos a los trabajadores que son empleados del Estado Provincial o a todos los trabajadores?
3. Tiene atribuciones la provincia para regular las condiciones de trabajo?
4. ¿Qué dispone el art. 23 C.Cba. sobre la jornada de trabajo? ¿Coincide o no con lo que regula sobre el mismo tema la legislación laboral dictada por el Congreso Nacional? Si hubiere diferencia entre ambas: ¿Cuál prevalece?
5. ¿Qué derechos reconoce la constitución de Córdoba a la mujer, a la niñez, a la juventud y a la ancianidad?
6. ¿Qué derechos se reconocen a los consumidores y usuarios?
7. ¿Qué asociaciones y sociedades intermedias reconoce la Constitución de Córdoba?
8. ¿Cuáles son los derechos que se reconoce a cada una de ellas?
9. ¿Qué relación hay entre el derecho al bien de familia del art. 34 C.Cba. y la inembargabilidad de la vivienda única del art. 58 C.Cba.?
10. ¿Cuáles son las funciones de los colegios profesionales según el art. 37 C.Cba.?

Actividades

- Un trabajador tiene un conflicto con la empresa privada para la que trabaja y decide promoverle juicio. Cuando va a presentar su demanda, en el Tribunal le informan que debe pagar \$250 en concepto de tasa de justicia y que, de lo contrario, no se le dará trámite a su demanda. El empleado además le informa que no puede beneficiarse con la gratuidad que consagra el art. 23 inc. 10° de la C.Cba., porque todas las disposiciones de ese artículo benefician únicamente a los empleados públicos y no a los trabajadores del sector privado.
- El Sr. Juan Pérez, actualmente desocupado y que obtenía algunos ingresos haciendo trabajos aislados con su automóvil ha sido chocado por José García y su auto quedó inutilizado. Pérez le inicia juicio a García y obtiene sentencia firme que manda que se lo indemnice, pero García, que es empleado de la administración pública provincial y que no tiene otros bienes que su sueldo, se escuda en una ley provincial declara inembargable en el cien por ciento el sueldo de los empleados públicos provinciales. Ud. es abogado de Pérez y tiene que contestar el traslado que le han corrido del planteo de inembargabilidad formulado por García. ¿Qué argumentos esgrimiría en defensa de su cliente?

6. DEBERES

Preguntas clave

1. ¿Cuáles son los deberes de las personas según el art. 38 C.Cba.?
2. ¿Cuáles son los casos en los que la participación en la vida política es un deber?
3. ¿Qué instrumentos brinda la Constitución para poder cumplir el deber de proteger el patrimonio cultural (inc. 4) y de participar en la defensa ecológica (inc. 8)?

7. GARANTÍAS

Preguntas clave

1. ¿Qué garantías procesales del art. 18 C.N. están contempladas en los arts.39 y 40 de la C.Cba. bajo los títulos de “debido proceso” y “defensa en juicio”?
2. ¿Qué valor tienen las medidas de prueba receptadas en violación de las disposiciones constitucionales? ¿Cuál es el alcance que tiene ese efecto?
3. ¿Cuáles son los requisitos para la privación de libertad de una persona?
4. ¿Qué carácter tiene la privación de libertad durante el proceso y qué ocurre si la persona privada de libertad es luego absuelta o sobreseída?
5. ¿Qué es el allanamiento de domicilio y cuáles son los requisitos para llevarlo a cabo?
6. ¿Qué es el hábeas corpus, cuándo procede y con qué finalidades?
7. ¿Qué es la acción de amparo y cuándo procede?
8. ¿Qué es el amparo por mora de la administración y cuándo procede?
9. ¿Qué se entiende por intereses difusos y qué dispone la C. Cba. sobre el tema?
10. ¿Qué es el hábeas data y dónde está receptado en la C. Cba.?

Actividades:

- La Municipalidad de Los Quebrachos ha decidido llevar adelante la construcción de un polideportivo en una zona aledaña al pueblo donde se encuentra un antiguo quebrachal que dio su nombre a la población. Para eso se dispone talar los árboles, con lo que se disminuiría en un 60% la superficie del bosque y ha contratado ya a la empresa que llevará a cabo la tarea. Un grupo de vecinos que se opone a la tala del quebrachal le consulta a Ud. qué pueden hacer para evitar que se concrete la destrucción del bosque. ¿Qué les respondería y en función de qué normas?

