

Voces: MUNICIPALIDAD

Título: La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades

Autor: Bianchi, Alberto B.

Publicado en: LA LEY 1989-C, 47 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 229

Fallo comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 1989/03/21 ~ Rivademar, Angela D. B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario

I. No caben dudas que el 21 de marzo de 1989, será recordado como una jornada de euforia cívica para las municipalidades. En efecto ese día, la Corte Suprema al suscribir con voto unánime el fallo recaído en autos "Rivademar, Angela c. Municipalidad de Rosario", devolvió a los municipios la autonomía que hace 78 años les había quitado cuando el 1º de junio de 1911, al fallar la causa "Municipalidad de La Plata c. Ferrocarril Sud" (1), resolvió que aquéllos "no son más que meras delegaciones de los mismos poderes provinciales circunscriptas a fines y límites administrativos" (ver consid. 7º), es decir los consideró entidades autárquicas. La sentencia que motiva este comentario, huelga decirlo entonces, es de una trascendencia fundamental, pues revierte completamente la jurisprudencia seguida uniformemente por el tribunal desde entonces y hasta muy recientemente en la causa de fecha 1º de abril de 1986 (2) y se hace eco de los clamores que desde diversos sectores políticos y doctrinarios se habían entonado en pos de la reconquista de la autonomía comunal. Todo parece indicar así, que el ciclo de la reivindicación municipal, comenzado hace ya 30 años con el dictado de las constituciones provinciales que a partir de 1957 se enrolaron en la tendencia de devolver la autonomía a sus comunas (3), ha obtenido el galardón final del reconocimiento jurisprudencial del alto tribunal.

Se trata asimismo de un pronunciamiento que por sus alcances y consecuencias hará correr mucha tinta en comentarios, probablemente mejores que éste. Pero antes de iniciar esta tarea, quiero repetir algo que ya ha sido dicho en otras ocasiones acerca de esta Corte Suprema que hoy día nos gobierna (4), pero que la propia actividad del tribunal nos obliga a repetir. Podemos disentir o no con sus pronunciamientos. Habrán estado equivocados o no los fallos sobre inconstitucionalidad de la prohibición del divorcio vincular (5) o tenencia de estupefacientes (6), pero más allá de las críticas o de los elogios que estas decisiones y otra muchas que han marcado la impronta del período iniciado a fines de 1983, hayan podido cosechar, es irrefutable que la Corte -tal como sucesivamente ha estado compuesta desde esa fecha- ha sido plenamente consciente del papel institucional que le cabe desempeñar. Tiene absoluta convicción de que es un poder del Estado, sabe que puede crear derecho y lo hace. Si el resultado es bueno o malo están la opinión jurídica y la opinión pública para juzgarlo.

II. Pero vamos a la sentencia. Angela Rivademar, debió perder su pleito contra la Municipalidad de Rosario, para que ésta y todos los ayuntamientos provinciales obtuvieran su carta de autonomía. La actora, contratada inicialmente por dicho municipio obtuvo posteriormente, al amparo de normas provinciales (art. 133, ley 9286 de la Provincia de Santa Fe -Adla, XLIV-B, 2481-), su incorporación a la planta permanente como agente municipal. En encontrándose en dicha situación, el intendente rosarino dicta en 1984 un decreto que dispuso revisar los nombramientos efectuados por la anterior administración, actividad para la cual el Consejo Municipal lo había previamente autorizado. Fue así que se dejó sin efecto el nombramiento de la accionante, quien inició recurso administrativo de plena jurisdicción ante la instancia originaria de la Corte provincial. Al contestar la demanda fue planteado el problema de la inconstitucionalidad del citado art. 133 de la ley 9286, por ser contrario a normas constitucionales provinciales y al art. 5º de la Constitución Nacional, ya que se aducía que el referido ordenamiento privaba a los municipios del poder de legislar sobre materias que les son propias, tales como el estatuto y el escalafón municipal.

Se volvía a llevar a la arena judicial la nunca terminada disputa acerca de la extensión de las facultades municipales y la pregunta repicaba otra vez ¿autonomía o autarquía? Las campanas redoblaron esta vez en favor de la primera.

Antes de ello, sin embargo, la Corte provincial hizo lugar a la demanda y la misma obtuvo favorable acogida también en su paso por la Procuración General de la Nación. No conozco el texto del Superior Tribunal santafesino, pero he tenido en mis manos la pieza suscripta por la doctora María G. Reiriz, en su carácter de representante del Ministerio Público y creo que es digna de mención previo al análisis del fallo. A ello me mueve no sólo la solidez de sus fundamentos, sino también el coincidir con la solución que propugna, con lo que adelanto desde este momento mi disenso con el fallo. Dice en sustancia la Procuración Fiscal, luego de una prolija reseña de antecedentes, que el art. 59 de la Constitución de 1853 no obliga a las provincias adoptar, en sus respectivas constituciones, una posición que reconozca o desconozca la autonomía municipal. Lo que esa norma quiere es que existan municipios, pero el grado de la capacidad jurídica de cada uno es algo reservado a la discrecionalidad del legislador constituyente provincial, sin que quepa formular una regla uniforme y obligatoria. "Pero la cláusula constitucional -dice el dictamen- no importa una definición en cuanto al grado de independencia que debe acordársele, quedando reservado a la discreción del constituyente o del legislador provinciales la determinación del modo e intensidad que revestirá la descentralización". Esta frase resume

adecuadamente todo el pensamiento del Ministerio Público sobre el particular.

La Corte, por su parte, desarrolla la teoría autonómica en el consid. 8° del fallo, lugar en el que expone las ocho razones fundantes de tal criterio, sin perjuicio de ulteriores desarrollos colaterales en el consid. 9°, que completa el anterior. Tales razones son:

- a) El origen constitucional de los municipios.
- b) La existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades.
- c) La imposibilidad de la supresión de los municipios.
- d) El carácter de legislación local de las ordenanzas municipales, frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de entidades autárquicas.
- e) El carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios establecido por el art. 33 del Cód. Civil, frente al carácter contingente de las entidades autárquicas.
- f) El alcance de las resoluciones municipales que comprende a todos los habitantes de su circunscripción.
- g) La posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, lo que hace incongruente que una entidad autárquica pueda crear a otra de igual tipo.
- h) La elección popular de sus autoridades.

Más adelante, cuando efectúe la crítica de estos argumentos, expondré con más detenimiento porqué, según mi criterio los mismos, pese a su lógica impecable, no alcanzan a convencerme de la obligatoriedad de reconocer autonomía a las municipalidades, pero vale la pena decir desde ya que si la propia Constitución Nacional ha dispuesto que la Municipalidad de la Capital Federal sea una entidad autárquica, no hay motivo para forzar una interpretación en contrario respecto de los municipios con asiento en las provincias. En otras palabras, todos estos argumentos son sólidos y distinguen con adecuado razonamiento las diferencias entre los municipios y las llamadas entidades autárquicas institucionales, pero se desvanecen cuando recordamos que el primer municipio del país, es obligatoriamente autárquico por definición de la Constitución. Podría decirse al respecto que por su particular naturaleza la Capital Federal no puede ser sino autárquica, circunstancia que no se transmite a las restantes comunas pero creo que ello no es así tal como intentaré demostrarlo más adelante. Antes de entrar en esa materia me interesa efectuar un sumario repaso de la cuestión de la autarquía y autonomía municipal hasta el presente, con alguna breve referencia al derecho extranjero.

III. La conquista española trasplantó al nuevo continente el régimen municipal, que en líneas generales constituyó un fiel reflejo del viejo municipio castellano. Si bien al momento de la colonización, el municipio en España había llegado a un estado de postración y decadencia, en América, por el contrario, surgió vigoroso y representó un papel decisivo en la vida de las instituciones indianas. Pero, tal como señala Ots Capdequí, este período de florecimiento se vio frustrado en parte cuando fue implantada en indias al igual que en España, la práctica de enajenar en pública subasta al mejor postor los cargos públicos, cuya provisión correspondía a la Corona (7). Recién en las épocas previas a la Independencia, los cabildos volvieron a desempeñar el papel preponderante que originariamente les cupo.

En general es difícil caracterizar jurídicamente al municipio indiano, en la medida que nunca se dictó una legislación uniforme que conformara un estatuto municipal común a todos los territorios españoles, según indican Rafael Altamira y sus colaboradores (8). Por ello las recopilaciones legales dan cuenta de una pequeña suma de leyes generales incorporadas posteriormente a la recopilación definitiva de 1680, lo que permite advertir las diferencias entre los gobiernos municipales de cada lugar y de la facilidad de organización que se dejó a los vecinos de cada lugar. De todos estos textos, el que merece mayor atención es la Ordenanza de Felipe II, de 1573, de cuyo texto, surge con cierta claridad que el Rey concedía a los fundadores de una ciudad importantes tareas legislativas y de organización (9). Todo ello permite hablar de una autonomía municipal en la América española.

En lo que concierne a nuestro país, después de 1810, todos conocemos el papel preponderante desempeñado por los cabildos en la primera hora de nuestra independencia, el cual fue reconocido incluso, por los diversos textos constitucionales (10), 1816 (11) y 1819 (12). Pero ello habrá de durar poco tiempo; prácticamente tan solo una década más desde las jornadas de mayo. En efecto, el acta de defunción de la vida municipal, fue extendida el 24 de diciembre de 1821, cuando la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires, inspirada por el centralismo rivadaviano, sancionó la ley que suprimió los cabidos en esa provincia (originalmente estaba limitada al cabildo de Luján), fraccionándolos en distintas instituciones: la justicia de primera instancia, la justicia de paz, y la jefatura de policía y comisarios (13). Esta decisión fue luego imitada por las restantes provincias y hacia 1833, todas habían suprimido sus cabidos, suplantando autoridades locales por provinciales. Pese a ello, especialistas en derecho municipal, como Rosatti, entienden que la obra de Rivadavia, no significó la destrucción del municipio, pues el cabildo -según su criterio- no debe ser identificado como aquél. El cabildo era una estructura colonial al servicio de la metrópoli -dice- y su muerte anticipada, hizo tan sólo nacer un mito. De donde deduce que Rivadavia en lugar de matarlo lo fortaleció (14).

