

AUTONOMIA MUNICIPAL. CASO DE INCUMPLIMIENTO PROVINCIAL DE LO NORMADO EN LA CONSTITUCION FEDERAL ARGENTINA.

Autor: TENAGLIA, Iván Darío (Argentina).

A Jesucristo Nuestro Señor. A Santa María Madre de Dios: Virgen de Luján (patrona de la República Argentina) y Virgen de Guadalupe (Virgen de la República de México).

Sumario: **1. Municipios: Antecedentes en la Argentina.** 1.1. Autonomía política, social, económica y administrativa de los partidos. 1.1.1. Preexistencia histórica. 1.2. Autoridades y funciones. B) Jueces de paz. A) Alcaldes de la hermandad. **2. Autonomía municipal. Algunas precisiones.** 2.1. Condiciones para su existencia. 2.1.1. Para su realización efectiva una vez establecida constitucionalmente en la Provincia de Buenos Aires. A) Autonormatividad constituyente; B) Autocefalía; C) Materia propia; D) Autarcía o autarquía; E) Autodeterminación política. 2.1.2. Para su consecución en la Provincia de Buenos Aires. A) Autonomía municipal como fin. B) La participación popular y la participación ciudadana como necesidad imprescindible. C) La descentralización política como medio. D) El federalismo como doctrina. **3. De la inconstitucionalidad de la reforma constitucional provincial de 1994 y de la propia Constitución tal como quedó vigente (en la Sección Séptima).** 3.1. Falencias provinciales. 3.1.1. Incumplimiento del Artículo 123 de la Constitución Nacional. 3.1.2. No cumplimiento de la ley de necesidad de la reforma constitucional y agravamiento irregular de la mayoría exigida para aprobar una reforma a la Sección VI. 3.2. Fundamentos y acercamiento a las probables soluciones. **4. De la necesidad de una convocatoria a una Convención Constituyente que consagre los postulados de la autonomía municipal integralmente concebida.** **5. Otras variantes para instaurar la autonomía municipal en la Provincia de Buenos Aires.** 5.1. Facultad del Congreso general. Hipótesis de una ley nacional reglamentaria. 5.2. Intervención federal. Actividad conjunta entre Congreso y Poder Ejecutivo nacional. 5.3. Acción judicial de la garantía constitucional de autonomía municipal. 5.3.1. Introducción. 5.3.2. Posición de Stern. 5.3.3. Posición de Luciano Parejo Alfonso. 5.3.4. Precisiones en torno al caso de Buenos Aires. **6. Acción judicial de inconstitucionalidad. ¿Se puede ordenar por vía judicial que se reforme una constitución?** 6.1. Precedente jurisprudencial provincial. 6.2. Factibilidades. 6.2.1. Condiciones objetivas favorables. 6.2.2. Encuadre del caso concreto. **7. A modo de conclusiones.**

La autonomía municipal constituye la piedra angular del Estado. Sobre esta piedra edificaremos los Estados (del autor).

1. Municipios: Antecedentes en la Argentina.

1.1. Autonomía política, social, económica y administrativa de los partidos.

1.1.1. Preexistencia histórica. Antes del cierre del siglo XVIII, ya existían en lo que luego se consideró provincia de Buenos Aires, alrededor de diez partidos gobernados por alcaldes de la hermandad. Pasaron a ser doce antes de la revolución libertaria de mayo de 1810 y más de veinte cuando se cimenta la provincia en 1819.

Al redactarse, sancionarse y promulgarse la Constitución federal de 1853 y la Constitución del Estado de Buenos Aires de 1854 ya existían, a lo menos, sesenta y ocho municipios partidos en la franja pampeana de Buenos Aires¹.

1.1.2. Autoridades y funciones.

A) Alcaldes de la hermandad. Como réplica de los alcaldes de la hermandad española, en América Hispana se instalaron las mismas autoridades que ejercían funciones dependientes del Cabildo, ora virreinal, ora sufragáneo. Dichos alcaldes que pervivieron institucionalmente hasta hace muy poco tiempo atrás en la provincia de Buenos Aires desempeñaban funciones administrativas (distribuían los bandos del Cabildo, recaudaban tributos, etc.), jurisdiccionales (celaban los pecados públicos, impartían justicia de a pié, por eso se los llamaba “pedáneos”, de menor cuantía, contravencional y penal, debiendo remitir al reo al Cabildo); notariales (daban fe de ciertos negocios jurídicos); y eran delegados naturales de las funciones del Cabildo cual gobierno de ciudad de capital, o bien de ciudad simplemente y de sus miembros regidores.

B) Jueces de paz. Más luego con la ley de Rivadavia dichos funcionarios se vieron eclipsados por la tarea de los jueces de paz en cada cabecera de partido-municipio, cuando se disuelve institucionalmente el cabildo de Buenos Aires y el de Luján, hacia fines de 1820 durante el Gobierno de Martín Rodríguez.

Dichos jueces de paz ostentaron toda la autoridad en el partido-municipio siendo, en cada uno de ellos: comandante militar, jefe de policía, jefe de correo, recaudador fiscal, certificaba las defunciones, y además de juez (en casos contravencionales, civiles, correccionales y penales de menor cuantía) era presidente de la Municipalidad. De modo que el primer antecedente del Intendente municipal argentino debemos buscarlo en aquellos alcaldes de hermandad y en estos jueces de paz. Por supuesto que eran legos, es decir no era necesario ser letrado para ejercer dicho cargo y, mucho más tarde ya en 1980 se exigió que fueran letrados.

Como formaban parte de la oligarquía local, la concentración del poder era creciente y de allí que en versos gauchescos, como el de José Hernández (“Martín Fierro”) se decía y se sigue diciendo hoy día: “Hacete amigo del juez y no le dés de qué quejarse;

¹ Vide TENAGLIA, Iván D., *Elementos de Derecho Municipal Argentino*, Tomo I, Editorial Universitaria de La Plata, La Plata, 1997.

si él se llega a enojar, vos te debés encoger, porque siempre es bueno tener palenque donde ir a rascarse. El sentado en su silla, maneja la gavilla y ningún buey le sale bravo: a unos les da con el clavo y a otros con la cantramilla”.

2. Autonomía municipal. Algunas precisiones.

2.1. Condiciones para su existencia.

2.1.1. Para su realización efectiva una vez establecida constitucionalmente en la Provincia de Buenos Aires.

Daniel Rosatti destaca los elementos necesarios para la realización efectiva de la autonomía municipal. El autor santafesino dice que “el municipio es un ente que tiende a la autonomía, entendiendo por autonomía (en su acepción plena) el reconocimiento de las siguientes cinco atribuciones: A) Autonormatividad constituyente, o sea la capacidad para darse u otorgarse la propia norma fundamental (aquella que define sus objetivos y determina su estructura basal) en el marco del derecho no originario; B) Autocefalía, o sea capacidad para elegir las propias autoridades, aquellas que habrán de dar vida a los órganos políticos encargados de la conducción de los asuntos locales; C) Autarcía o autarquía, o sea autosatisfacción económica y financiera, derivada de la posesión de recursos propios y complementada con la posibilidad de disponer de ellos; D) Materia propia, o sea el reconocimiento de un contenido específico con facultades de legislación, ejecución y jurisdicción; E) Autodeterminación política, o sea el reconocimiento de garantías frente a las presiones políticas o económicas que, realizadas desde una instancia de decisión más abarcativa, puedan condicionar el ejercicio de las atribuciones descriptas precedentemente”².

2.1.2. Para su consecución en la Provincia de Buenos Aires.

A) Autonomía municipal como fin.