8. POLITICAS ESPECIALES DEL ESTADO

Preguntas clave

1. ¿Qué son las políticas especiales del estado?
2. ¿Qué finalidad tuvo su inclusión en la Constitución de Córdoba?
3. ¿En qué materias ha fijado “políticas” la Constitución de Córdoba?
4. ¿Cuáles son los lineamientos fijados para políticas en materia de trabajo?
5. ¿Qué políticas ha fijado la Constitución de Córdoba en materia de Seguridad Social? ¿El sistema de seguridad social provincial protege a “todas las personas”?
6. ¿Qué características tienen los beneficios de la Previsión Social según la Constitución de Córdoba? Según la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia: ¿La “irreductibilidad” ha agregado un *plus* de protección al jubilado por sobre los derechos que surgen del art. 14 bis de la C.N.?
7. ¿Qué lineamientos ha fijado la Constitución de Córdoba en materia de políticas de salud?
8. ¿Qué lineamientos ha fijado la Constitución de Córdoba en materia de políticas de vivienda? ¿Qué ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la garantía de inembargabilidad de la vivienda única?
9. ¿Cuáles son los principios y lineamientos de la política educativa en la Constitución de Córdoba? ¿Qué derechos se procuran proteger con las políticas fijadas en los incisos 3 y 5 del art. 62? ¿Hay en ellos un *plus* de protección al derecho respecto de lo que establece la C.N.?

10. ¿Cuáles son los lineamientos en materia de política ambiental?
11. ¿Cuáles son los principios y lineamientos en materia de política económica?

Actividades:

- Ricardo González, que ha trabajado como empleado de Daniel Fernández, lo ha demandado y ha obtenido sentencia que condena a este último a pagarle una indemnización por accidente de trabajo. Al querer ejecutar la sentencia se encuentra con que Fernández no tiene a su nombre otros bienes que el inmueble en donde vive. Invocando esta circunstancia, Fernández se opone a que se embargue y se saque a remate el inmueble invocando el art. 58 de la Constitución Provincial. Ud., como abogado de González ¿Con qué argumentos contestaría el traslado del pedido de levantamiento de embargo que formuló Fernández?

BIBLIOGRAFÍA GENERAL DE LA UNIDAD

- Derecho Público Provincial (Manual de Cátedra); Autores Varios, Lexis Nexis, Bs. As., 2008.
- Constitución de la Provincia de Córdoba; Barrera Buteler, Guillermo E., Advocatus, Córdoba, 2007.
- La Constitución de Córdoba Comentada; Frías y otros, La Ley, 2000 (Rojas Moresi, Alvaro: "Políticas Especiales del Estado" (pag.45 a 54); Barrera Buteler, Guillermo: "Cultura y Educación" (pag.55 a 66) y "Medio Ambiente" (pag. 67 a 72); Frías, Pedro J.: "Economía y Finanzas" (pag. 73 a 76).

ANEXO ISISTEMATIZACIÓN DE IDEAS CLAVESDECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

– Guillermo E. Barrera Buteler –

1. El Poder Constituyente Provincial.

Hemos dicho al estudiar el Poder Constituyente de las provincias, que éste tiene la característica –aún cuando dicta la primera constitución de una provincia- de actuar necesariamente dentro de un ordenamiento jurídico positivo al que debe necesariamente adecuarse (concretamente el que nace de la Constitución Nacional). Esa circunstancia hace que, por su naturaleza, el poder constituyente de un estado federado jamás pueda ser calificado propiamente como originario. Podremos decir que es poder constituyente *derivado* o que es poder constituyente *de segundo grado*, pero en cualquier caso debemos reconocer esa diferencia sustancial: Mientras el poder constituyente originario actúa desde fuera de todo ordenamiento jurídico positivo y con la finalidad de dar base a uno totalmente nuevo, el poder constituyente de las provincias actúa desde y dentro del marco jurídico fijado por la Constitución Nacional. Por eso, mientras el primero es un fenómeno jurídico que sólo reconoce límites en las dimensiones antropológica (exigencias de la naturaleza del hombre), sociológica y cultural (requerimientos de la realidad social y de la cultura del pueblo), el segundo también reconoce limitaciones que surgen de la dimensión normativa positiva (las exigencias de la Constitución Nacional, contenidas principalmente en los arts. 5, 123 y 31 C.N.).