Como quiera que haya sido, 1853 aparece en la historia argentina, sin que los municipios ocuparan un lugar de importancia. Prueba de ello lo constituye el hecho de que Alberdi no les dedicó párrafo alguno en su Proyecto de Constitución (15) y que la Constitución sancionada aquel año apenas se ocupó de los mismos en la breve referencia que trae su art. 5°. Ello es prueba que la vida municipal estaba subsumida en la vida provincial y que eran las provincias, los entes primordiales que confluieron a la asamblea constituyente sancionando el texto que hoy nos gobierna, sobre la base de una serie de delegaciones (conf. art. 104), de poderes propios (16).

La Corte Suprema no tuvo oportunidad de definir con claridad la naturaleza jurídica de los municipios hasta la citada causa de 1911. Antes de ello se ocupó de temas municipales en diversos pronunciamientos pero siempre con referencia a aspectos concretos, sin entrar a dilucidar el problema de su autarquía o autonomía (17). Es recién a partir de la causa de fallos, t. 114, p. 282, que definió claramente el pensamiento que rigió hasta sentencias muy recientes como la recordada por el propio tribunal en el caso que comento. Ahora bien no caben dudas que la decisión de 1911, más allá de sus aciertos o errores, está apoyada en un fuerte dogmatismo. En efecto, la afirmación -por cierto contundente- que la sentencia efectúa, merecía una demostración y análisis que el fallo no posee. Pese a ello, su lógica aparente ejerció notable influencia en la doctrina posterior, en especial entre los administrativistas, quienes conducidos por Bielsa han seguido las aguas de la Corte. El fallo como digo, no demuestra su aserto, pero posee un gran contenido lógico que es la fuente de la adhesión que obtuvo. El razonamiento es tan sencillo como este: tenemos un ente superior que es el Estado; dicho ente es soberano. En segundo grado están las provincias; éstas son, como la propia Constitución indica autónomas. Finalmente aparecen las municipalidades, como personas subordinadas a las provincias. Si están subordinadas no pueden poseer igual capacidad jurídica, por ende son autárquicas. Dentro de este esquema ordenado y sencillo, no cabe la posibilidad que una municipalidad pueda gozar de autonomía pues ello desequilibra la armonía del sistema.

Bielsa, ferviente adherente a la tesis de la Corte, escribía que "Los partidarios de la autonomía municipal en general, no son juristas, pues no se fundan en el derecho fundamental, sino que invocan aspiraciones de política local de interés social, de administración propia, de elección de autoridades, de régimen de sufragio" (18). Autores posteriores han propiciado también la tesis de la autarquía, aunque necesario es reconocerlo, sin la fuerza de imperio con que Bielsa rodeaba el concepto. Así, Villegas Basavilbaso, entiende que las municipalidades son autárquicas, pero lo toma como un dato de la realidad (de la realidad del momento en que escribió su Derecho administrativo, es decir a fines de la década de 1940), admitiendo que para ser autónomas, las provincias deberían instituir en sus constituciones el llamado Poder Municipal (19). Marienhoff, sigue igual pensamiento y entiende que el silencio del art. 5° acerca de la naturaleza de las municipalidades indica que su determinación ha quedado reservada a las provincias y señala "En general en nuestro país el régimen municipal está organizado sobre la base de atribuirle a la respectiva comuna la calidad de entidad autárquica territorial" régimen con el que concuerda este autor, para quien las municipalidades carecen de autonomía (20). Cassagne adhiere a igual pensamiento y sostiene que "sin olvidar la importancia histórica de los municipios y las exigencias del bien común que ellos satisfacen su condición jurídica es la de entidades autárquicas territoriales (21). Canasí, por su parte, fiel discípulo del maestro rosarino, se encolumna también, detrás de la autarquía indicada por la Corte (22), posición que desde la doctrina constitucional, comparten Linares Quintana (23) y César E. Romero (24).

Los constitucionalistas, por el contrario, han reaccionado contra la limitación de la capacidad jurídica y política de los municipios decretada por la Corte y así Bidart Campos ha escrito que "Nuestra Corte Suprema se ha encargado de difundir una jurisprudencia reñida con la técnica comunal de la libertad" (25), en tanto que Jorge Vanossi afirma que el municipio como entidad de derecho público estatal necesita de autonomía normativa y autocefalía política (entendida esta última como capacidad para elegir sus propios gobernantes) (26). Néstor Sagüés encarna también otro de los agudos críticos del municipio autárquico diseñado por la Corte, y lo llama el "municipio arrinconado", contrario a los postulados del art. 5° de la Constitución, invitando a repensar en el reforzamiento de la autonomía local (27). Una vez más observamos cómo las dos vertientes principales de nuestro derecho público obran como compartimientos estancos y salvo excepciones los administrativistas agitan banderas distintas a las de los constitucionalistas y viceversa. Los especialistas en la materia, finalmente, son enfáticamente partidarios de la autonomía. Sin pretender agotar la nómina señalo solamente a Hernández (28) y a Zucherino (29), sin olvidar otros municipalistas propulsores de igual criterio (30). Dentro de este grupo de autores, el caso de Rosatti, es singular, ya que define la caracterización jurídica del municipio despojándola de toda abstracción apriorística y ciñéndose a una realidad que comparto. Sostiene que el municipio no es autónomo o autárquico, sino que posee grados de autonomía. Afirma asimismo que la buena voluntad normativa y el esfuerzo doctrinario no alcanzan para modificar la realidad, por ello considera que el municipio es un ente que "tiende a la autonomía" (31).

En el derecho extranjero, la tendencia es también francamente autonómica. En España, bajo la Constitución de 1978, los municipios han adquirido autonomía, tal como lo establece el art. 140, según el cual "La constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena". A su vez el art. 137, reconoce la autonomía de los municipios "para la gestión de sus respectivos intereses". Refiriéndose

a esta cláusula constitucional, Luis Morell Ocaña, dice, comentando la jurisprudencia del tribunal constitucional, que dentro de la esfera de intereses de la comunidad local no se deben incluir tan sólo los que sean exclusivos sino también los que le corresponden como componente de colectividades de nivel superior (vg. una provincia); en éstos ha de intervenir la comunidad local porque en la medida que de algún modo le afecten sus intereses propios, aunque se presenten comprendidos dentro de los de otra u otras colectividades. Ello pone de manifiesto que la intención es ampliar y no restringir la autonomía dada por la Constitución (32). La Constitución Italiana de 1948 acuerda también autonomía a los municipios en su art. 128, según el cual "Las provincias y los municipios son entidades autónomas en el ámbito de los principios fijados por las leyes generales de la República, que determinará las funciones respectivas. El gobierno local en este país, según explica Alessandro Pizzorusso, se desenvuelve en varios niveles entre los que deben mencionarse las regiones (divididas en regiones de estatuto especial o regiones de estatuto ordinario), las provincias y los municipios. Señala el autor citado que si bien ha sido dificultoso poner en práctica una autonomía local efectiva, hoy día puede hablarse de la existencia de una orientación política favorable a ella, llegándose incluso en la ley del 8 de agosto de 1976, a dividir los grandes municipios en circunscripciones (33).

En México, la doctrina de los administrativistas clásicos como Gabino Fraga (34) y Andrés Serra Rojas (35), entendió que el municipio era una mera descentralización de la Administración Pública, mientras que autores más modernos, tal en caso de Reynaldo Robles Martínez, ven en él un nivel de gobierno. Así el gobierno mexicano está constituido por tres niveles: federal, estatal y municipal. En opinión de este último expositor, el municipio es "la piedra angular del nuevo federalismo que surge como reclamo social de nuestra Revolución mexicana" (36).

También en Francia, país de estructura gubernamental centralizada, el municipio ha ido adquiriendo paulatinamente un carácter progresivamente descentralizado. Si bien no es posible hablar allí de autonomía en el sentido que nosotros lo empleamos, los municipios franceses gozan bajo la Constitución de 1958, de una descentralización tal que autores como Vedel la consideraran remarcable. Se trata de municipalidades que ejercen una autonomía material, en el sentido a que me referiré en el próximo punto IV. El citado autor, detalla cómo fue conquistándose paulatinamente esta descentralización municipal y dice que la misma empezó a tomar cuerpo en 1831, cuando el consejo municipal se hizo electivo. Posteriormente en 1882, el alcalde dejó de ser designado y fue elegido por vía de sufragio. Posteriormente, fue sancionada el 5 de abril de 1884 la ley municipal que sigue siendo la armazón del sistema, quien amplió la competencia de los alcaldes y consejos municipales, tendencia que se vio acentuada más aún con la ley del 5 de noviembre de 1926 (37). La Constitución de 1946 continuó esta tarea que se ha visto reforzada con la Constitución gaullista de 1958 que en su art. 72 expresa "Las colectividades territoriales de la República son los municipios, los departamentos y los territorios de ultramar. Cualquiera otra colectividad deberá ser creada por ley. Estas colectividades se administrarán libremente mediante consejos elegidos y en las condiciones que la ley señale".