Si bien la autonomía debe constar y practicarse como una de las herramientas gubernamentales para que cada pueblo sea más feliz, aquí no tenemos otra alternativa de tomarla como un fin. Es decir, lo primero que deberíamos lograr para que se produzcan esa cantidad de cambios psicológico-sociales a caballo de la mayor participación ciudadana y un verdadero protagonismo popular. Una vez que se logre dicha finalidad: quedar estampada en el texto constitucional, la tarea será ponerla en práctica, por lo que siempre se depende del doble o complejo juego entre ciudadanos gobernados y ciudadanos gobernantes.

² Rosatti, Horacio Daniel, *Tratado de Derecho Municipal*, Rubizani-Culzoni, Santa Fe, 1997, Tomo I, p. 107.

Como muchos autores aconsejan, se trata de un concepto equívoco, en no pocas ocasiones cargado de un profundo sentimiento de querer ser o de anhelo personal del que lo propicia o, colectivo, a la comunidad municipal a la que va dirigida.

En Estados Unidos hay constituciones que contemplan la autonomía municipal sin ninguna cortapisa, pero también hay algunos otros estados que prescriben constitucionalmente la potestad de otorgamiento de autonomía municipal a la propia Legislatura³.

B) Participación ciudadana y protagonismo popular como necesidad imprescindible.

Dicha participación popular debe ser decidida y sostenida, continua, no espasmódica.

Nos referimos a no sólo acompañar formalmente con el voto a las ideas o candidatos electorales de los partidos políticos, sino a integrar las listas, participar de todo el proceso electoral, seleccionando, difundiendo y controlando el cumplimiento de las propuestas preelectorales. Por ello hablamos de una democracia real o social, gobernante, más que formal, que se no agote con el sufragio al candidato o los candidatos que más les guste. Un dato lamentable de la constitución real es que en los municipios de nuestra provincia pululan las élites dirigenciales, por lo tanto hay una anemia participativa atroz, lo que desnaturaliza el sistema y lo hace oligárquico, agravando las consecuencias negativas: si la regla de ese tipo de gobierno es gobierno de unos pocos. Aquí se nos presenta como gobierno de siempre los mismos alimentado por el nepotismo, prácticas acomodaticias, reelegibilidad ininterrumpida de varios cargos importantes como lo son Intendentes, concejales, legisladores provinciales, escribanos, etc. Es asombroso ver repetirse los mismos nombres o apellidos de los protagonistas políticos. La clase política no es clase elegida, ni selecta, es clase consecuente u ocurrente: resultado de la apatía y la indiferencia de la ciudadanía, cuyo caldo de cultivo es el individualismo, por ello, a menudo pueda degenerar en anarquía o despotismo. La democracia es endeble o casi inexistente y en el mejor de los casos podría ocurrir lo que predicaba Alexis de Tocqueville, que los políticos suben porque nada los ofrece resistencia y se caen porque nada los sostiene. Por citar algunos datos solamente se pueden registrar muy pocas consultas populares en los municipios respecto de temas estrictamente locales (construcción de una cárcel en Gral Alvear, sobre instalación de un centro de tratamiento de residuos sólidos urbanos en Tapalqué, sobre la necesidad de institucionalización de una policía municipal en Gral. Pueyrredón).

Una participación ciudadana que debemos edificar superando los dilemas que ello encierra, que sea un umbral y no un techo (como aventurara Vanossi); que deje de ser

³ Véase Alaska, art.X, sec. 10, Extensión de las reglas de autonomía.

mito, magia, ficción o poesía y salga *ex libris* a hacerse carne en la realidad de cada uno de los pueblos municipales. De esta forma el ciudadano podrá ostentar requerirle al gobernante que tenga el poder suficiente para solucionarle sus problemas, a la vuelta de la esquina de su casa.

C) La descentralización política como medio.

En la provincia de Buenos Aires han existido atisbos de descentralización tributaria de algunos tributos que otrora manejaba exclusivamente la provincia, por ejemplo: patentes de automotores según sus años de antigüedad, percepción de algunos tributos indirectos a los ingresos brutos, entre otros; empero, lo que solicita la comunidad local y sus gobiernos es un régimen de coparticipación directa, no inverso como el que se encuentra hoy día vigente. Ello consistiría en recaudar los impuestos, incluso los provinciales y girar el remanente a la provincia, reservándose los municipios lo que les corresponde por alícuota de coparticipación predeterminada legalmente. Este es uno de los puntos neurálgicos de la reforma y que debe venir a caballo de una descentralización que tranquilamente podrá hacerse previamente al logro constitucional de la autonomía. Decía Dana Montañó que la llave de arco de la autonomía municipal es la autarquía que significa autofinanciarse y autosatisfacerse, sino todo quedaría en la letra de papel escrito y realmente no habría concreciones prácticas o mejoras que puedan verse y disfrutarse para los ciudadanos.

D) Federalismo como doctrina.

No habrá autonomía municipal, ni descentralización política, ni participación popular directa sin una fiel idea "federalista" que exija y motive la práctica. Por ello es ineludible el tema federalismo, "que no aspira ni a fundir ni a separar sino a articular, a guiar". "Establece la unidad dentro de la variedad, se basa en un criterio de flexibilidad que permite que se complementen los conceptos de autonomía y orden de libertad y de seguridad. El federalismo, que respondió a necesidades reales, y no a esquemas teóricos preconcebidos, tiene su base sociológica, en los principios de autonomía y de participación, y su base moral en un sentimiento muy vivo del bien común". Debemos tomarlo siempre como camino a seguir porque se constituye en la estrella polar de nuestro andamiaje estatal. Pero no habrá estado federal sin federalistas que motiven la práctica de un sistema que promete ser equitativo, redistributivo y eficaz.

En Argentina, lamentablemente el federalismo es un edificio a medio terminar y ha sido calificado justamente por la doctrina como una cuestión pendiente: "está dentro de las cosas perdidas" (Pedro J. Frías); "debiendo ser motivo de orgullo es motivo de

vergüenza” (Ricardo Zorraquín Becú); “es la gran frustración constitucional” (Bernardo Canal Feijóo); o “el gran engaño pichanga nacional” (Félix Luna)⁴.

3. De la inconstitucionalidad de la reforma constitucional provincial de 1994 y de la propia Constitución tal cómo quedó vigente (en la Sección Séptima).

3.1. Falencias de la Provincia de Buenos Aires.

Dentro de las falencias provinciales de incumplimiento encontramos *ab initio*, dos, a saber:

3.1.1. Incumplimiento del Artículo 123 de la Constitución Nacional.

El Artículo 123 de la Constitución Nacional manda a las Provincias organizar un sistema municipal propio –debiendo reglar su alcance y contenido– de acuerdo con los postulados aspectales de realización local, cuales son: autonomía política, autonomía económico financiera, autonomía administrativa y autonomía institucional.

Incurrir la Provincia, para un supuesto caso, en la factura de una Ley sin cubrir el primer eslabón de la reforma constitucional acentúa con sesgo incomprensible, a la luz de una correcta interpretación de la teoría constitucional, una inconstitucionalidad cuya imputabilidad hay que endilgársela derechamente –y en una primea fase– a la Convención de 1994, y su reforma. La omisión de corregir el error da lugar a una inconstitucionalidad que se verifica porque la reforma nacional fue sancionada con anterioridad a la provincial. Y ésta debió adecuarse a aquélla.

3.1.2. No cumplimiento de la ley de necesidad de la reforma constitucional y agravamiento irregular de la mayoría exigida para aprobar una reforma a la Sección VI.