La Constitución Nacional fija un marco que limita y condiciona el ejercicio del poder constituyente de las provincias y lo hace con **distinta intensidad** según se trate de la **organización del poder** (parte orgánica de la constitución) o de la regulación de los **principios y derechos fundamentales** (parte orgánica de la constitución).

En efecto, en cuanto a la organización del poder en las provincias, a la Constitución Nacional le basta que éstas se ajusten a la **forma representativa y republicana de gobierno** (art. 5 C.N.), que aseguren una **justicia independiente** (art. 5 C.N.) y un **régimen municipal autónomo** (arts. 5 y 123 C.N.). Dentro de ese margen, preciso pero amplio, el poder constituyente provincial puede dar rienda suelta a su creatividad, establecer las instituciones que consideren convenientes y regularlas de la manera que mejor les parezca. Este criterio ha sido confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 64 de la Constitución de Santa Fe que prohíbe la reelección inmediata del gobernador, que se fundaba en que a partir de la reforma de 1994 la Constitución Nacional admitía la reelección inmediata del Presidente de la Nación. La Corte dijo entonces que “El

condicionamiento establecido a las provincias de resguardar el sistema representativo republicano exige una adecuación de las instituciones locales a los mencionados requerimientos, pero no requiere, ni puede hacerlo, que las constituciones provinciales sean idénticas, ni copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta o igual a aquella" (C.S.J.N., 6/10/1994, "Partido Justicialista c/ Provincia de Santa Fe", LL 1995-A-203).

Sin embargo, en materia de principios y derechos fundamentales, la Constitución Nacional avanza mucho más. Les exige a las constituciones provinciales que deben estar **"de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la C.N."** (art. 5 C.N.) y además, que deben **asegurar la educación primaria gratuita y con equidad** (arts. 5 y 75 inc. 19 C.N.). Es decir que en este aspecto, la Constitución Nacional no se limita a establecer **un marco**, sino que le asigna **contenidos precisos**. ¿Cuáles son esos contenidos? El preámbulo, los cuarenta y tres artículos de la primera parte de la C.N., más los tratados internacionales con jerarquía constitucional del art. 75 inc. 22 C.N., porque todas esas disposiciones conforman un conjunto normativo con vigencia directa e inmediata en todo el territorio de la Nación, que además está dotado de supremacía sobre las constituciones y leyes provinciales.

Ahora bien, si los habitantes de cualquier provincia argentina, con total independencia de lo que al respecto disponga la constitución provincial, gozan de la protección jurídica que surge del amplio y generoso conjunto de normas que hemos mencionado, cabe que nos formulemos las siguientes preguntas:

- 1º) ¿Pueden las provincias incluir en sus constituciones normas sobre declaraciones, derechos y garantías?
- 2º) ¿Es necesario que lo hagan?
- 3º) ¿Es conveniente que lo hagan?
- 4º) ¿Qué extensión tienen los poderes de las provincias en esta materia?
- 5º) ¿Qué eficacia tienen las declaraciones, derechos y garantías "originales" de las provinciales?

2. Atribuciones del poder constituyente provincial para incorporar normas sobre declaraciones, derechos y garantías.

Los autores clásicos de la materia se han planteado los tres primeros interrogantes y nos aportan reflexiones profundas sobre el tema.

Joaquín V. González¹ admite que las provincias confirmen y sancionen los principios, derechos y garantías de la Constitución Nacional y lo considera positivo. Pero aclara que no han de ser idénticas, ni una copia literal de la Constitución Nacional porque la constitución de la provincia es un código que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente no cedida al fundar la Nación. De ahí concluye que "dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de la provincia cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada provincia o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos".

¹ González, Joaquín V., "Manual

Arturo M. Bas² considera innecesaria la repetición en las constituciones provinciales de los derechos y garantías que ya reconoce la Constitución Nacional y en esto coincide con Zavalía³, pero de alguna manera coincide con Joaquín V. González en que la inclusión de este tipo de normas en las constituciones de provincia es conveniente cuando, en base a las peculiaridades de cada una de ellas, se trata de reconocer derechos y garantías no incluidos en la C.N., que no sean incompatibles con ella, pero que no puedan considerarse ya contemplados de manera implícita. Es decir que Bas valoraba positivamente el ejercicio de esta atribución por parte de los poderes constituyentes provinciales cuando éste traducía la regulación de una característica peculiar del modo de ser de la provincia y la inclusión de la norma no era una mera repetición o reformulación reiterativa de contenidos de la Constitución Nacional. En suma, cuando la incorporación de normas sobre declaraciones, derechos y garantías exteriorizaba originalidad y creatividad del constituyente provincial, sin apartarse del marco de la Constitución Federal.