En Inglaterra rige desde 1972 (entró plenamente en vigencia en 1974), la Local Government Act, que ha dividido el país en 6 condados metropolitanos y 39 condados no metropolitanos. Los primeros tienen población entre 1.000.000 y 3.000.000 de habitantes. Los segundos (excepto la isla de White) poseen población superior a 280.000 individuos. A su vez, los condados metropolitanos están divididos en 36 distritos metropolitanos. La existencia de una ley central que rige las bases del gobierno local induce a pensar que en este país no existe autonomía, al menos en el sentido formal del término (más adelante distinguiré entre la autonomía formal y la material), ya que las comunidades locales no se han dado su organización fundamental. Asimismo tal como señala de Smith, si bien las autoridades locales gozan de gran autonomía, el conjunto de controles ejercidos desde el gobierno central es formidable, existiendo reglamentos centrales muy detallados acerca de la prestación de los servicios locales (38). Por su parte Wade, señala que si bien bajo la ley de organización municipal de 1972, los municipios poseen capacidad para solicitar préstamos de dinero para satisfacción de sus fines, ello se encuentra sujeto a severos controles del Secretario de Estado, controles que también se ejercen desde el gobierno central en materia de auditoría, lo que a juicio de este autor supone la existencia de un poder local subordinado al central (39), opinión que se encuentra ratificada por Foulke, quien manifiesta que el control central sobre el local penetra (pervade) todas las áreas y operaciones de este último (40).

Tampoco en los Estados Unidos puede hablarse de una efectiva existencia de la autonomía municipal. Como dato de ello, tenemos que recién en 1976, luego de cuatro décadas de jurisprudencia contraria, la Corte Suprema declaró en "National League of cities v. Ursery" (41) la inconstitucionalidad de una ley federal sobre comercio interestatal. Se trataba de las enmiendas de 1974, introducidas a la Fair Labor Standards Act, que habían extendido regulaciones federales sobre salarios y horarios laborales a todos los Estados y empleos municipales. La Corte sostuvo que si bien tal ley estaba basada en la Cláusula Comercial del Congreso (art. I, sec. 8ª), tales materias deben ser determinadas por los estados y los gobiernos locales. El fallo resulta novedoso, pues desde 1936 en "Carter v. Carter Coal Co." (42), no se declaraba inconstitucional una ley sobre comercio interestadual. Pero aún así, comentando el caso Tribe, sostiene que si la sentencia emplea bastante retórica en hablar de la autonomía local, ello debe ser entendido como una prolongación de una tendencia hacia la autonomía observada

en precedentes aparecidos en la década de 1970 y de un constante reclamo por mayor autonomía local pero no debe leerse el caso como una reivindicación general de la autonomía local con posible detrimento de los derechos individuales (43).

IV. Como vemos el fallo de la Corte en autos "Ravivera", consagra así no sólo un anhelo nacional por la autonomía municipal, sino también una esperanza aquilatada fuera de nuestras fronteras. Vivimos una época en que el poder municipal (al menos en apariencia) tiende a fortalecerse frente a los poderes centrales y esta sentencia acompaña ese ritmo.

Dije más arriba que el fallo da ocho razones por las que las municipalidades deben ser consideradas entes autónomos. Antes de entrar en el análisis de ellas conviene establecer en qué sentido emplea aquél los conceptos de autonomía y autarquía, ya que los mismos pueden ser objeto de diversas interpretaciones como lo ha señalado hace unos años Alvaro D'Ors (44). Los conceptos que maneja el fallo son los tradicionales, y por autonomía se entiende la capacidad del ente de dictarse sus propias leyes fundamentales, tal como lo había definido en su momento Escribano (45), y por autarquía la capacidad de autoadministrarse o autogobernarse, pero conforme estatutos orgánicos provenientes de un poder superior. En este sentido la palabra ha sido tomada de la palabra griega autarchía (del verbo archein que significa ser príncipe o jefe) y no de su semejante en el mismo idioma autarkeia que revela la capacidad de bastarse a sí mismo (del verbo arkein). Generalmente esta última revela la capacidad de autosuficiencia financiera, llamada autarcía (46).

Al margen de estas distinciones sin embargo debemos admitir que puede ser distinguida una autonomía formal de una autonomía material.

Hasta el momento los municipios han gozado de una autonomía material que se posibilidad de ejercer su propio poder de policía, de ejecutar por sí obras públicas, de elegir por sí a sus gobernantes, de percibir ciertas contribuciones, etc. En otras palabras si bien autores como Sagüés, nos hablan del municipio arrinconado, según hemos visto más arriba, lo cierto es que bajo una aparente parálisis en que se habría colocado a los municipios, éstos han logrado un desarrollo no desdeñable. De modo tal que lo que ahora han obtenido es más bien la autonomía formal, la declaración de autonomía, tal como obtienen la declaración de independencia aquellos pueblos que se liberan de su metrópoli, habiendo vivido en la práctica bajo un régimen de completa soberanía.

El fallo entonces reconoce a las municipalidades poder de dictarse sus propias leyes que en lenguaje constitucional significa tener poder constituyente propio. A partir de ahora existen entonces tres entes con poder constituyente: el Estado nacional, las provincias y los municipios, quienes hasta el presente no lo tenían reconocido con alcance general sino tan sólo particular de acuerdo a las clasificaciones que de ellos hacían las constituciones provinciales (47).

Para reconocer poder constituyente a los municipios la Corte ha empleado ocho argumentos que paso a analizar, no sin antes recordar, tal como señalé más arriba, que a mi juicio tales argumentos, lógicos en sí mismos, pierden fuerza de convicción cuando recordamos que la municipalidad por antonomasia, es decir la Capital Federal es una entidad autárquica por definición de la propia Constitución. El primer argumento es que los municipios poseen origen constitucional, en tanto que las entidades autárquicas poseen origen meramente legal. A ello cabe decir en primer lugar, que la municipalidad capitalina también posee origen constitucional, ya que en el art. 81 de la Constitución, al menos en forma tangencial habla de ella. En segundo lugar, no todas las entidades autárquicas poseen origen legal. El art. 67, inc. 5º faculta al Congreso a crear un "Banco Nacional en la Capital", aludiendo naturalmente al actual Banco Central, que es una entidad autárquica sin poder constituyente, de modo que el origen constitucional de la entidad no es fuente necesaria de autonomía.

Se alude en segundo lugar a la existencia de una base sociológica en los municipios de la cual carecen los entes autárquicos. Esto es cierto, hasta que recordamos que la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, posee, como entidad autárquica una base sociológica también. Pero además de ello, algunas entidades autárquicas, si bien no poseen territorio físico sobre el cual gobiernan, extienden sin embargo su poder a todo el territorio nacional. El Banco Central, mencionado más arriba es el ejemplo más típico de una entidad autárquica que rige los destinos de todos los habitantes del país con más fuerza que cualquier municipio, aun el federal. Asimismo en tercer lugar se argumenta que la base constitucional de los municipios impide su supresión, lo que sí podría ocurrir con las entidades autárquicas. No creo que ello sea estrictamente posible. En efecto, pueden ser suprimidas algunas entidades autárquicas, las que pueden ser o bien absorbidas por la Administración Central, tal por ejemplo la Dirección Nacional de Vialidad, la Dirección General Impositiva, o bien pueden ser privatizadas, tal por ejemplo Obras Sanitarias de la Nación. Pero no puede ser suprimido el Banco Central, como persona jurídica distinta del Estado Nacional o bien la Universidad. Estos dos últimos casos de entidades autárquicas llamémosles necesarias, que el Congreso carece de poder para suprimir como personas jurídicas.

El cuarto y quinto argumento, sufren similar problema al de los anteriores. Se dice que los municipios son entes de derecho público y necesarios de acuerdo con el art. 33 del Cód. Civil, frente al carácter contingente de los entes autárquicos. Asimismo se alude al carácter de legislación local de las Ordenanzas Municipales frente al carácter de resoluciones administrativas de los entes con autarquía. En primer lugar sigo insistiendo que la Municipalidad de la Capital es un ente autárquico y no por ello deja de ser necesario y sus ordenanzas poseen

carácter de legislación local. Pero en segundo lugar, el art. 33 del Cód. Civil, en su actual redacción, no establece distinción alguna en punto a la necesidad o contingencia, entre los entes de carácter público mencionados en sus tres primeros incisos. Es más, en ninguna parte del artículo se hace mención a entes de carácter necesario o contingente (ello corresponde a la redacción de Vélez Sarsfield), de modo que con la actual redacción no es posible distinguir tal como el fallo lo hace. Por otra parte, debemos admitir que la falta de mención de los entes autárquicos dentro de las personas jurídicas de existencia necesaria del antiguo art. 33, responde indubitablemente al hecho de que al momento de ser redactado el Código Civil, se desconocía aún la técnica de la descentralización administrativa, con los progresos que ella ha hecho a lo largo del siglo XX y por tanto las entidades autárquicas no merecían la atención que hoy se les dispensa.

En sexto lugar el fallo sostiene como fuente de la autonomía municipal el alcance de sus resoluciones, que comprenden a todos los habitantes de su circunscripción territorial. Este argumento debe ser conectado con el cuarto, antes mencionado, según el cual las Ordenanzas Municipales son legislación local. En realidad (y al margen de que también las ordenanzas de la Ciudad de Buenos Aires, son legislación local), no creo que ello sea suficiente para reconocer autonomía a los municipios. En general todos los órganos (desprovistos de personería jurídica) y entes que conforman la Administración Pública sea ésta nacional, provincial o municipal, tienen poder legisferante. Una resolución de la DGI (cuya autarquía está reconocida por el art. 3º, ley 11,683, luego de la reforma introducida por la ley 23.495 -Adla, XXXVIII-D, 3476; XLVII-A, 200-), posee campo de aplicación más amplio que una ordenanza municipal y sin embargo, no por ello es posible reconocer poder constituyente a la DGI. A su vez la decisión del ente recaudador se extiende seguramente a mayor número de personas físicas y jurídicas que el que es alcanzado por una ordenanza municipal.