El no cumplimiento de la ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, la que en uno de sus puntos estipulaba como materia competencial a llevar a cabo por la convención, lucía la Sección Sexta Régimen Municipal. Y aquí incursionemos en un punto de análisis que se trata en la teoría constitucional y ha tenido relevancia en el “caso Fayt”⁵ (recordemos que en este caso en uno de los considerandos de la Corte

⁴ Vide Tenaglia, Iván Darío; *Elementos de Derecho Municipal Argentino*, Editorial Universitaria de La Plata, la Plata, 1997.

⁵ Recordemos que en el caso “Fayt”, cuyo nombre se debe al reclamo de inconstitucionalidad mediante acción declarativa, del ministro de la Corte Suprema Nacional, por la que impugnó la reforma al artículo 99 de la Constitución 1853-60 y se le exigía a los miembros de la Corte que, una vez cumplidos los setenta y cinco años, para continuar el cargo debían ser designados nuevamente por pedido del Presidente de la Nación con acuerdo del Senado. La Corte declaró la inconstitucionalidad con voto disidente de Augusto César Belluscio. Antonio Hernández se expide enérgicamente contra este fallo considerándolo como de gravedad institucional y abogando para que no se tenga en cuenta como precedente jurisprudencial o como fuente de nuevas decisiones jurisdiccionales, pues un poder constituido ha avanzado sobre el mismo

Nacional, se arguye que no estaba en los artículos 2º y 3º de la Ley declarativa de la reforma constitucional nacional inmiscuirse en la cláusula que limita la inamovilidad de los jueces de la Corte Nacional; en contra opina Antonio María Hernández quien sostiene que al fijarse –por la ley declarativa de la necesidad de la reforma– la materia “designación de los jueces” tranquilamente la comisión reformadora quedaba habilitada para tratar y estatuir sobre esa temática), que es justamente, el cumplir o no cumplir por parte de la convención constituida lo que le manda a hacer la ley de la Legislatura –en ejercicio de un poder preconstituyente– que le da vida. También, en la Provincia de Buenos Aires, cuadra mencionar el agravamiento irregular de elevar a dos tercios de los miembros de la convención para que se sancionase una reforma en materia municipal. Ello se fijó en el reglamento interno de tal convención reformadora.

3.2. Fundamentos y acercamiento a las probables soluciones.

Empero, no es menester ingresar en el debate sobre si se puede o no controlar la voluntad de un poder constituyente derivado, lo que sí es crucial hacer cumplir el postulado constitucional de la autonomía municipal.

Masnatta advierte sobre el control de constitucionalidad del poder judicial con lo sancionado por la convención constituyente proponiendo una cuestión que quedó pendiente –en la reforma nacional de 1994– de realización, una Corte Constitucional⁶.

“No se comprende ni puede aceptarse, que por vía del ejercicio del poder constituyente instituido provincial, regulado y limitado por el poder constituyente originario nacional, una convención reformadora, instituida y regulada por la ley suprema de la Provincia, pueda destruir o alterar en sus principios fundamentales la Constitución Nacional de 1853-1860, y lo que manda a cumplir la Reforma de 1994 sobre la temática municipal”⁷.

Para el caso “Fayt” nos parece que sobre cuestiones del mismo poder, como es el caso de la limitación del principio de inamovilidad de los jueces, se nos hace dificultoso interpretar que la cuestión sea dictaminada por el mismo Poder (aunque federal y máximo) que es parte –como advierte Antonio María Hernández entre uno de los motivos por los que se expide en contra –.

poder constituyente, derivado, pero constituyente al fin. De esta forma se ha sustituido la voluntad del pueblo que ejerce la soberanía por la decisión de un poder constituido.

⁶ Masnatta, Héctor, *¿Una Constitución inconstitucional?*, Diario Clarín del 27 de mayo de 1998, en la columna de Opinión. Y agrega: Tal órgano no sólo superará la falta visible de rendimiento institucional en un sistema que ya ha hecho su historia, sino que dará a sus decisiones las notas de imparcialidad y equidistancia indispensables cuando de interpretar la Constitución se trata.

⁷ Parafrasenado a Linares Quintana, Segundo V. C., citado por Ríos, ob. y aut. ya cits.

En última instancia lo que la convención constituyente revisa es la congruencia de la propia Constitución cuando lo hace sobre el fondo o contenido, no así en el aspecto procedimental donde cabalga sobre lo actuado por la misma Convención y a modo de reducción debe cotejar con la ley que declaró la necesidad de la reforma. Y decimos “ley” porque, aunque no se trate de una ley propiamente dicha pues no está sometida al procedimiento normal de las mismas, así se ha establecido desde antaño en nuestro país y en nuestra Provincia. En Estados Unidos, la tendencia es llamarla “declaración”, en definitiva en ambos países tienen los mismos efectos.

No hay que descartar que lo actuado por cualquier órgano instituido, por más constituyente que fuera, inscribe en el propio texto constitucional fórmulas y conceptos que quedan en la propia Constitución vigente, y lo que puede impugnarse es ese cúmulo inescindible (entre originario y derivado) que es la misma Constitución, pues la reforma se confunde con el viejo texto indemne y hacen de ese texto una pieza jurídica nueva. Esto a los efectos de la figura impugnativa que pueda escogerse a la hora de peticionar la inconstitucionalidad mentada.

En nuestra materia la actitud constituyente derivada ha rozado el absurdo y ninguna Constitución puede estar fuera de compatibilidad con la norma fundante nacional.

Además, aquí debe traerse a debate la norma histórica de las compatibilizaciones que tenía nuestro sistema constitucional (fue reformada en 1860) y que no posee el sistema de Estados Unidos cual es que el Congreso ejerce el control de revisión de las primeras constituciones sancionadas⁸. Nuestro interrogante con una adelantada respuesta afirmativa es ¿podrá hacerlo ahora para las constituciones reformadas?

No olvidemos que la letra de la Constitución de 1853 y su artículo 64 inciso 28 inspirado en las ideas de Alberdi: Atribuciones del Congreso,...”Corresponde al Congreso: Examinar las constituciones provinciales y reprobatorias (sic)⁹, si no estuvieren conformes con los principios y disposiciones de esta Constitución;...”¹⁰

Abundando en detalles, el propio Alberdi en nota al artículo precitado corrobora lo que pensamos en esta materia, de esta forma: “Esto supone que la Constitución general

⁸ Spota, Alberto Antonio, *Lo Político, lo Jurídico, el Derecho y el Poder Constituyente*, Plus Ultra, Buenos Aires, pp. 133-134, 1981, quien dice que el ideólogo de esta cláusula es Alberdi habiéndolo tomado el tucumano del Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de París, Peregrino Rossi.

⁹ Debió haber dicho “reprobarlas”...

¹⁰ *Bases y punto de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires 1980, p. 321. La fuente estaba en el Proyecto de Alberdi que prescribía: Art. 7º— La Confederación garantiza la estabilidad de las Constituciones provinciales, con tal que no sean contrarias a la Constitución general para lo cual será revisadas por el Congreso antes de su sanción.

de la república debe preceder a las Constituciones provinciales. A mi ver, es el método de organización conveniente. Procediendo sintéticamente, la organización del país debe empezar por la sanción de la Constitución general, y descender de los principios y bases consagrados por ella a la organización provincial, que debe modelarse sobre la general y no viceversa. En los Estados Unidos se siguió el método contrario, porque los Estados tenían ya Constituciones parciales desde mucho tiempo. Este método de organización que indico, es el de todo país que rompe con la tradición y adopta el “derecho racional” por punto de partida. Tal es la posición de nuestro país después de 1810. Tal fue el sistema concebido por Siéyès, y aplicado a Francia por la Asamblea nacional del 22 de diciembre de 1798. Sancionó primero la Constitución general, y dedujo de ella la organización interior o local. Lo demás es empezar por las ramas, empezar por los subalternos y acabar por lo supremo”¹¹.