Sin lugar a dudas, Arturo M. Bas preveía la fuerza transformadora que podía traer aparejado el Derecho Público de las provincias y su impacto positivo en el avance del Derecho Público Federal. Esta idea la encontramos también presente en el pensamiento de Joaquín V. González cuando decía: “Así las provincias concurren al desarrollo, vigor y perfeccionamiento de la vida nacional y reflejan su influencia sobre el progreso del Derecho Público de la Nación entera”⁴.

Este aporte del Derecho Público Provincial en materia de declaraciones, derechos y garantías se comprueba si advertimos que las constituciones de Santa Fe de 1921 y de Entre Ríos de 1933 se anticiparon en mucho al reconocer la **acción de amparo** que recién es admitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación con el caso Siri, en 1957, y no se incorpora a la Constitución Nacional hasta 1994. La de Córdoba de 1987 y otras reformas provinciales de la década del '80 se adelantaron también a la reforma nacional en reconocer el **hábeas data**, los derechos de tercera generación como los relativos a la **protección ambiental** o los de los **consumidores y usuarios**. Los **institutos de democracia semidirecta** estaban regulados ya, para el orden municipal, en la Constitución de Córdoba de 1923 y luego, en el ciclo constituyente provincial de los años '80 se generalizan para los niveles provinciales. También fueron las constituciones provinciales las precursoras en la reformulación del federalismo que luego es receptada en la reforma nacional de 1994. El concepto de **federalismo de concertación**, las **atribuciones de las provincias en el ámbito de las relaciones internacionales** y el reconocimiento de las **atribuciones de las provincias en los establecimientos de utilidad nacional existentes en sus territorios** tuvieron recepción primero en las constituciones provinciales y recién después fueron incorporados por la reforma de 1994.

Podemos concluir entonces que no es necesario que las provincias incluyan normas sobre declaraciones, derechos y garantías en sus constituciones provinciales, pero pueden hacerlo. Además, cuando el constituyente provincial lo hace, sin exceder el ámbito de sus atribuciones constitucionales e introduciendo institutos novedosos y originales, que responden realmente a requerimientos de la realidad

² Bas, Arturo M.; “Derecho Federal...”

³ Zavalía

⁴ González, ob. cit.

social y cultural de su pueblo, el aporte es sumamente positivo y puede contribuir al avance del Derecho Constitucional federal.

Lo cierto es que la experiencia indica que todas las constituciones de provincia han incluido siempre nóminas de declaraciones, derechos y garantías. Los autores de las últimas décadas del siglo XX ya no se cuestionan la conveniencia o necesidad de estas cláusulas y sólo contemplan como hipótesis de gabinete el supuesto de una constitución provincial que no contenga una nómina de declaraciones, derechos y garantías, caso en el cual "le queda siempre trasplantada la que le impone la constitución federal"⁵

La cuestión actual se centra más bien en las dos últimas preguntas que nos formuláramos, esto es la relativa a la extensión de las atribuciones del poder constituyente provincial en la materia y a la eficacia de las declaraciones, derechos y garantías originales de las constituciones provinciales.

3. Extensión de las atribuciones del Poder Constituyente provincial en materia de declaraciones, derechos y garantías.

Podemos afirmar, como regla general y primera aproximación, que las constituciones provinciales no pueden de ninguna manera desconocer o retacear las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional, pero sí pueden ampliarlas y desarrollarlas. Es decir que las que surgen del bloque de constitucionalidad federal (C.N. y Tratados de jerarquía constitucional) constituyen un piso de tutela o protección de los derechos que las constituciones provinciales pueden superar, pero no restringir.

Pero esa afirmación genérica requiere precisiones porque debe ser necesariamente complementada con las limitaciones que surgen de la delegación de potestades que las provincias hicieron en el Gobierno Federal a través de la Constitución Nacional y de los derechos de terceros amparados en las leyes dictadas por el Congreso Nacional en ejercicio de esos poderes delegados.