El séptimo razonamiento de la sentencia apunta a que la existencia dentro de los municipios de entidades autárquicas, obliga a reconocerles a éstos carácter autónomo, pues no parece congruente que una entidad autárquica pueda a su vez crear otras entidades autárquicas. Lamento decir que tampoco coincido con este aspecto del fallo. A más de insistir en el ya remanido argumento de la comparación con la Municipalidad de la Capital Federal (recordemos que es autárquica y aun así posee y ha creado entes autárquicos pues para ello está facultado el Concejo Deliberante por el art. 9º, inc. d), ley 19.987 -Adla, XXXII-D, 5222-), no debemos olvidar que no existe ley o principio jurídico de derecho público, que impida a una entidad autárquica crear a su vez otra entidad autárquica. Pensamos por ejemplo en el caso ya citado de la DGI. Podría ocurrir que la obra social del personal de la misma fuera organizado bajo la forma de una persona jurídica distinta del ente principal y se la dotara de autarquía. Tal vez dicha persona jurídica no necesariamente debería ser creada por ley del Congreso o por decreto del Poder Ejecutivo. Tal vez, bien podría ser creada por resolución de la propia DGI. Lo que tenemos que averiguar en cada caso en concreto es si el ente autárquico puede o no puede crear otras personas jurídicas y la respuesta a ello no depende, según mi criterio, de una decisión abstracta, que provenga de la naturaleza del ente. Depende, por el contrario, de la naturaleza de los fines que el ente debe cumplir. Recordemos en este sentido la enseñanza del juez Marshall en el leading "Mac Culloch v. Maryland" (48), sentencia que determinó la facultad del gobierno federal de los Estados Unidos de crear un Banco Nacional pese a que la Constitución de ese país no lo preveía específicamente. Allí Marshall sostuvo que la competencia de una persona jurídica no es sólo la que surge explícita de la letra de la ley, sino que es la que implícitamente exigen los fines para los que la entidad ha sido creada. Ente nosotros Linares, desarrollando esta idea ha hablado del llamado postulado de la "permisión amplia", según el cual el ente u órgano administrativo se encuentra facultado para hacer todo lo que implícitamente surja del texto expreso (49).

Asimismo, no podemos olvidar el caso de los municipios en el Territorio Nacional de Tierra del Fuego. Los territorios nacionales, bajo la vigencia de la vieja ley 1532, sancionada en 1884 (Adla, 1881, 1888, 14). eran meras divisiones administrativas del Estado Nacional (50). Hoy día, provincializados la mayoría de ellos por ley 14.408 (Adla, XV-A, 4); queda como resabio el arriba citado, pero cuya conformación jurídica ha cambiado en tanto el decreto-ley 2191/57 (Adla, XVII-A, 310) lo ha organizado como una persona jurídica dotada de autarquía que se da alguna de sus instituciones y representantes, tal por ejemplo la elección de una legislatura de 15 delegados cuando el registro electoral supere los 3.000 electores. A su vez el Territorio elige cuatro electores para Presidente y Vicepresidente y posee diputados en el Congreso Nacional (51). Esto demuestra también que una entidad autárquica, puede poseer otras entidades autárquicas a su vez, ya que es evidente que si el propio Territorio es una entidad de tal naturaleza, sus municipios no pueden ser autónomos.

Por último, en octavo lugar, la sentencia alude a que la elección popular de las autoridades municipales es "inconcebible en las entidades autárquicas". No es tan inconcebible sin embargo. Tenemos el ejemplo de las universidades que si bien no hay duda que jurídicamente son entidades autárquicas (52), sus autoridades, sin embargo, no proceden de una designación administrativa del Poder Ejecutivo, sino que son elegidas por el claustro universitario. Ciertamente es que no se trata de una elección popular en sentido estricto, como la del intendente o concejales de los municipios, pero se trata, no obstante, de una elección que se realiza entre los miembros que conforman la universidad, al igual que la elección de las autoridades municipales se realiza entre los individuos que componen ese municipio. Por ello creo que tampoco la elección por vía de sufragio sea una

característica que distinga a las comunidades autónomas de las autárquicas, si bien admito que la regla general es la que señala la sentencia, a la cual naturalmente hay que añadirle también la excepción de la Municipalidad de la Capital Federal.

Resta finalmente analizar algo que señalé al comienzo, cuando enumeré los argumentos empleados por la sentencia y es si existe alguna razón legal o constitucional que obligue a la Capital Federal a ser una entidad autárquica o, dicho de otro modo, impide que se constituya como entidad autónoma. Ello es importante, pues si así fuera todas las distinciones que el fallo efectúa no merecerían la crítica que he desarrollado más arriba. No creo, sin embargo, que la Capital Federal deba ser por definición o por naturaleza un municipio autónomo o autárquico. La Constitución ha querido que fuera autárquico instituyendo al Presidente de la República como su jefe inmediato y local (art. 86, inc. 3º) y al Congreso como su legislador local (art. 67, inc. 27). Pero nada impide que pueda gozar de autonomía. Incluso durante el año pasado fueron presentados proyectos de ley al Congreso para que el intendente municipal fuera elegido por vía de sufragio, lo que provocó un interesante debate (53). Tal vez incluso una reforma constitucional, podría modificar esta cuestión dando mayor status jurídico a una entidad que hoy posee enorme importancia económica y política. No veo inconvenientes para que esto ocurra, pues el hecho que la Capital de la Nación sea el asiento de las autoridades del Gobierno Federal, no impide su autonomía, en la medida que ella no obstaculice el ejercicio de los poderes nacionales. Si siguiéramos ese criterio, tampoco podrían ser autónomos los municipios en que residen las autoridades provinciales y así llegaríamos al contrasentido que las ciudades más importantes del país, serían autárquicas y gozarían de autonomía las de segunda importancia. Pero la subsistencia de la condición jurídica de entidad autárquica, impuesta por la propia Constitución a la Capital Federal, revela claramente que la naturaleza jurídica de los municipios debe ser una y no otra obligatoriamente. Ello lo resuelve cada legislador constituyente dentro de su propia esfera. Distinto es el caso de las provincias, las cuales por definición sólo pueden ser autónomas.

V. Lo expuesto hasta aquí me lleva a dejar asentada mi discrepancia -respetuosa por cierto- con el fallo de la Corte. No con esto pretendo ser el dueño de la verdad, pues vale tener presente en este caso, como en muchos otros, el pensamiento de Karl R. Popper que Juan F. Linares asienta como epígrafe de una de sus obras (54): "Desde el punto de vista que aquí exponemos, todas las teorías son esencialmente tentativas conjeturales o hipotéticas, aun cuando tengamos la sensación de que no podemos seguir dudando de ellas". Pues bien, aun haciéndome cargo de ello, creo que pueden efectuarse algunas nota críticas a la sentencia.

Dije al comienzo que coincido con el dictamen de la Procuración Fiscal. Ello por cuanto creo que las municipalidades carecen de una naturaleza jurídica determinada. En otras palabras, poseen la naturaleza que el legislador constituyente provincial quiera darle y no es una atribución del Gobierno Federal y por ende de la Corte Suprema terciar en esta cuestión que pertenece a los poderes no delegados por las provincias al momento de la sanción de la Constitución. Sobre el particular, debemos tener en cuenta que cuando fue ejercido el poder constituyente originario en 1853 tuvo lugar el primer acto de delegación, de donde puede sostenerse que la misma Constitución proviene en buena medida de un acto originario de delegación efectuado por las provincias entonces existentes quienes se despojaron de algunos de sus poderes (los más importantes) para constituir un Estado Nacional. Ello ha quedado registrado precisamente en el art. 104 de la Constitución, el cual, tomado de la Enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos, constituye el eje de nuestro sistema federal. Sin embargo, esto no debe llevarnos a pensar, como bien observa Sánchez Viamonte, que la Constitución es un pacto federal propiamente dicho (55). La Constitución trasciende el plano de un mero acuerdo de unión de estados hasta ese momento separados y adquiere el rango de Ley Fundamental del Estado que por ella se crea.

Ahora bien, entre los poderes no delegados por las Provincias está precisamente el de la forma en que serán organizados los municipios provinciales. La Constitución Nacional, ha querido que en todas las provincias exista un régimen municipal. Este ha sido un compromiso adoptado por las mismas como medio de asegurar la vigencia en todas ellas (a manera de garantía hacia sus habitantes), de ciertas instituciones básicas de un régimen republicano. Por ello al lado de la exigencia de reconocer la existencia de un régimen municipal, el art. 5º requiere además que se aseguren la educación primaria y la independencia del Poder Judicial, como recaudos mínimos del ejercicio de los poderes autonómicos de las provincias. Sin embargo la exigencia llega hasta allí. Las provincias no delegaron además, la forma en que ese régimen municipal debe ser ejercido, o cómo se desarrollará el Poder Judicial o la educación primaria en sus respectivas jurisdicciones. Tal nivel de detalle pertenece a su "Zona de reserva", para ponerlo en términos empleados por Marienhoff con frecuencia (56). Así por ejemplo, no se exige que en las provincias existan dos o más instancias judiciales, que los tribunales sean colegiados, o que se admita el juicio por jurados, que la Constitución Nacional prevé en los arts. 24 y 102 (57). Ni tampoco ha creído conveniente el gobierno federal preocuparse de los planes de educación que rigen en las provincias. Sin embargo, sí ha tomado partido en lo atinente al gobierno municipal y desde este punto de vista creo que merecen la misma crítica tanto el fallo de 1911, como el presente y todos los restantes, pues la equivocación a mi criterio no reside en la elección entre la autarquía o la autonomía sino en que el Gobierno federal (a través de la Corte Suprema), resuelva un problema típicamente provincial.