4. De la necesidad de una convocatoria a una Convención Constituyente que consagre los postulados de la autonomía municipal integralmente concebida.

Dicha decisión fundamental depende estrictamente de la voluntad de los protagonistas actuales de la actividad política. Ya hubo un intento el que, sometido a la voluntad popular –ya que se había optado por la reforma por enmienda– el 5 de agosto de 1990, resultó reprobado. Ahora cabe esperar que Gobernador y Legisladores se congracien con estas ideas y convoquen de una vez por todas a una Convención Constituyente para redactar una Sección nueva referida a los gobiernos de municipios y adaptada al artículo 123 de la Constitución federal.

5. Otras variantes para instaurar la autonomía municipal en la Provincia de Buenos Aires.

5.1. Facultad del Congreso general. Hipótesis de una ley nacional reglamentaria.

Sobre el debate de si el gobierno federal (Congreso) puede reglamentar la autonomía municipal cuando no lo hiciere o lo hiciere defectuosamente la Provincia, existe en doctrina, un contrapunto entre Antonio María Hernández y Lisandro de la Torre, sin perjuicio de nuestra opinión¹².

Esto ya fue ensayado en la Argentina, con motivo del caso planteado en la Provincia de santa Fe. Al tratar el pensamiento de Lisandro de la Torre, desarrollamos –en otro

¹¹ Idem, *ibídem*.

¹² Vide *Elementos de Derecho Municipal Argentino*, Tomo I, Universitaria de La Plata, p. 211 y ss.

de nuestros trabajos *Elementos de Derecho Municipal Argentino*, Tomo I— las siguientes reflexiones: “Proyecto de Ley reglamentario del artículo 5º de la Constitución Nacional (1912). Al proponer este proyecto interpretó el alcance del artículo 5º de la Constitución Nacional. Creyó —con acierto— de la Torre, que la organización de las comunas era de vital importancia para la Nación; una Nación no podía subsistir sin tener municipios. De allí la idea que para el caso de las Provincias, a quienes iban dirigidas las disposiciones del art. 5, como una obligación de inexcusable cumplimiento, no organizaran los gobiernos municipales, o bien los suprimieran, tenía el Congreso la oportunidad y deber de organizarlo.

Entendemos que de la Torre tomaba la misión del Congreso como obligación subsidiaria, y en defecto del ejercicio de las facultades provinciales para hacerlo. Y agregaba el santafesino que “(P)or mucha amplitud que se le de a la interpretación de los artículos 5 y 106 de la Constitución Nacional —1853-1860—, esa amplitud no puede llegar hasta la destrucción del régimen municipal, y si pudiera hacerlo, como en Santa Fe, suprimirlo para el 72 por ciento de la población —o para el 80 o 90 por ciento sería la misma cosa—, nada quedaría en pie de las libertades locales, tan deliberadamente incluidas en los propósitos esenciales de la organización nacional”. Hernández no opina como de la Torre, al decir que amén de compartir con él lo enunciado en su frase: “Lo que más necesitan las provincias, la descentralización política y administrativa y garantías electorales que no dependan de las virtudes de los gobernantes; piensa que, “este proyecto vulneraba las facultades de las provincias, ya que en virtud de los arts. 5, 104 y 105 el establecimiento de las bases del régimen municipal les compete a ellas”.

Si tomamos lo dicho por de la Torre, en el sentido expuesto arriba, comparto plenamente el espíritu y cada uno de sus considerandos, desde que la provincia nunca puede degradar, ni suprimir, ni dejar sin organicidad —esto es, descripción legal mediante— a sus municipios. Y máxime si entendemos que el art. 5 de la C.N. se refiere a la obligación de garantizar la autonomía municipal, y que recae en cabeza de las provincias.

Actuar de aquella forma, por parte de las provincias llevaría a cometer un ejercicio abusivo de sus derechos o facultades, constituyendo una injusticia a todas luces contraria a los principios generales históricos y jurídicos, existenciales que anidan en el propio texto magno y que devienen de nuestra génesis patriótica. Como ocurre en el derecho privado, esto sería lisa y llanamente un abuso de derecho, y *summum ius, summa iniuria* como sentenciaban los romanos. De allí que de la Torre aclara —por vía del texto que trae Rosatti— “...que cuando la Constitución Nacional establece tan claramente el derecho de los pueblos argentinos a gozar de las prerrogativas del

régimen municipal, si una o varias provincias lo suprimen, en todo o en parte, no puede ponerse en duda, no diré el derecho del Congreso para reglamentar y precisar el sentido y el alcance de la cláusula desconocida, sino la oportunidad y el deber de hacerlo”. Y para nosotros, no cabe duda que se refiere a una operatividad subsidiaria del Congreso. También debemos compartir con Hernández que por imperio de normativas constitucionales –ya citadas– el establecimiento de las bases del régimen municipal les compete a ellas. Y agreguemos, siempre que *rebus sic standibus* (las cosas así sigan siendo en un estado normal de cosas), pues puede sobrevenir un caso imprevisto o no deseado como lo es la supresión que apunta el autor santafesino. Concluyendo, el régimen municipal es de “propiedad del legislador provincial” en cuanto a su reglamentación, pero no puede ni degradarlo ni suprimirlo. En este caso operaba la ley del Poder Legislativo Nacional que propiciaba de la Torre”. La ley del Congreso aparece como una forma auxiliar, supletoria de intervención federal, empero podría estar reñida con la autonomía provincial, por lo que tiene algunos visos de inconveniencia.

5.2. Intervención federal. Actividad conjunta entre Congreso y Poder Ejecutivo nacional.

Y completemos el mensaje, en esa degradación está la minusvalía de tener municipios sin autonomía, realidad que acontece en nuestra provincia en franco incumplimiento de los artículos 5º y 123 del plexo jurídico de base federal; inclusive, hay autores que ya pensamos en una posibilidad de intervención federal a algún poder provincial por esta inconstitucionalidad por omisión. Pues tal situación, como se adelantó, va en desmedro de lo preceptuado sobre las condiciones federales exigidas a las provincias para su funcionamiento como tales, es decir: asegurar el régimen municipal, la administración de justicia y la enseñanza primaria. No cumplida una de dichas condiciones, deberá operar el remedio federal de la intervención como lo dispone el artículo 6º de la Constitución federal. Allí, más que facultad, deberá ser obligación de realizar la declaración de necesidad por parte del Congreso y, más luego el Ejecutivo proceder a definirlo y promulgarlo.

5.3. Acción judicial de la garantía constitucional de autonomía municipal.

5.3.1. Introducción.

Muy pocos países contemplan en sus constituciones la garantía de la defensa de la autonomía municipal. Argentina, es uno de los países que menos cobertura posee en

materia constitucional federal del instituto de la autonomía municipal. Dicha carencia es mayúscula en la faz provincial de Buenos Aires.