Eso nos lleva necesariamente a señalar que la extensión de las atribuciones de los poderes constituyentes provinciales no son idénticas en materia de declaraciones, de derechos y de garantías y aún en cada uno de estos casos debemos discriminar situaciones diversas.

En materia de declaraciones, es evidente que las constituciones provinciales no pueden contradecir las que formula la Constitución Nacional, ni siquiera bajo el pretexto de pretender dar una mayor amplitud a los derechos. Así, por ejemplo, la **forma representativa de gobierno** (arts. 1, 5, 22 y cc. C.N.) no podría ser desvirtuada por una constitución provincial que pretenda establecer una **democracia directa**, ni siquiera bajo el pretexto de que esta última amplía los derechos del pueblo. Por eso es que resulta de muy dudosa constitucionalidad en art. 1 de la Constitución del Neuquén que declara que ésta es una **provincia laica**, ya que contraría la declaración que en materia religiosa contiene el art. 2 C.N. según la cual "*El Gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico romano*".

El margen que tiene el poder constituyente provincial en materia de declaraciones es sumamente estrecho, porque éstas constituyen manifestaciones solemnes que hace la Constitución Nacional sobre

⁵ Bidart Campos

cuestiones fundamentales que sirven de base y fundamento a todo el andamiaje normativo de aquélla y del resto del ordenamiento jurídico. Las provincias pueden desarrollar los contenidos de las declaraciones de la Constitución Nacional, por ejemplo explicitando algunos contenidos implícitos en la noción de **forma republicana de gobierno**, como lo hace la constitución de Córdoba cuando explicita la indelegabilidad de funciones (art. 13), la responsabilidad de los funcionarios y del Estado (art. 14) y la publicidad de los actos de gobierno (art. 15) o cuando reivindica para sí ciertas atribuciones comprendidas en la **forma federal de estado** (art. 16 – cláusula federal). También pueden agregar algunos matices tendientes a dar una impronta propia, pero compatible con la C.N., a declaraciones contenidas en ésta; tales los casos de la noción de **estado social de derecho** (art. 1 C.Cba.), o de la forma de gobierno que además de representativa y republicana es **democrática** (art. 2 C.Cba.) o los principios de **pluralismo y participación** (arts. 8 y 9 C.Cba.). Pero lo que no pueden es formular declaraciones incompatibles con las que formula la Constitución Nacional.

En materia de garantías, por el contrario, comprobamos que el margen que tiene el constituyente provincial es mucho más amplio, porque éstas son instrumentos procesales tendientes a hacer efectiva la vigencia de los derechos y por tanto, se encuentran claramente dentro de la órbita de los poderes conservados por las provincias que pueden dictar normas que regulen los procedimientos judiciales y administrativos que se desenvuelvan dentro de la órbita de la competencia ordinaria (no federal).

En materia de derechos es necesario formular una distinción según quién sea el sujeto pasivo del respectivo derecho.

Cuando se trata de derechos cuyo sujeto pasivo es el Estado Provincial, no cabe duda alguna que la Constitución de la provincia puede válidamente ampliar sin limitación alguna los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y darle la extensión que quiera. Se trataría de una autolimitación de la propia provincia, o bien la asunción de deberes más allá de los que le impone la Constitución Nacional y eso es perfectamente válido.

Así por ejemplo, la Constitución de Córdoba contiene, en su art. 178, una regla que no está en la Constitución Nacional cuando dice que *“El Estado, los municipios y demás personas jurídicas públicas pueden ser demandados ante los tribunales ordinarios ... **sin que en juicio deban gozar de privilegio alguno**”*. De ahí que, aunque el Congreso Nacional ha dictado la ley 25973, que dispone que son inembargables los fondos públicos de las provincias y municipios, la provincia de Córdoba y los municipios de esta provincia no podrían ampararse en esa ley nacional invocando ese privilegio que ha sido excluido por la Constitución de la Provincia.