Las municipalidades son entonces lo que el legislador constituyente provincial quiere que sean y tanto se

cumple con el art. 5º del Cód. político nacional estatuyendo un sistema autárquico, como un sistema autónomo. Tal era por otra parte, la opinión de Joaquín V. González que la Procuración Fiscal hace bien en recordar (58). No lo cree así, sin embargo, la Corte, para quien el establecimiento de un sistema municipal autárquico no se aviene con la naturaleza de tales entes. Sobre este particular, entiendo que no resulta conveniente establecer una fórmula general y abstracta desprendida de la realidad de cada municipio. En efecto, debemos admitir que el mapa municipal argentino presenta no sólo una gran cantidad de estos entes sino también una enorme diversidad de tamaño y conformación entre unos y otros. Así tenemos que frente a grandes municipalidades, que conforman verdaderos centros urbanos, polos de poder político, como la municipalidad demandada por Angela Rivademar en el caso que comento, existen otras pequeñas, de escasa población, que apenas disputan con incipientes bríos de ciudad. Me pregunto entonces si resulta lógico que se de igual tratamiento a poblaciones tan distintas. No me cabe la menor duda desde este punto de vista que Rosario, Córdoba, La Plata, Santa Fe, Mendoza y otras tantas ciudades, merecen la autonomía y tienen envergadura suficiente para despojarse de la malla asfixiante de la autarquía. ¿Pero es predicable lo mismo de ciudades de 1000, 2000 o 3000 habitantes? Este comentario no implica un demérito para esas pequeñas comunidades, señalo simplemente que si las mismas merecen o no la autonomía, nadie mejor para juzgarlo que el legislador local.

Puede decirse que el art. 5º de la Constitución pese a su muy escueta redacción, está sin embargo reclamando el reconocimiento de un régimen municipal autónomo. Ello por cuanto en primer lugar es más que frecuente que otras disposiciones de la Constitución, también igualmente lacónicas han sido integradas con la interpretación doctrinaria o jurisprudencial. Así por ejemplo, el art. 6º que regula la intervención federal, determina que corresponde decretarla al gobierno federal, sin especificar a cuál de los órganos del gobierno federal cabe tal tarea lo que no ha impedido a la doctrina interpretar que es atribución del Congreso (59), tarea que no ha emprendido, sin embargo, la Corte por aquello de que lo atinente al juzgamiento de las razones que motivaron la intervención es cuestión política no justiciable, según lo inveteradamente declarado desde "Cullen c. Llerena" (60), reproduciendo así la jurisprudencia norteamericana (61). En segundo lugar por cuanto sólo se puede garantizar la existencia efectiva de un régimen municipal si el mismo es autónomo.

Con relación a lo primero creo importante señalar que los órganos federales (la Corte en especial), pueden volcar su interpretación en el molde vacío de aquellas disposiciones constitucionales que son atinentes al gobierno federal o a los derechos de los habitantes. pero deben abstenerse de hacerlo cuando se trata de disposiciones relativas al ordenamiento jurídico provincial. Y ello a su vez por dos razones, primero porque está fuera del alcance de su competencia según lo he venido explicando hasta aquí y segundo pues tal como lo he señalado en nota 51 ello a mi criterio constituye una cuestión política no justiciable, según explicaré al final de este artículo. En punto a lo segundo si bien es eminentemente cierto que un régimen municipal asentado sobre la base de la autonomía es mucho más fuerte que un régimen parcialmente centralizado como el autárquico, no estoy completamente seguro que cuando la Constitución quiso que se "asegurara" el régimen municipal, estaba en la mente de los constituyentes que se construyera al lado del poder provincial un poder de igual fuerza aunque con base territorial más pequeña o bien, que simplemente existieran municipios con goce de poderes suficientes para ser reconocidos como tales. Esta opción es difícil de desentrañar del texto constitucional. En este punto no nos ayuda demasiado la lectura de los debates en la Convención constituyente pues el art. 5º fue escasamente debatido allí (62), pero ello al menos nos da un indicio de que el tema municipal no era algo que efectivamente haya preocupado en 1853. Ello no es óbice para que deje de preocupar ahora cuando, habiendo la Constitución doblado el codo del sesquicentenario, la vida ha cambiado sustancialmente y existe un clamor generalizado de volver a revitalizar el poder comunal en aras de una mejor y más directa satisfacción de los intereses ciudadanos. En efecto, a medida que el Estado sea nacional o provincial crece y se hace más complejo en su administración, se aleja paulatinamente del individuo y de sus problemas concretos. Se pierde la inmediatez con el funcionario con que se dialoga apenas a través de un expediente (63) y ello revierte hacia la necesidad de contar con una administración más pequeña, más eficaz y más próxima a los quehaceres cotidianos, lo cual se puede encontrar en el municipio. Por ello no me pronuncio en contra de dicha autonomía, sino que señalo simplemente quién debe decretarla.

Como vemos todas las apreciaciones, que al respecto se formulan lindan más bien con una cuestión de conveniencia y de oportunidad in situ de la situación y por ello no resulta fácil que las efectúe un tribunal de justicia en forma abstracta. La decisión de dotar a un municipio de autonomía o autarquía pertenece entonces a quien debe asegurar el régimen municipal, esto es a las provincias.

VI. Corresponde examinar ahora cuáles son las consecuencias que en la práctica va a producir este fallo. A partir del mismo y, en buena medida a partir de las muchas constituciones provinciales que reconocieron la autonomía municipal, debemos tener presente que existen tres niveles en el gobierno, que se ha agregado un tercer nivel que es el municipal y que este último ya no depende de las decisiones provinciales. Es así que el primer efecto práctico que encuentro en todo esto y lo formulo con tenor de interrogación, es si los municipios pueden a partir de ahora poseer sus propios tribunales, entendidos éstos como poder independiente. I fasta el momento, los tribunales municipales, se han ocupado de problemas esencialmente de policía administrativa y

han sido en consecuencia una rama del gobierno ejecutivo de la ciudad. Pero debemos preguntarnos si la consagración amplia y reconocida por la Corte Suprema de la autonomía municipal, que en buena medida implica colocar a los municipios en un pie de igualdad con las provincias, no supone la posibilidad de que estos últimos organicen su gobierno conforme al esquema tripartito que rige en los ámbitos nacional y provincial. Mi respuesta es que sí y creo que ello lejos de ser un inconveniente, es provechoso, pues como he señalado más arriba (nota 63), nada más genuinamente republicano que una justicia cercana al ciudadano, de modo tal que sea rápida, efectiva y que proporcione al litigante una gran inmediatez con el tribunal y no el contacto formal de la consulta del expediente a través de la mesa de entradas. Ello por otra parte permitirá la descompresión de las causas en la justicia provincial. Luego será materia de los respectivos códigos procesales y de las leyes de organización judicial la delimitación de las jurisdicciones entre lo provincial y lo municipal.

Como consecuencia de ello, es ineludible que los municipios podrán dictar sus respectivos códigos de procedimiento y leyes de organización judicial. Y esto no debe extrañar, pues si una comuna puede dictar su propia constitución, con más razón puede sancionar válidamente la legislación inferior que la rija.

La segunda de las consecuencias que deben ser apuntadas -de ineludible gravitación- se desarrolla en el campo impositivo. Probablemente la más angustiada de las limitaciones que la doctrina de la autarquía imponía a las municipalidades era que las privaba de poderes impositivos propios, los que sólo se ejercían por vía de delegación provincial, esto es podían percibir aquellos impuestos que las provincias les autorizaban, pero no estaban habilitados para crear nuevos tributos. Tan sólo les correspondía legislar sobre tasas retributivas de servicios públicos y contribuciones. Así lo sostenían autores como García Belsunce, para quien "como consecuencia de la naturaleza institucional de los municipios que son entidades autárquicas o administraciones descentralizadas, es decir delegaciones de otro poder, su poder e imposición es un poder delegado que podrá ser más o menos amplio, limitado o no según así lo dispongan los respectivos ordenamientos orgánicos"[\(64\)](#). Distinto era el criterio de Giuliani Fonrouge, el cual entendía que "tanto la nación como las provincias y los municipios, tienen poder originario o inherente por ser connatural al Estado en cualquiera de sus manifestaciones; las diferencias que pudieran existir no radican en la esencia del poder sino en el ámbito de actuación de los organismos". Naturalmente que esta opinión es consecuencia de la crítica que este autor asienta contra la doctrina de la autarquía de Fallos, t. 114, p. 282. Según su criterio, los municipios no constituyen meras divisiones administrativas, sino que son entes de gobierno con poderes originarios, si bien concretados a sus funciones según la delimitación constitucional de facultades [\(65\)](#).

Pese a la influencia de opiniones como la arriba transcrita, en las provincias que regía el sistema autárquico, los municipios carecían de facultades impositivas propias. Así por ejemplo en la Provincia de Buenos Aires, la Constitución de 1934, nacida en plena época del municipio arrinconado como diría Sagüés, prevé en el art. 183, inc. 7º que las municipalidades podrán "recaudar, distribuir y ollar en la Tesorería del Estado, las contribuciones que la Legislatura (provincial), imponga al distrito para las necesidades generales, sin perjuicio de que el Poder Ejecutivo nombre funcionarios especiales para este objeto, si lo cree más conveniente". Esto implicaba constituir a las municipalidades en meros agentes de percepción de los impuestos. Una suerte de DGI en el plano provincial. Algo similar ocurre en Mendoza, donde "las municipalidades tendrán las rentas que determine la ley orgánica y en ningún caso podrán dictar ordenanzas creando impuestos ni contribuciones de ninguna clase, salvo respecto de los servicios municipales" (art. 199, inc. 6º, Constitución Provincial). Bien distinto es el caso de la nueva Constitución de Córdoba que "reconoce la existencia del municipio como una comunidad natural fundada en la convivencia y asegura el régimen municipal basado en su autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional" (art. 180) [\(66\)](#), y en consecuencia prevé como de competencia municipal, "crear, determinar y percibir los recursos económicos-financieros, confeccionar presupuestos, realizar la inversión de los recursos y el control de los mismos" (art. 186, inc. 3º) [\(67\)](#).