La autonomía plena además de su aspecto funcional debe apuntar a la sencilla defensa de sus poderes ante los otros órdenes estatales, pudiendo accionar judicialmente sobre su reposición de poderes perdidos, conflictuados o turbados. Por ello que la autonomía plena –como dice Torres Estrada– puede verse enriquecida y delimitada mediante la jurisprudencia ya que, desafortunadamente ni en España ni en México existe la posibilidad de que los municipios puedan solicitar al Tribunal que se declare sobre dudas en la interpretación de la Constitución, situación que sí considera, por mencionar un ejemplo en el derecho comparado, la Constitución del Estado alemán de Bremen, en su Artículo 140.1.” Y sigue enseñando que “la autonomía municipal consiste en poderla hacerla efectiva. Sin esa posibilidad estaremos ante una garantía o derecho condicionado e incompleto, puesto que su efectividad no es oponible en contra de terceros. Sin esta última opción, el concepto de autonomía se desarrollará lenta y vagamente. Lo expresado cuaja perfecto para la situación que se vive en la provincia de Buenos Aires. Se logró lo que parecía más difícil, su expresión en la Constitución federal, es decir su carácter constituyente –su potencialidad–, pero falta llevarla a la práctica, es decir su condición de eficacia –su acto–. Así, dicho pasaje constitucional más que en letra constitucional y regla política, es un párrafo poético.

5.3.2. Posición de Stern.

Stern –citado por Yenny Marcela González Sánchez¹³– resume que la garantía de la autonomía puede ser entendida en un triple sentido:

- a) Como una garantía del sujeto de derecho institucional de los municipios y asociaciones de municipios.
- b) Como una garantía de la institución jurídica objetiva del autogobierno municipal.
- c) Como una garantía de la posición jurídica subjetiva de los municipios y de las asociaciones de municipios contra las agresiones a la garantía de las instituciones jurídicas y del sujeto de derecho (garantía de acceso a los tribunales en defensa de su autonomía).

5.3.3. Posición de Luciano Parejo Alfonso.

¹³ Stern, K. (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. *Vide Garantías constitucionales de la autonomía territorial en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo; Bogotá, D.C. 2012.

La misma autora colombiana, cita a Parejo Alfonso¹⁴ quien argumenta que la conclusión alcanzada siguiendo al autor español citado, se perfila técnicamente en las siguientes consideraciones:

A) Una garantía institucional presupone la existencia de una institución, entendida ésta como complejo normativo de carácter jurídico-público debidamente formado y organizado y, por tanto, delimitable y diferenciable;

B) La existencia de un sujeto de derecho titular de la institución (la Corporación Local es el portador de la autonomía local) facilita el reconocimiento y la determinación de esta última, pero no constituye requisito necesario de la garantía institucional;

C) El reconocimiento constitucional de derechos subjetivos (derechos fundamentales y libertades públicas), bien sea en favor del titular de una institución o simplemente del ciudadano individual, no pertenece a la esencia de la garantía institucional pero tampoco es incompatible con la misma. Ambas cosas pueden ir unidas, sin embargo, el reconocimiento de derechos subjetivos está siempre subordinado y en relación servicial con las garantías institucionales y;

D) La garantía institucional comporta una eficacia protectora superior a la que resulta de la simple condición de norma constitucional. Ese grado superior de eficacia radica en la identificación de la Constitución con la garantía, de modo que toda lesión de ésta es, sin más, un ataque a la Constitución misma.

5.3.4. Precisiones en torno al caso de Buenos Aires.

La autonomía plena además de su aspecto funcional debe apuntar a la sencilla defensa de sus poderes ante los otros órdenes estatales, pudiendo accionar judicialmente sobre su reposición de poderes perdidos, conflictuados o turbados. Por ello que la autonomía plena –como dice Torres Estrada– puede verse enriquecida y delimitada mediante la jurisprudencia ya que, desafortunadamente ni en España ni en México existe la posibilidad de que los municipios puedan solicitar al Tribunal que se declare sobre dudas en la interpretación de la Constitución, situación que sí considera, por mencionar un ejemplo en el derecho comparado, la Constitución del Estado alemán de Bremen, en su Artículo 140.1.¹⁵ Y sigue enseñando que “la autonomía municipal consiste en poderla hacerla efectiva. Sin esa posibilidad estaremos ante una garantía o derecho condicionado e incompleto, puesto que su efectividad no es oponible en contra de terceros. Sin esta última opción, el concepto de autonomía se desarrollará lenta y vagamente. Lo expresado cuaja perfecto para la situación que se vive en la provincia de Buenos Aires. Se logró lo que parecía más difícil, su expresión

¹⁴ Parejo Alfonso, L. (1981). *Garantía institucional y autonomías locales*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

¹⁵

en la Constitución federal, es decir su carácter constituyente –su potencialidad–, pero falta llevarla a la práctica, es decir su condición de eficacia –su acto–. Así, dicho pasaje constitucional más que en letra constitucional y regla política, es un párrafo poético.

Nuestras constituciones no traen la previsión que, reasegura la garantía de la autonomía municipal, en algunos textos europeos como lo son el de España y el de Alemania¹⁶. Se trata de un derecho reaccional frente a las afecciones o lesiones de aquella garantía¹⁷.

“Siguiendo el sentir de la doctrina alemana, la autonomía municipal no es una cláusula de estilo ni una palabra hueca, sino que constituye una garantía institucional”, como comentamos en otro trabajo. “Ya desde el Primer Congreso Panamericano de Municipios llevado a cabo en 1938 se proclamaba que: ‘Considerando conveniente asegurar constitucionalmente el principio de la autonomía del municipio, garantizando de un modo especial la electividad de sus gobernantes, la libre percepción e inversión de sus rentas dentro de su propia esfera administrativa y financiera, el control jurisdiccional de sus decisiones y la facultad de iniciativa y de acción en todo lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas locales’”¹⁸.

Aunque no haría falta incluirla en un texto constitucional si la interpretación fuera la correcta, pero como en Argentina, todo lo que no está escrito ni miras de cumplirse, y es más, ni aún escrito se cumple (ejemplos de ello, lo tenemos en la aparente interminable hermenéutica del artículo 5º, y ahora con la omisión del cumplimiento del artículo 123, ambos del texto magno federal), por ese defecto sería necesario inscribirlo en la nueva constitución bonaerense. Proponemos la siguiente fórmula: la autonomía municipal no podrá ser vulnerada por cualquier otro poder, caso contrario la Municipalidad promoverá juicio por ante la justicia competente.

Esta garantía de autogobierno se contempla en varios textos constitucionales provinciales argentinos con sus matices. La Constitución mendocina dispone en su art. 209 que los poderes conferidos a las municipalidades no podrán ser limitados por ninguna autoridad provincial. La Constitución de Santiago del Estero (art. 220 inc. 7) y la de Río Negro (art. 225) son casi idénticas. Ambas establecen una prescripción constitucional en defensa del autogobierno comunal y de sus leyes. La últimamente

¹⁶ Vide artículo 28.2. de la *Grundegetz*, Parejo Alfonso, Luciano, *Garantía Institucional y Autonomías Locales*, Estudios de Derecho Público, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1981.

¹⁷ Idem, p. 61.

¹⁸ *La Autonomía Municipal en la Constitución Peruana de 1993*, José F. Palomino Manchego, http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/palomino.rtf.

mencionada dispone: “Que la provincia no puede vulnerar la autonomía municipal, y para el caso en que las leyes inferiores estuvieran contrapuestas o superpuestas a las normas municipales, prevalecerán las municipales en el ámbito específicamente municipal”. Esto en alguna medida concuerda con lo aconsejado por el Congreso Iberoamericano de Municipalistas llevado a cabo en Cartagena de Indias (Colombia, en 1.993) que previó la acción jurisdiccional en las constituciones de un mecanismo en defensa del autogobierno municipal contra los estados o provincias o la Nación en caso de usurpación de funciones municipales.