Otro caso que podemos señalar como ejemplo se da en materia de jubilaciones. El art. 14 bis C.N. reconoce el derecho a **jubilaciones móviles**, mientras que el art. 7 de la C.Cba. habla de **jubilaciones móviles e irreductibles**, lo que agrega un plus de protección a la jubilación provincial de Córdoba porque, mientras la jubilación nacional debe mantener su movilidad y la relación con los ingresos de los activos y puede ajustarse en más o en menos, la jubilación provincial exige por mandato

constitucional el ajuste en más, en virtud de la movilidad, pero no admite el ajuste en menos, por la irreductibilidad.

También podemos mencionar como ejemplo el plus que asignan las constituciones de Córdoba (art. 62 inc. 5º) y de Salta (art. 49) al derecho de los padres a elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos. La Constitución Nacional lo garantiza asegurando la libertad de enseñanza (art. 14 C.N), que permite a los padres elegir entre la escuela estatal o diversos tipos de escuelas privadas, sin embargo las constituciones provinciales citadas agregan el **derecho de los padres a que sus hijos reciban enseñanza religiosa o moral, según sus convicciones, en la escuela estatal.**

Estos y otros casos en los que la Constitución Provincial amplía el ámbito de protección de los derechos, imponiendo deberes de acción o abstención al propio Estado Provincial son perfectamente válidos y generan un vínculo jurídico que torna exigibles esas conductas al Estado. Rige aquí en su plenitud el *principio pro homine* que sirve de base al Derecho Internacional de los Derechos Humanos e impone que deba estarse a la norma que otorgue mayor tutela a los derechos de la persona humana, sea ella provincial, nacional o internacional.

Pero no siempre ocurre lo mismo cuando el sujeto pasivo del derecho que la constitución provincial quiere ampliar es un tercero extraño a la provincia, sea un particular o el mismo Estado Nacional, porque en tal caso es imprescindible determinar si el constituyente ha obrado dentro del ámbito de sus poderes conservados o concurrentes. De lo contrario, la ampliación de un derecho que pretende efectuar el constituyente provincial puede estar afectando otro derecho nacido al amparo de la legislación nacional. En definitiva, el constituyente provincial no está limitado cuando quiere ampliar los derechos poniendo en cabeza del propio Estado provincial o de sus municipios mayores cargas que las exigidas por la C.N., pero si la carga pretende ponerse en cabeza de un tercero, la validez de esa ampliación estará condicionada a que el constituyente no haya invadido el ámbito de los poderes delegados.

Así ha ocurrido, por ejemplo, cuando el constituyente cordobés, en el art. 58 C.Cba., quiso ampliar la protección de la vivienda, más allá de la tutela que brinda el régimen de bien de familia (art. 14 bis. C.N. y ley nacional 14.394), estableciendo que la vivienda única es siempre inembargable, sin exigir que esté inscripta registralmente como bien de familia. En ese caso, la norma constitucional local ha invadido el ámbito del poder delegado en el Congreso para dictar el Código Civil, porque declarar que un bien es inembargable implica establecer una excepción a la regla según la cual *"el patrimonio es la prenda común de los acreedores"*. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando declaró inconstitucional el citado art. 58 de la C.Cba. y su ley reglamentaria en el caso "Banco del Suquía S.A. c/ Tomassini".

Lo mismo ocurre cuando en el art. 44 C.Cba. se dispone que la jornada laboral es de cuarenta y cuatro horas semanales, cuando la legislación laboral que ha dictado el Congreso de la Nación, en ejercicio de la atribución conferida por el art. 75 inc. 12 C.N. dispone que es de cuarenta y ocho horas semanales. La ampliación de los derechos del trabajador que importa el tope de cuarenta y cuatro horas semanales es perfectamente válida y aplicable a los empleados públicos provinciales o municipales o a los empleados de

entes públicos del Estado Provincial o de los municipios, porque se trata de una autorrestricción. Pero no podría hacerse extensivo a empleados de personas o empresas privadas sin caer en una clara inconstitucionalidad, porque la provincia delegó en el Congreso la facultad de legislar en materia de Derecho del Trabajo.

Las constituciones de Santa Cruz (art. 63) y Neuquén (art. 43), en cuanto a la protección de los representantes gremiales, avanzan más allá de las “garantías necesarias para el desempeño de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo” que reconoce el art. 14 bis y reconocen un **“fuero sindical”** que comprende el derecho de no ser perseguido ni arrestado. En estos supuestos la ampliación de derechos que consagran las normas constitucionales locales es inconstitucional, porque afecta un principio básico de la Constitución Nacional que es el de igualdad y la correlativa prohibición de los fueros personales (art. 16 C.N.).