Como vemos las municipalidades, primero por obra de las constituciones provinciales y luego ahora, merced al reconocimiento general de la Corte Suprema, han recobrado el status autónomo que reclamaban desde tiempo atrás. Con él han recobrado paralelamente, el ejercicio pleno de sus poderes impositivos, pues no caben dudas que uno de los derechos que emanan de la autonomía es la capacidad de proveer a su sustento con recaudaciones fiscales propias. Ello implica que es preciso delimitar cuál es el alcance de tal poder impositivo, es decir cuáles son los "techos" que el mismo debe reconocer. No podemos olvidar en este aspecto, al igual que en el resto de estas consideraciones, que el municipio es una comunidad que se inserta en el contexto de los entes superiores, la provincia y el Estado Federal y que la autonomía no lo coloca en un pie de igualdad jerárquica y normativa con la primera según analizaremos más abajo. Así, el primer límite que se impone al poder impositivo municipal es el que poseen las propias provincias. La Constitución federal ha hecho una distribución impositiva en el art. 67, incs. 1º y 2º (que no se cumple), según la cual las Provincias legislan sobre impuestos directos, en tanto que los indirectos (esto es los que son susceptibles de trasladarse del sujeto pasivo de iure a un sujeto pasivo de hecho) [\(68\)](#), corresponde a ambas jurisdicciones en forma concurrente. De modo pues que los municipios no pueden poseer más poder impositivo que las provincias.

La segunda limitación, está demarcada por los límites territoriales de la comuna. Aquí ocurre lo mismo que entre provincias y Nación. Las primeras no pueden percibir impuestos que gravan actividades interjurisdiccionales tal como se ha declarado en numerosas oportunidades. Así por ejemplo fue considerado inconstitucional el impuesto a los seguros marítimos (69), el impuesto provincial al comercio e industria sobre los rendimientos de la empresa concesionaria de tranvías interprovinciales (70) y el impuesto establecido sobre operaciones realizadas fuera del territorio de una provincia, respecto de productos elaborados en ella, si el mismo invade otras jurisdicciones, afectando el comercio interprovincial y superponiendo un gravamen local sobre uno nacional incorporado a la renta fiscal de la nación (71). A menos que ocurra lo de autos "Cavil, C. Osvaldo M. Navarro" (72), en el cual fue admitida la constitucionalidad de una de San Juan que gravaba la actividad vitivinícola pese a que el producto se comercializaba fuera de la provincia. Del mismo modo pues, los municipios no pueden gravar actividades que impliquen interjurisdiccionalidad dentro de la provincia, sino que deben limitar su poder impositivo a su ámbito territorial.

En tercer lugar, no puede existir doble imposición entre la provincia y sus municipios. Esto es particularmente importante para los impuestos que agravan la propiedad inmueble. Debe existir especial cuidado en las autoridades municipales y provinciales en no incurrir en una duplicidad de gravámenes.

Fuera del ámbito impositivo, los municipios con la autonomía ven ampliadas todas sus otras facultades, aun cuando bajo el régimen de la autarquía las hubieren ejercido. En efecto, tomemos por ejemplo el caso del ejercicio del poder de policía. No caben dudas que las municipalidades lo tenían y lo han ejercido pero este ejercicio es ahora mucho más amplio y se ajustará a las modalidades que cada comuna disponga. Y en particular es importante considerar que una rama de esa policía administrativa que hasta ahora no ha sido ejercida podrá serlo. Me refiero a la policía de seguridad. En general, salvo en la Ciudad de Buenos Aires, que posee su cuerpo de policía municipal, no es común encontrar policías de seguridad, propias de los municipios, y luego del fallo, esta facultad que implícitamente existía por vía de delegación provincial hoy existe como propia y puede ser estructurada con libertad.

En materia presupuestaria y de inversiones, no caben dudas también que el alcance del fallo es grande. El hecho de poseer capacidad impositiva propia, le permite a los municipios elaborar sus propios presupuestos, sin intervención provincial y determinar así sus inversiones. Es frecuente observar que las obras públicas de importancia que realizan los municipios están pagadas con fondos provinciales (algo similar a lo que ocurre en las provincias con el Fonavi, que aporta dinero nacional para la construcción de viviendas), la autonomía financiera que ahora poseen todos, permitirá disponer de fondos propios para los planes de obras que deseen ejecutar.

Asimismo, en materia de legislación el municipio puede ahora, dictar por ejemplo su propia ley de expropiaciones, sin tener que ajustarse a la ley provincial como ocurre hasta ahora. Probablemente ello no sea de efectos prácticos importantes, pues no creo que las leyes de expropiación que dicten los municipios puedan diferir demasiado de los principios de la ley nacional y de las provinciales. Pero debemos acostumbrarnos a partir de ahora -tal como dije más arriba- que existen tres niveles de gobierno y no dos, lo que implica que en materia de legislación local el campo sea desdoblado. Hasta el presente la legislación local era esencialmente provincial y existía una suerte de apéndice de la misma integrado por normas municipales. Ese apéndice ha dejado de ser tal para convertirse en un cuerpo autónomo.

Son importantes también las consecuencias en materia de dominio público y en especial de dominio de aguas. Toda la cuestión del régimen de aguas pertenece naturalmente al ordenamiento local y ha sido legislada por las provincias, quienes la incluyen en general en sus respectivos códigos rurales o específicamente en los códigos de aguas (73). La autonomía de los municipios, permite naturalmente a éstos también dictar su propia legislación en materia de aguas la cual necesariamente debe ser compatibilizada con el ordenamiento provincial.

Estoy seguro que los efectos que el fallo produce son mucho más vastos que los aquí mencionados. Por ello no pretendo agotarlos sino tan sólo citarlos enunciativamente. Como reflexión final de este comentario me interesa destacar que a partir de este significativo precedente, poseemos un país mucho más descentralizado y al propio tiempo mucho más complejo, sin dudas. Toda descentralización, implica transferir decisiones de poder a otros órganos y ello naturalmente hace más compleja cualquier organización. Tenemos así que los controles verticales del gobierno de los que hablaba Loewenstein (74), son ahora más fuertes que antes.

Ahora bien, cómo influye esta cuestión en la relación provincias-municipios. Hasta ahora era claro dentro del esquema general de nuestro derecho público que las provincias eran entes superiores a los municipios. ¿Puede deducirse de este fallo que las mismas hayan sido igualadas con los municipios? Ello es rotundamente negativo. Los municipios son autónomos pero ello no implica que hayan accedido al rango de la jerarquía provincial. Para analizar esta cuestión, debemos siempre volver al esquema básico de la Constitución Nacional, caso contrario, corremos el riesgo que el árbol nos impida ver el bosque y desviemos el sendero. La respuesta la sigue dando el art. 104 de aquella que es una de las claves para entender el sistema. Y el art. 104 enseña que la unidad básica del sistema está constituido por las provincias, quienes delegaron buena parte de sus poderes para formar el Estado federal. Esto quiere decir que las destinatarias originales de todos los poderes y competencias

eran las provincias. Los municipios en consecuencia son fracciones internas urbanas dentro de las provincias a quien éstas reconocen autonomía (ahora con carácter general luego del pronunciamiento de la Corte), pero esa autonomía siempre debe reconocer como primer límite el poder provincial. No es concebible un municipio sino como referencia a una provincia (salvo el caso particular de la Capital Federal y de los municipios del Territorio de Tierra del Fuego, que están insertos dentro de una entidad autárquica). De lo contrario dislocaríamos el sistema institucional, provocando poco menos que la atomización del mismo. En consecuencia las provincias han ido reconociendo autonomía a los municipios como acto de descentralización de sus funciones. Ha habido dos cadenas de delegaciones entonces que nacen de las provincias. La delegación llamémosla hacia arriba, creadora del Estado Nacional, se trata de una delegación constituyente, consolidada en 1853 y ratificada en 1860, con la unión definitiva. La segunda es la delegación hacia abajo, hacia los municipios. Esta delegación a mi criterio, como he dicho más arriba, puede reconocer dos grados: el autárquico o el autónomo, según lo crea conveniente cada provincia en cada situación concreta. La corte sin embargo cree que la decisión debe ser en todos los casos uniforme. Pero ello no modifica este esquema de delegaciones. Aun admitiendo como válido el criterio del alto tribunal, son las provincias quienes poseían los poderes originariamente y los han transferido a los municipios, a tal punto que les han delegado incluso el poder constituyente.

En consecuencia, los municipios poseen una autonomía de segundo grado, limitada a las pautas que fije cada constitución provincial. Así como el art. 5° exige como prenda de la autonomía provincial el cumplimiento de ciertos requisitos ineludibles, igual exigencia, cabe tener respecto de los municipios en las constituciones provinciales, como pauta de respeto, en definitiva, a la jerarquía normativa que establece el art. 31 de la Constitución Federal.

(1) Fallos, t. 114, p. 282.

(2) Autos "Ambros Palmeginai, S. A.", Fallos, t. 308, p. 403. (ver consid. 10).

(3) Para tener una noción de esta evolución resulta sumamente ilustrativa la lectura del Dictamen de la Procuración Fiscal suscripto por la doctora María Graciela Reiriz, que precede al fallo.

(4) Así por ejemplo Augusto M. Morello, ha hablado del "Activismo de la Corte Suprema". Puede verse ello en su discurso de Incorporación como miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Anales Segunda Epoca, año XXXII, núm. 25, p. 63/104) y asimismo en "La Corte Suprema en acción", ps. 117 y sigts., Ed. Platense, la Plata, 1989.

Se ha ocupado también de ello GRONDONA. Mariano F., "Tendencias de la nueva Corte Suprema". (E. D., t. 127, p. 759).