También se previó en la Constitución Alemana de 1949, artículo 28.2¹⁹ cuyo antecedente era el artículo 128 de la Constitución de Weimar, establecido como garantía institucional, según C. Schmitt, su creador, con fuerza mayor que cualquier contemplación constitucional. Haciendo la práctica que la autonomía municipal no sea una mera cuestión escrita en la hoja de papel. España, por su lado prevé una normativa similar a la alemana.

A su modo, y no como garantía propiamente dicha, algunos estados-miembros de los EE.UU. de Norteamérica establecen limitaciones al poder central respecto de las funciones locales. Dos de esos casos son, Indiana (Sección 22) y la carta magna de Illinois (Sección 6).

Lo dicho, no es óbice para que por vía de un amparo institucional, cualquier municipio, accione contra la Provincia para recobrar su dignidad en función de su carácter de persona jurídica de derecho público estatal. Sabido es que el amparo protege a cualquier persona contra el estado y por violación de derechos constitucionales. En ese sentido ya hay autores que así lo conciben²⁰.

En estos casos, estamos en presencia de una “garantía constitucional”, por lo que no habiendo en las Constituciones nada que reduzca el amparo sólo a los derechos y garantías de los hombres, también los derechos y garantías constitucionales establecidas en los textos respecto de la autonomía territorial, podrían ser objeto de

¹⁹La diferencia en este nuevo artículo 28.2 de la constitución alemana, es la construcción de un principio de atribución de competencias universal, “en suma –dice Luciano Parejo Alfonso– la construcción del Estado de abajo hacia arriba”.

²⁰ Otro aspecto relativo a la legitimación activa en materia de amparo es la indicación que contiene la Convención Americana de que la acción de amparo la tiene “toda persona”, lo que implica que las personas de derecho público también pueden ser accionantes, como titulares de derechos constitucionales, como son los de la igualdad, debido proceso o a la defensa. Por ello las entidades públicas pueden ser perfectamente titulares de la acción, por lo cual el tema del amparo no se plantea sólo contra el Estado, sino que también los entes públicos pueden ser los que exijan la protección constitucional. Incluso en algunos países puede considerarse que existe un amparo constitucional respecto de las garantías constitucionales de carácter político territorial propias de la descentralización política, el cual procede cuando las Constituciones garantizan, por ejemplo la autonomía de las entidades locales, como la autonomía municipal.

una acción de protección, como sucede por ejemplo, en México en relación con los Estados de la Federación, contra leyes federales. En cambio, esta situación se ha planteado recientemente en Venezuela mediante la presentación ante los Tribunales de una acción de amparo para la protección de la garantía a la autonomía municipal ante violaciones nacionales; la cual lamentablemente ha sido rechazada por la Sala Constitucional en una interpretación restrictiva totalmente inadmisibles²¹.

No perdiendo de vista el tema central que nos convoca, digamos que, avanzar sobre un terreno que aparece como tembladeral –puesto que hoy podemos hacer una ley orgánica municipal y mañana o pasado el gobernante que viene decide convocar a una reforma constitucional y hacer añicos la ley sancionada dilapidando el esfuerzo de la maquinaria estatal y generando inseguridad jurídica para los gobernantes locales y para los ciudadanos que deben ceñirse a las normas legales cumpliéndolas–, es lindar muy contiguamente con el suicidio o mutación, institucionales (aunque se trate de una parte importante del todo) y, seguir menospreciando la ciencia del derecho municipal. El municipio bonaerense debe salir para siempre de su tumba, pergeñada y sostenida por los gobiernos y gobernantes centralistas y unitarios que hemos soportado a lo largo de nuestra historia de Provincia. Pareciera ser que no podemos desprendernos de esa nefasta forma de ver y gobernar las cosas y las personas: he aquí una oportunidad única para renacer y devolverle a cada pueblo municipal la posibilidad de ser ellos mismos –con los límites que implica una autonomía calificada de municipal que se incrusta orgánicamente en un gobierno y estructura de mayor jerarquía como lo es la Provincia y el estado nación– para que de a uno vayan ejerciendo y ejecutando esa maravillosa música que es la soberanía. Así el pueblo estará apto para poder diseñar una arquitectura societaria y gubernamental capaz de abrazar los sueños, las pasiones y las necesidades de los bonaerenses, para que tengan su identidad, su paz y su felicidad.

Los pueblos de nuestra provincia merecen esta Navidad, que es el nacimiento y el descubrimiento de nuevas libertades cívicas que se extenderán en cada espectro social que generosamente los contiene y, en que se desarrollan. Los pueblos necesitan un espíritu autonómico que los haga renacer, no solo para lograr las autonomías aspectales jurídico legales y ahora con rango constitucional, sino una

²¹ 16 Vide, *El amparo en América Latina: la universalización del régimen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la necesidad de superar las restricciones nacionales*. Allan R. Brewer-Carías, Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela, del Texto preparado para el discurso como Miembro Correspondiente Extranjero ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, Septiembre 2003. <http://www.acader.unc.edu.Ar/artamparobrewer.pdf>.

autonomía que está en la base del sistema y deviene de “fundamentos implícitamente inalterables” (Segundo V. C. Linares Quintana), cual es su autonomía moral.

En síntesis, optar por el camino legal significa: que lejos de estar en presencia de un umbral, donde se puede expandir con vuelo imaginario y realista un legislador (para la Ley Orgánica de las Municipalidades que no dicten Carta Orgánica Municipal) o de un constituyente municipal (para los municipios que deban u opten dictar la Carta Orgánica Municipal) se lo va a relegar a un mero techo que cada vez se nos viene más abajo. No puede seguir triunfando en nuestra querida provincia la idea mezquina de tener al “municipio arrinconado” como lo calificara Néstor Pedro Sagués, y agreguemos “minusválido”: debemos saltar el cerco de las “coordenadas políticas” para que viva la autonomía municipal y no sigamos padeciendo la farsa de las instituciones (Sarmiento). Las ideas están, faltan los hechos. Y los hechos de la realidad, de la constitución real, nos obligan a adaptar la letra formal constitucional; tampoco caigamos en el error de creer que la Constitución nos va a otorgar todas las bondades que necesitamos, sino pecaríamos por un vicio racional normativista de creer que la reforma es un fin, cuando su justo lugar es considerarla como un medio, instrumento útil e imprescindible para que salgan los municipios del agobio de sesgo administrativo. Convoquémonos, reunámonos, petitionemos y estemos convencidos en que con la autonomía de cada pueblo municipal seguramente seremos más felices, y tendremos una organización política más acorde con los anhelos legados por nuestros mayores a quienes les rendimos homenaje al poder compartir entre nosotros estas humildes líneas. En palabras simples cerramos la puertita de la reforma legal para abrir los portones de la reforma constitucional, esa es la verdadera misión del Estado: convocar al pueblo para que a través de sus representantes “reconstituyan” jurídicamente el plexo de base; y en esto seamos cautelosos, una constitución no es un fin en sí mismo, y “no debe ser un catálogo de ilusiones”²² sino un medio para el logro de los grandes fines populares, uno excelso de base moral, es el Bien Común.

6. Acción judicial de inconstitucionalidad. ¿Se puede ordenar por vía judicial que se reforme una constitución?

6.1. Precedente jurisprudencial provincial.

Algunos pasos previos que ha dado la Corte provincial de Buenos Aires. Nos referimos brevemente a lo que denominamos *ex novo* una nueva doctrina de autonomía municipal, no escrita en la constitución provincial pero, efectiva a través de la ley

²² Afirmación de Félix R. Loñ, en *Lecturas de la Constitución*, obra compartida con Morello, Augusto Mario, Platense-Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 165.

orgánica y sus artículos que resultaren en consecuencia y congruencia con el artículo 123 de la Constitución federal. El caso “Laurini” puso sobre el tapete la validez legal de la inmunidad de opinión de los concejales expresada en la Ley Orgánica de las Municipalidades, aunque dicho privilegio no esté estampado en el texto magno de la Provincia de Buenos Aires. Antes de este caso, la jurisprudencia del mismo Alto Tribunal era contraria a la validez por ir más allá de la Constitución provincial (sólo ésta la contemplaba para los legisladores).