Algo similar ocurriría si una constitución provincial, bajo pretexto de ampliar o extender los derechos de la mujer, otorgara el derecho a provocarse abortos. Esa norma no podría considerarse válida por el argumento de que estaría ampliando los derechos de la mujer, porque estaría negando el derecho a la vida del niño por nacer, cuya existencia como persona y cuyo carácter de titular de los derechos fundamentales está reconocido por el art. 2 de la ley 23849, norma ésta de jerarquía constitucional según el art. 75 inc. 22 C.N. porque establece las condiciones de vigencia en nuestro país de la Convención de los Derechos del Niño.

De igual manera, si una constitución provincial pretendiera otorgar el derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo, no podría invocarse la validez de esta norma bajo el pretexto de que amplía los derechos, porque la norma local estaría invadiendo también el ámbito de la potestad delegada en el Congreso de dictar el Código Civil, entre cuyas materias comprende, sin lugar a dudas, establecer el régimen del matrimonio.

Vemos entonces cómo los poderes delegados al Gobierno Federal (arts. 121 y 126 C.N.) y el principio de supremacía del Derecho Federal sobre el local (art. 31 C.N.) condicionan y ponen límites a la potestad de los poderes constituyentes provinciales de ampliar la nómina de derechos reconocidos por el bloque de constitucionalidad federal.

El estudio comparativo de las constituciones provinciales revela que, aunque como hemos dicho, el margen de ejercicio autonómico del poder constituyente provincial es mucho más amplio en materia de organización del poder que en materia de declaraciones, derechos y garantías, paradójicamente –tal como lo señala Pedro J. Frías⁶– las constituciones locales exhiben mucho mayor originalidad en sus declaraciones, derechos y garantías que en la organización de los poderes, lo que hace que en muchos casos éstas excedan su ámbito de competencia para entrar a regular materias sobre las cuales han delegado su potestad legislativa en el Congreso Nacional.

En otros casos, las constituciones provinciales reproducen las normas de la C.N. o los tratados de jerarquía constitucional que reconocen derechos, pero con esta solución no se agrega nada y, a la vez, se

⁶ Frías, Pedro J.

corre el riesgo de generar dificultades interpretativas si la reproducción se ha hecho pretendiendo tener alguna originalidad en la redacción de idéntico contenido.

Coincidimos con Frías en que las provincias debieran asumir las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional con una norma de recepción inalterable, porque eso traduce mejor la supremacía de la Constitución Nacional y testimonia la unidad del Derecho Público Argentino. Deberían extenderse en la regulación de las garantías y aún en el reconocimiento de otras nuevas. En cuanto a los derechos, las provincias pueden extenderse reconociendo nuevos derechos o ampliando los ya reconocidos en el bloque de constitucionalidad federal, dentro de las materias que conforman el ámbito de sus poderes conservados y concurrentes, tales como educación, salud, ambiente, desarrollo, pero abstenerse por completo de entrar a regular temas tales como el derecho de propiedad, la familia, los derechos de crédito o el contrato de trabajo.

4. Eficacia de las declaraciones, derechos y garantías originales de las constituciones provinciales.

La experiencia demuestra que, en general, la originalidad que demostraron algunas constituciones provinciales en sus declaraciones, derechos y garantías, no ha tenido eficacia transformadora de la realidad hasta tanto esa propuesta original no ha tenido recepción en el orden federal, sea incorporando una norma similar en la Constitución Nacional, sea admitiéndola la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así ocurrió con el amparo que, pese a haber estado previsto desde muchos años antes en las constituciones de Santa Fe y de Entre Ríos, fue recién después del caso "Siri" que comenzó a tener vigencia real y efectiva como garantía constitucional.

Por otra parte, es necesario destacar que las constituciones provinciales de la segunda mitad del Siglo XX, que receptan el constitucionalismo social y el de tercera generación, se caracterizan por tener extensos articulados con declaraciones, derechos y garantías y revelan una tendencia a la "inflación de derechos". Alberdi aconsejaba reducir las constituciones a los temas más esenciales de orden político y estimaba que no debían exceder, en promedio los cien artículos. Las constituciones provinciales contemporáneas han duplicado o triplicado la extensión que proponía como ideal el padre del Derecho Público Provincial.