(5) Caso "Sejean, (Fallos, t. 308, p. 2268 -Rev. LA LEY, t. 1986-E" p. 470-).

(6) Casos "Bazterrica" y "Capalbo", (Fallos, t. 308, p. 1392 -Rev. LA LEY, t. 1986-D, ps. 550 y 582-).

(7) OTS CAPDEQUI, J. M., "El Estado Español en Indias", ps. 61 y 62. Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1982.

(8) ALTAMIRA, Rafael y otros, "Contribuciones a la historia municipal de América. Instituto Panamericano de Geografía e Historia", p. 15, México D. F., 1951.

(9) ALTAMIRA, op. cit., ps. 18/24.

(10) El Estatuto Provisional, sancionado el 5 de mayo de 1815 por la Junta de observación, preveía en el cap. IV de su sec. 5ª, la elección de autoridades en los cabildos seculares. Los textos de las normas citadas en esta nota y en las dos siguientes han sido consultados en SAMPAY, Arturo E., "Las constituciones de la Argentina (1810-1972)", Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1975.

(11) El Estatuto Provisional, sancionado también por la Junta de observación el 22 de noviembre de 1816 y aprobado por el Congreso de Tucumán, se ocupa también con detalle de las elecciones en los cabildos (ver cap. 2º, sec. 5ª).

(12) La Constitución sancionada el 22 de abril de 1819, preveía en su art. XIV (cap. II, sec. II), la forma en

que se elegirían los senadores en las Provincias, estableciendo que cada Municipalidad nombraría al efecto un capitular y un propietario, quienes actuarían como electores. Estos a su vez designarían una terna que sería elevada al Senado, para la elección de senadores por las provincias. De esa terna se elegía un senador por Cada Provincia. Recordemos que la composición del Senado en esta Constitución era corporativa, ya que poseía además representantes de la milicia, del clero y de la universidad. Como vemos la elección de los senadores provinciales que en la Constitución de 1853. se realiza en un órgano provincial (la legislatura, conf. art. 46), en la de 1819, se ejercía en las municipalidades.

(13) El texto de la ley puede verse en: HERNANDEZ, Antonio M. (h.), "Derecho municipal", Vol. I, p. 104, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

(14) ROSATTI, Horacio D., "Tratado de derecho municipal", t. 1, ps. 69/70 y 71, Ed. Rubinzal Culmino, Santa Fe, 1987. Sáenz Valiente, por su lado, entiende que Rivadavia no era contrario al régimen municipal, sino que se proponía reorganizarlo, dando cuenta de ello la propia ley de 1821. que hablaba del futuro dictado de una ley general de municipalidades (SÁENZ VALIENTE. José M. (h.). "Curso de Derecho municipal", p. 32, Ed. Aoville, Buenos Aires, 1944).

(15) Puede verse el proyecto de BASES, Ed. Castellvi, Santa Fe, 1963, con prólogo y notas de GRANELO, Leoncio, ps. 194 y sigts. Sin embargo no puede dejarse de admitir que el municipio en la concepción alberdiana era importante y prueba de ello lo constituyen los estudios que le dedicó en su obra: "Elementos del derecho público provincial argentino", (cit. por SAGÜES en "El régimen municipal de la Constitución (a propósito del cabildo alberdiano)" en Rev. IA LEY, t. 1985-C, p. 997).

(16) Los "municipalistas" a ultranza podrían agravarse y sostener que los poderes que delegaron las provincias en el Estado Nacional al sancionar la Constitución, no eran propios sino que pertenecían originariamente a las municipalidades, quienes los delegaron en aquéllas, para que luego fueran finalmente receptados por la Nación. Ello es muy difícil de demostrar en primer lugar pues esta cadena de delegaciones no surge de texto positivo alguno. En segundo lugar, como señala Rosatti, municipio y provincia eran por aquel entonces casi la misma cosa, porque la provincia era la ciudad (op. cit., p. 68), de modo tal que debemos partir de la Provincia como eje central de la organización federal.

(17) Pueden verse como precedente el de la demanda de Perosio, Luis c. la Municipalidad de San Nicolás, resuelta el 14/5/881 (Fallos, t. 23, p. 498), en el que la Corte reconoció a los municipios llamados de campaña, el carácter de personas jurídicas capaces de adquirir derecho y contraer obligaciones. Doctrina repetida ese mismo año en autos "Mezquita c. Municipalidad de la Capital" el día 26 de noviembre (Fallos, t. 23, p. 691). En lo atinente a la Municipalidad de Rosario -que motiva este comentario-, está el precedente de la demanda que le entabló Mariano Walls, fallada el 28 de noviembre de 1885 (Fallos, t. 29, p. 179), donde se dijo en remisión hecha al fallo del juez de sección, que "en lo puro y simplemente administrativo, la corporación municipal tiene por las leyes de su creación y organización, facultades propias y completas para hacer cumplir sus mandatos y reglamentos sin sujeción ni revisión de otro poder", frase ésta que resulta sugestiva para extraer de ella una eventual tendencia a la autonomía. Finalmente y para terminar esta reseña, emocionó el fallo del 14 de mayo de 1891 recaído en la demanda de "Francisco Bertoletti c. la Municipalidad de Luján" (Fallos, t. 43, p. 46), en el que sin mayor fundamento y remitiéndose también la Corte en esta oportunidad al fallo del juez de sección, se decidió que las municipalidades son personas jurídicas, pero sin definir su naturaleza autónoma o autárquica.

(18) BIELSA. Rafael, "Principios de régimen municipal", p. 33, 3ª ed., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962.

(19) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho administrativo", t. II, p. 405, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950.

Igual parecer presenta DIEZ quien no se expide expresamente acerca de la naturaleza jurídica del municipio, limitándose a reconocer como un hecho que en algunas provincias son autónomos y en otras son autárquicos (DIEZ, Manuel M., "Derecho administrativo", t. II, ps. 178/179, ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1976.

(20) MARIENHOFF. Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. 11, ps. 504 y 506, Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot, 1975.

(21) CASSAGNE, Juan C., "Derecho administrativo", t. 1, p. 513, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983. Es preciso aclarar que tal como figura en la nota introductoria al cap. respectivo (ver p. 497), el mismo en la edición anterior había estado a cargo de DE ESTRADA, Juan R., de modo que la opinión citada es también la de este último autor.

(22) CANSAS, José, "Derecho administrativo", Vol. I, par. gral., p. 501, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

FIORINI, por su lado, conceptúa que los municipios son "organizaciones administrativas", de modo que les resta toda posibilidad autonómica (FIORINI, Bartolomé, "Derecho administrativo", p. 209, 2ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976).

(23) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Gobierno y administración de la República Argentina", Tipográfica Editora Argentina, t. II, p. 92, Buenos Aires, 1959.

(24) ROMERO, César E., "Derecho constitucional", t. I, p. 104, Ed. Víctor P. de Zavalía editor, Buenos Aires, 1975.

(25) BIDART CAMPOS, Germán J., "Derecho constitucional", t. I, p. 593, Ed. Edgar, Buenos Aires, 1968. Opinión que el citado maestro mantiene firme en su más reciente, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", t. I, p. 165, núm. 32, Ed. Adiar, Buenos Aires, 1986. También es autónomo el municipio en opinión de Sánchez Viamonte, quien destacaba que: "La Constitución de 1853, fue redactada bajo el auspicio de estas ideas en materia municipal: autonomía política y autarquía administrativa al mismo tiempo", (SANCHES VERMONT, Carlos, "Manual de derecho constitucional", p. 331, 4ª ed., Ed. Chapels, Buenos Aires, 1959).

(26) VANOSSI, Jorge R., "El municipio en el régimen constitucional argentino", en "El Municipio", p. 129, Ed. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1984.

(27) SAGÜES, Néstor P., "El régimen municipal de la Constitución (a propósito del cabildo alberdiano)", op. cit., p. 997.

(28) HERNANDEZ, op. cit., t. 1, p. 308.

(29) ZUCCHERINO, Ricardo M., "Teoría y Práctica del derecho Municipal", p. 114, Ed. Depalma, 1986.

(30) Véase por ejemplo MOUCHET, Carlos, "La legalidad en el municipio", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

(31) ROSATTI, op. cit., t. 1, ps. 107 y 108.

(32) MORELL OCAÑA, Luis, "la administración local", p. 38, Ed. Tecnos, Madrid, 1984. Para un desarrollo del proceso de descentralización en España, puede verse también BORJA, Jordi y otros, "Descentralización del Estado: movimiento social y gestión local", Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Santiago de Chile, 1987.

(33) PIZZORUSSO, Alessandro, "Lecciones de derecho constitucional", versión castellana de JIMENEZ CAMPO, Javier, "Centro de Estudios constitucionales", ps. 100/104/110 y 112, Madrid, 1984.

(34) Conforme con la opinión de este autor "El municipio no constituye una unidad soberana dentro del estado, ni un poder que se encuentra al lado de los poderes expresamente establecidos por la Constitución; el municipio es una forma en que el Estado descentraliza los servicios públicos correspondientes a una circunscripción territorial determinada". FRAGA, Gabino, "Derecho administrativo", p. 209, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 1962,

(35) Para SERRA ROJAS, la descentralización por región, es una forma administrativa que forma una entidad autónoma -hasta cierto límite- y su principal exponente es el municipio. SERRA ROJAS, Andrés, "Derecho administrativo", ps. 434/435, Ed. Porrúa, México D. F., 1959. Más allá de las opiniones doctrinarias

vertidas, el texto constitucional (art. 115) determina un concepto de orden más bien político que es difícil caracterizar jurídicamente (y tal vez de allí la discusión), pues habla del "municipio libre", categoría ésta que no corresponde a ninguna de las clasificaciones habituales.

(36) ROBLES MARTINEZ, Reynaldo, "El municipio", p. 146, Ed. Porrúa S. A., México, 1987.