Ahora, se trata de una doctrina judicial iniciada por el ministro de la Corte provincial de Buenos Aires, Dr. Daniel Pedro Soria. En dicho fallo, el Juez vuelve sobre los pasos del caso “Rivademar” y aprovecha este debate para abordar tangencialmente, pero con mucha vehemencia, el distingo entre las entidades autárquicas de los municipios con autonomía al espetar que “el “carácter de legislación local” de las ordenanzas municipales frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de las entidades autárquicas ha sido una de las notas salientes que llevaron a la Corte Suprema de Justicia a abandonar la concepción restringida del régimen de las municipalidades²³ para reconocerle un talante prevalentemente autonómico”²⁴.

Envalentonado y exaltando las bondades del romanticismo que otorgan la precisa concepción municipalista y de la escuela de la autonomía municipal refiere que “en realidad, aquellos preceptos de la L.O.M. vienen a establecer una garantía -suficiente o amplificada, es cuestión que no excede lo meramente opinable- de la autonomía política del municipio²⁵.

Continúa con su discurso cateador de vetas positivas a esta rica cantera autonomista, citando, el consejo del Doctor Alberto Durante al entender que “se trata de un refuerzo que el legislador provincial, sin incurrir en flagrante invalidez, ha estimado adecuada para el cumplimiento de las complejas y delicadas gestiones gubernamentales”²⁶.

Incursiona muy sutilmente en refrescar al lector y a toda la ciudadanía la falencia constitucional en la provincia de Buenos Aires por incumplimiento del art. 123 del texto magno federal al determinar que “Desde luego que, en un régimen de autonomía institucional plena, su estructuración normativa es resorte privativo de la Carta local, mas a falta de ese nivel de desarrollo de la manda establecida por el art. 123 de la Constitución nacional, el régimen que estatuyen los arts. 72 y 85 de la L.O.M. no repugna principio jurídico alguno”.

²³ Consagrada, entre otros, en los precedentes registrados en “Fallos”, 114:282; 123:313; 308:403.

²⁴ In re “Rivademar”, “Fallos”, 312:326, cons. 8º).

²⁵ Bauza, ob. cit.

²⁶ Conf. Durante, ob. cit., p. 97.

6.2. Factibilidades.

6.2.1. Condiciones objetivas favorables.

Cuando a fines de los años sesenta el Tribunal Constitucional federal alemán asumió francamente el tema de la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales, alertó que los jueces, para remediarla, debían tener en cuenta los siguientes datos o condiciones:

- A) Preexistencia de un claro mensaje constitucional incumplido.
- B) El transcurso de un tiempo ya irrazonable sin que se lo obedeciera.
- C) La posibilidad de que el Poder Judicial pudiese cubrir material y jurídicamente el vacío lagunoso, prescindiendo del legislador²⁷.

6.2.2. Encuadre del caso concreto. En la Argentina, lamentablemente, los jueces no otorgan fácilmente la posibilidad de que un ciudadano represente los intereses del pueblo, a modo de acción patriótica colectiva. Nuestros jueces, alguna vez, se van en formalidades que pasan a ser meros formulismos, a modo del exceso ritual manifiesto y, la más de las veces se esquivan, se escamotean las cuestiones cruciales para un país como lo es el fortalecimiento de las democracias locales, a través, en este caso, de la autonomía municipal.

Si el sistema constitucional se estructura sobre actos jurídicos y nulidades, cuando ocurra algún incumplimiento de sus preceptos; si una cuestión está sobradamente justificada por la historia, por la actividad política, por la aceptación de otras provincias, por la aprobación jurisprudencial constante; si la cuestión que se debate no es para cercenar sino para aumentar derecho en el pueblo, a modo de mayor empoderamiento, para que sea protagonista fiel de sus propios destinos en su propia comunidad en la que vive y convive; si además de todo ello, se trata de cumplir la Constitución federal y denunciar el incumplimiento de las autoridades constituidas de la provincia que son remisas a un cambio fundamental: la decisión judicial quedará holgadamente justificada.

De esta forma el Juez actuaría como legislador precario –lenguaje de Néstor Pedro Sagúes– con el aliciente que la probable víctima del despojo de tal atribución, en este caso la Legislatura, no podrá alegar su propia torpeza ya que, la actividad judicial se encamina a reparar una omisión legislativa, máxime teniendo en cuenta un dato no menor: se van a cumplir veinte años de la reforma de 1994 y más de ciento sesenta años de la errónea interpretación sobre la naturaleza jurídica del municipio, de la

²⁷ Cfr. Pina, Rolando E. (1973). *Cláusulas constitucionales programáticas* (Buenos Aires, Ed. Astrea), pp. 72 y ss., Fernández Rodríguez, José Julio. (1998). *La inconstitucionalidad por omisión* (Madrid, Ed. Civitas), pp. 312 y ss. Citados por Sagúes, Néstor Pedro, *Algunas novedades en la inconstitucionalidad por omisión*.

llamada *vexata quaestio* del derecho público. Aquí cobran vida las palabras de Bustos (Gobernador de Córdoba) cuando Rivadavia era renuente a reunir en un Congreso General Constituyente a todas las provincias para sancionar una Constitución en la década del 20 en el siglo XIX: “démosle a las provincias lo que es de ellas antes que vengan a buscarlo por la fuerza”. No sería improbable que alguna municipalidad se dicte sus propias normas allende la normativa provincial sea constitucional o legal, con lo que estaría acorde con la Constitución federal y, por ende, sin referencia en la Constitución provincial. Por supremacía, por inconstitucionalidad por omisión, por historia y por justicia, los jueces resolverán a favor del municipio requirente de autonomía y de su pueblo. Hercúlea será la tarea de los jueces de resolver cuestiones particulares de cada municipio. Pregunto ¿no será mejor reformar la constitución provincial y adaptarla al texto magno federal? De esta forma nos evitaríamos todo este esfuerzo que lleva más de ciento cincuenta años y estaríamos pensando en cómo refundamos cada municipio para que el ser humano tenga local propia y se dignifique.

7. A modo de conclusiones.

Aunque ya esté insinuado, no importa repetirlo aquí, “la verdad es que la autonomía municipal ya existe, es un hecho, pero está entretejida en los corazones de cada ciudadano, en la víscera íntima de cada pueblo municipal, es secreto pero en altavoces. Lo que se ha inventado es una mentira, cual es la negación de la reforma constitucional que es un medio racional y normativo para llegar al fin, y la negación de libertar a los pueblos por medio de su autonomía. Es un capricho poco feliz, y como todo capricho obra de algún omnipotente que dice que no, y al ser preguntado ¿por qué no?, responde plácidamente: ¡porque no! Los más tolerantes dirán o nos preguntarán ¿le vamos a dar ese poder a los intendentes del conurbano? O bien, ¿estarán debidamente preparados en el interior de la provincia para recibir estas nuevas propuestas?”

“Y en cuanto al discurso autonomista —que roza hasta a los mismos “presuntos precursores”— que algunos en la tribuna, encienden con palabras altas y bellas, adoptando “la postura” del municipalismo pero no asumiéndolo como “forma de ser” de ellos mismos, ya nos había alertado Ortega y Gasset a los argentinos, que debemos ir a las cosas; *res non verba*, es la consigna.