Lamentablemente, según nos enseña Frías, estas largas enumeraciones de derechos no han añadido eficacia al sistema que intentaban expresar y a eso lo prueba el hecho de que difícilmente una persona pueda experimentar que sus derechos están más protegidos en una provincia que en otra, aunque los textos de las constituciones así lo sugieran en algunos casos. Eso se debe a que, más allá de lo que digan los textos constitucionales, el avance de los derechos sociales no depende tanto de su reconocimiento en normas, como del grado de desarrollo socio económico que alcance cada comunidad.

Todas las provincias incluyen nóminas de derechos del trabajador, pero éstas, en cuanto difieran en algo de la legislación nacional de fondo en materia laboral, únicamente son aplicables a los empleados públicos provinciales o municipales. También se incluyen normas programáticas en cantidad en materia

de derechos sociales en general. Pero como estos derechos en general tienen naturaleza prestacional, las normas se topan con las penurias de los fiscos provinciales que impiden que el Estado cumpla las prestaciones prometidas. Y esto es así aunque la constitución diga que los derechos son directamente operativos, como ocurre con la Constitución de Salta (art. 16).

También ocurre que aunque el *plus* de protección haya sido válidamente establecido y aunque sea verdaderamente posible su aplicación operativa, en muchos casos no hay voluntad política de parte de los poderes constituidos de hacerlo efectivo. Quizás porque se priorizan otros objetivos por sobre el cumplimiento de la Constitución.

Así ha ocurrido en Córdoba con el principio de irreductibilidad de las jubilaciones, porque la norma no impidió que, en 1995, ante una de las recurrentes crisis del fisco local, el Estado provincial dispusiera **reducir las jubilaciones irreductibles**. Para colmo, como la Constitución provincial, con otro *plus* de protección, había prohibido modificar la ley de jubilaciones con intervalos menores a diez años y el plazo no había vencido, la modificación se hizo mediante un decreto que decía que no modificaba la ley sino que la “interpretaba” correctamente en cuanto al modo de liquidación del haber. Pero lo cierto es que el haber de la jubilación irreductible se redujo y el Tribunal Superior de Justicia⁷ dijo que no se violaba la Constitución, invocando jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación referida a la posibilidad de reducir los haberes jubilatorios nacionales (que no tienen la garantía de irreductibilidad). En definitiva, el *plus de protección* que quiso dar el constituyente provincial no funcionó y fue como si no hubiera estado escrito.

Otra prueba de la relativa o nula eficacia que suelen tener los *plus de protección* a los derechos que contienen las constituciones provinciales es lo que ocurre con el art. 62 inc. 5° de la Constitución Provincial. Señalamos ya cómo el constituyente local quiso avanzar en el reconocimiento del derecho de los padres a elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos, imponiendo a la escuela estatal el deber de brindar una oferta educativa plural, de manera que los padres no sólo puedan elegir entre escuela estatal y diversos tipos de escuelas privadas, sino que en la misma escuela estatal puedan los padres lograr que se imparta a sus hijos educación religiosa según sus convicciones. Esa norma constitucional aprobada en 1987 lleva ya veintiún años de vigencia formal sin que se haya hecho absolutamente ningún intento de hacerla efectiva. Pese a lo que dice la Constitución, hoy si un padre en Córdoba reclama que se le imparta instrucción religiosa a su hijo en la escuela estatal, la Provincia no ha previsto ningún medio para satisfacer el reclamo.

Lo dicho demuestra la necesidad de que la facultad del poder constituyente local de consagrar declaraciones, derechos y garantías sea ejercida con un criterio serio, prudente y realista. Sin prometer lo que no se sabe si se va a poder cumplir. Además, los poderes constituidos deberían asumir como prioridad máxima el dar cumplimiento acabado a los mandatos del poder constituyente, aunque puedan no estar dentro del orden prioridades y preferencias de los funcionarios que ejercen aquéllos. De lo

⁷ T.S.J. de Córdoba, caso “Carranza”

contrario, pareciera que las declaraciones, derechos y garantías de la constitución provincial no es más que una nómina de promesas demagógicas. Y constitución y demagogia no se llevan bien.

Frías nos dice que no hay que exceder la competencia; hay que profundizarla. Si las provincias no la ejercen, queda en conjetura; si la desbordan, es falsa expectativa.