“Porque “si no ha de triunfar la autonomía municipal, corramos el salón y sigamos la farsa de las instituciones” como está esculpido en el escudo de uno de los municipios de la provincia de Buenos Aires (Escobar). Un mundo de tinieblas se cierne

sobre esta cuestión, pero no renunciemos a sostener *post tenebras spero lucem*, es decir “después de las tinieblas espero la luz”.²⁸

Aquí lo imponente es la Constitución como tablero para deletrearla como aseveraba Sarmiento; pero deletrearla, estudiarla, difundirla y aprenderla a la propia vez antes que una Ley que está en una grada inferior.

Examinada la misión que le cupo a la convención constituyente provincial de 1994, al no adaptar el texto a la normativa nacional (art. 123) y al haber incumplido la manda del artículo respectivo de la ley de declaración de la necesidad de la reforma –la que incluía el capítulo del régimen municipal–, se asevera sin mayor esfuerzo que estamos en presencia de un acto jurídico constituyente nulo. Nulidad material por inconstitucionalidad nacional y nulidad material por inconstitucionalidad provincial; pues la declaración de la reforma limita al constituyente en sus temas a tratar, estableciendo la amenaza de la sanción de nulidad para cuando no se cumplan sus postulados.

Existe por lo tanto, una inconstitucionalidad por omisión, de las actuales autoridades y por no solucionar dicha omisión pudiendo convocar a una nueva convención constituyente para la consagración de la autonomía municipal; ello, a espaldas de todo el sistema jurídico público argentino que ha adaptado sus normativas *ex ante* o *ex post* a la constitución federal de 1994.

La necesidad de una declaración de necesidad de reforma de la sección en materia municipal de nuestro texto provincial es harto elocuente, con un método que desde ya adelantamos la opinión, debería ser por convención constituyente.

Hay soluciones y están en la posibilidad, petición particular o pública mediante, de la declaración por parte de la Corte Nacional, de un incumplimiento de la Norma Máxima, porque como bien ha dicho Alberto Spota, la operatividad de las normas programáticas se logran a través de una justa interpretación judicial. En otras palabras, la inactividad preconstituyente, constituyente, o legislativa, conllevaría a un pedido de “hábeas constitutione” o de “hábeas norma”²⁹ y a una operatividad lograda por la vía pretoriana que así lo exija. Ello, sin perjuicio de intentarlas por la vía judicial provincial.

El estudio de la posibilidad de las acciones judiciales a intentarse y los ciudadanos o personas jurídicas que pudieren ejercer legitimaciones activas, rebasa la temática del presente trabajo.

²⁸ Tenaglia, Iván Darío, *Autonomía Municipal. Sobre esta piedra edificaremos el Estado*. Scotti editora, la Plata, 2010.

²⁹ Actualmente, de *lege ferenda*, existe un proyecto de ley en la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, que institucionaliza el hábeas norma que bien podría habilitarse para estos casos.

Por ello –y como ya lo hemos dicho en el trabajo *Habeas autonomía municipal*–, “los defensores de la autonomía municipal, fieles seguidores de las enseñanzas de: Esteban Echeverría, Juan Bautista Alberdi, Bartolomé Mitre, José Manuel Estrada, Joaquín V. González, Domingo Faustino Sarmiento, Lisandro De la Torre, Leandro N. Alem, Fray Mamerto Esquiú, más allá en el tiempo; y de Adolfo Korn Villafañe, Tomás Diego Bernard, Antonio María Hernández, Horacio Daniel Rosatti, Ricardo Pablo Reca, Ricardo Miguel Zuccherino y Daniel J. Filloy, más acá, con todo respeto reclamamos: – a los cuatro vientos– “hábeas autonomía municipal”, o bien, “hábeas convención constituyente” para la instauración de la autonomía municipal en nuestra provincia de Buenos Aires. Si ello no se logra con la voluntad política, que los jueces interpreten bien las Constituciones, nacional y provincial, y den luz verde ordenando la sanción de una norma que declare la necesidad de la reforma constitucional en el punto referido a los municipios”.

Por lo tanto, puede el Poder Judicial –obviamente a través de sus jueces competentes– entregarnos esa posibilidad real de *mandamus*, al Poder Ejecutivo provincial y al Poder Legislativo para que cumplan con lo normado por la Constitución federal en su artículo 123: autonomía municipal en la provincia de Buenos Aires.

Bibliografía consultada

Alberdi, Juan Bautista, *Derecho Público Provincial Argentino*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

Alberdi, Juan Bautista, *Bases y punto de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1980.

Barrancos y Vedia, Fernando N. *Recurso Extraordinario y "Gravedad institucional"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

Berardo, Rodolfo, *Instituciones de Derecho Público Provincial. El Federalismo Argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1981.

Bernard, Tomás Diego, *Régimen Municipal Argentino*, Depalma, Buenos Aires.

Brewer-Carías, Allan R., *El amparo en América Latina: la universalización del régimen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la necesidad de superar las restricciones nacionales*, en <http://www.acader.unc.edu.ar/artamparobrewer.pdf>.

Cueto Rúa, Julio César, *¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?* Revista Jurídica La Ley, Tomo 36, p. 1.100.

Del Río, Mónica E., *Derecho Constitucional, Análisis del Fallo "Juana E. Soria de Guerrero c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos"*, Universidad de El Salvador, Facultad de Ciencias Jurídicas, en www.salvador.edu.ar.

Federalismo en transformación, El debate sobre el régimen financiero federal en Alemania, por Klaus Michael Miebach; INTER NATIONES/ IN-Press, Redacción: Dra. Gisela Libal, Producción: Ilona Orthen, Traducción: Rubén Meri, Enero de 2001.

Hernández, Antonio María, *Derecho Municipal*, volumen I, Depalma, Buenos Aires.

Hernández, Antonio María, *El caso "Fayt" y sus implicancias constitucionales*.

Parejo Alfonso, Luciano, *Garantía Institucional y Autonomías Locales*, Estudios de Derecho Público, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1981.

Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Editorial de la Universidad Autónoma de México, México, 1995.

Larousse, *Nuevo Diccionario enciclopédico ilustrado*, Librograf editora, Buenos Aires, 1991.

Linares Quintana, Segundo V., *¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?*, La Ley, Tomo 34, Sección doctrina, p. 1.153.

Loñ, Félix Roberto y Morello, Augusto Mario, *Lecturas de la Constitución*, Platense, La Plata, 2004.

Masnatta, Héctor, *¿Una Constitución inconstitucional?*, Diario Clarín del 27 de mayo de 1998, columna de Opinión.

Rosatti, Horacio Daniel, *Tratado de Derecho Municipal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1987.

Spota, Alberto Antonio, *Lo Político, lo Jurídico, el Derecho y el Poder Constituyente*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.

Tenaglia, Iván Darío, *Ley Orgánica de las Municipalidades*, Platense, La Plata, 2000.

Tenaglia, Iván Darío, *Elementos de Derecho Municipal Argentino*, Tomo I, Universitaria de La Plata, La Plata, 1997.

Tenaglia, Iván Darío, *Reelección en la Provincia de Buenos Aires. Artículo 123 de la Constitución Provincial. Caso "Gobernador Solá"*. La Plata, 2006.

Zuccherino, Ricardo Miguel, *Derecho Federal, Estadual y Municipal*, Tomo I, Derecho Federal, Editorial Depalma, Buenos Aires.

Zuccherino, Ricardo Miguel, *El Municipio del Tercer Milenio*, Editorial Función Pública, La Plata, 1998.