(37) VEDEL, Georges, "Derecho administrativo", versión castellana de Juan Rincón Jurado, Aguilar, Madrid, 1980. De todos modos, existen sobre los municipios franceses importantes controles ejercidos desde el poder central. Tal por ejemplo el llamado control de tutela que es ejercido por el Ministro del Interior, el cual puede incluso llegar a disolver las asambleas locales o suspender a los alcaldes (vid. de LAUBADERE, André, "Manual de derecho administrativo", versión castellana de Villamizar Herrera, Jesús, p. 164 y sigtes., Ed. Temis Bogotá, 1984.

(38) DE SMITH, "Constitutional and administrative law", p. 424, 5th. edition by Harry Street and Rodney Brazier, Penguin Books, London 1987.

(39) WADE, H. W. R., "Administrative law", ps. 117/118 1122 y 123, Fourth edition, Clarendon Press, Oxford.

(40) FOULKES, David "Administrative law", p. 38, sixth edition, Butterworths, London, 1986.

(41) 426 U. S. 833 (1976).

(42) 298 U. S. 238 (1936).

(43) TRIBE, Laurence H., "American Constitutional Law", ps. 309/311, The Foundation Press Inc., New York, 1978.

(44) D'ORS, Alvaro, "Autarquía y autonomía", Rev. LA LEY, t. 1981-B, p. 938.

(45) ESCRICHE, Joaquín, "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia", Gamier Hermanos, Libreros editores, París 1903.

(46) Vid. BIELSA, "Principios de régimen municipal", op. cit., p. 31.

(47) Así por ejemplo San Juan, en el art. 240, establece tres categorías de municipios, según la base poblacional de cada uno. De ellos sólo los de primera categoría, es decir con población de más de 30.000 habitantes pueden dictar su carta municipal. Los restantes de segunda y tercera categoría, no son autónomos, y se ajustan a la Ley Orgánica que les dicte por la Legislatura (Cámara de Diputados) (arts. 241 y 243).

(48) 4 Wheaton 316 (1819). Una versión castellana de este fallo puede verse en: CUSHMAN, Robert E., "Práctica constitucional", trad. de Selva Ucha, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

(49) LINARES, Juan F., "La competencia y los postulados de la permisión", en Rev. Arg. de Derecho Administrativo, núm. 2, ps. 14 y sigtes., cit. por CASSAGNE, Juan C., "El acto administrativo", p. 190, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974.

(50) Para un estudio de la antigua conformación jurídica de los territorios nacionales, véase: LINARES QUINTANA, Segundo V., "Derecho público de los territorios nacionales", (Tesis doctoral), Buenos Aires, 1936.

(51) Es bien poco lo que se ha escrito sobre la organización institucional del territorio de Tierra del Fuego. Puede verse por ejemplo el trabajo de LAZARONI, Luis J., "Derecho público fueguino", en Rev. LA LEY, t. 1978-C, p. 834.

(52) Véase CASSAGNE, Juan C., "Acerca del sentido y alcance de la autonomía universitaria", en E. D., t. 124, p. 870. Como bien señala este autor, es evidente que las universidades al tener que regir su actuación por una ley básica que dicta el Poder Legislativo y estar sometidas al control administrativo del Poder Ejecutivo (aun cuando hoy día la Universidad de Buenos Aires sostiene lo contrario), son entes autárquicos y no autónomos, y su pretendida autonomía (que en modo alguno implica capacidad de dictarse sus propias leyes o normas), sólo se extiende a los aspectos académicos pero no llega a configurar dicho concepto en el sentido político del término.

(53) Doy cuenta de ese debate en un artículo publicado en E. D., t. 128, p. 858: "La elección popular del intendente de la capital (Lo que queremos de leve frenad vs. lo que no podemos de lege lata)".

(54) LINARES, Juan F., "Fundamentos de derecho administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975.

(55) SANCHES VIAMONTE, Carlos, "Derecho constitucional", t. I "Poder constituyente", ps. 408 y 409, Ed. Chapels, Buenos Aires, 1945. Es difícil hallar el equilibrio entre los poderes federales y provinciales y mucho de ese equilibrio depende del punto de arranque que tomemos para considerar el origen del Estado Federal, Si lo tomamos del art. 104, haremos grandes concesiones a las autonomías locales, Si partimos, por el contrario de la cláusula de supremacía, llevaremos agua al molino del centralismo. Este dilema se ha presentado en los Estados Unidos, y si bien Marshall en "Mc Culloch v. Maryland" (1819), dio el puntapié inicial con la tesis centralista, luego esa teoría fue abandonada y hasta 1941 los poderes del gobierno federal se analizaban teniendo en miras más bien la décima enmienda (Antecedente de nuestro 104) que el art. VI (cláusula de supremacía, antecedente de nuestro art. 31) volviéndose luego a la doctrina original (sobre este particular, puede consultarse: COWRIE, Edward S., "The Constitution and what it means today", ps. 442/445, 14 Ch. edition, revised by Harold Chase and Craig Ducat, Princeton University Press, 1978), Aún así tomando una u otra postura y sin coincidir, como dije, con la opinión de que la Constitución es tan sólo un pacto federal, fuerza es reconocer que la misma nace de un concierto Inicial de estados soberanos, que resignando parte de su soberanía (delegándola) han constituido un estado supremo que los gobierna. Esta ha sido la convicción de nuestros publicistas inspirados en los de los Estados Unidos. En ese país Putney escribía: "La Constitución de Estados Unidos no contiene una concesión de poderes a los gobiernos de Estado; ellos existían antes de la constitución federal; y al tiempo de su adopción excepto las ligeras restricciones contenidas en los artículos de la Confederación poseían todos los poderes soberanos. La Constitución de los Estados Unidos, es de esa suerte una concesión de poderes al gobierno de Estados Unidos y una consecuente limitación sobre aquellos de los Estados. El gobierno de los Estados Unidos es enteramente una creación de la Constitución, es un gobierno de poderes delegados que no posee autoridad alguna que no le sea expresamente o por implicancia acordada por el instrumento que lo creó. Los gobiernos de estado existen independientemente de sus constituciones y poseen todos aquéllos derechos que no son expresamente o por implicancia denegados por su propia constitución o por la de los Estados Unidos. El gobierno de los Estados Unidos es un gobierno de poderes delegados y el de un Estado es de soberanía original residuaria" (PUTNEY, "United States Constitutional History and Law", p. 139, Chicago, 1908). González Calderón que es quien efectúa esta cita considera que la misma es enteramente aplicable a nuestro derecho (GONZALEZ CALDERON, Juan A., "Derecho constitucional argentino", t. I, p. 456. 3ª ed., prólogo de Joaquín V. González, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1930). Bidart Campos, a su vez entiende que el Estado Federal es anterior a las provincias pero en un orden lógico jurídico, en cambio éstas son anteriores a él desde el punto de vista histórico ("Derecho constitucional", op. cit., t. I, p. 493).

(56) MARIENHOFF, "Tratado..." op. cit., t. I, p. 244.

(57) El cual como bien sabemos nunca ha sido preocupación del gobierno federal instituir, ya que contra ello conspiró la multiplicidad de fuentes jurídicas que conviven en nuestro ordenamiento jurídico, de resultados de lo cual tenemos una constitución anglo Norteamericana, un derecho administrativo francés y un procedimiento español.

(58) GONZÁLEZ, Joaquín V., "Obras completas", t. III, p. 584, Buenos Aires, 1935.

(59) Así lo han sostenido entre otros, GONZÁLEZ, Joaquín V., "Obras completas", op. cit., t. 111, ps. 629/630; GONZALEZ CALDERON, "Derecho constitucional", op. cit. t. III, ps. 574 y 575; BIELSA, Rafael, "Derecho constitucional", ps. 824, 3ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1959; BIDART CAMPOS, "Derecho constitucional", op. cit. t. I, p. 510, quien para resolverlo acude por analogía a la competencia del Congreso para

la declaración del Estado de Sitio y BIDEGAIN, Carlos M., "Cuadernos del curso de derecho constitucional" t. 111, p. 90, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980. Este último entiende que corresponde al Presidente durante el receso del Congreso.

La Corte a su vez lo sostuvo en "Orfila" (Fallos, t. 154, p. 192; año 1929).

(60) Fallos, t. 53, p. 420, año 1893. Doctrina repetida en "Lobos c. Donovan" (Fallos, t. 54, p. 180, año 1893).

(61) "Luther v. Borden" 7 How. 1 (1849) y "Texas v. White" 7 Wallace 700 (1868). Es curioso observar cómo la Corte en materia de intervención federal siempre se ha cuidado muy bien de interferir con el poder político, aun cuando sabemos que ella ha sido más un arma de poder político en manos de los Presidentes que una garantía federal a favor de las provincias (Uno de los estudiosos de las intervenciones federales ha escrito: "De ser un medio de proteger a los pueblos de las provincias y a sus gobiernos de la sedición o invasión y de evitar que sectores impongan un sistema autoritario (la intervención), ha pasado a ser un medio para que el gobierno federal haga valer su voluntad a gobiernos locales desafectos" (SOLA, Juan V., "Intervención federal en las provincias", p. 233, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1982). Sin embargo en materia de juzgamiento de la naturaleza jurídica de los municipios, cuestión que podría ser tan política como la intervención federal o la declaración de utilidad pública a los efectos de la expropiación (según se ha declarado en reiteradas oportunidades desde el poco conocido precedente de Fallos, t. 4, p. 311, en autos "Francisco Hué, sentencia del 18 de junio de 1867; con excepción del sí muy conocido caso Municipalidad c. Elortondo Fallos, t. 33, p. 162), no ha creído necesario privarse de tal tentación y se ha explayado con amplitud, lo que otorga razón a Mairal cuando critica con acidez la jurisprudencia errática del tribunal en esta materia (MAIRAL, Héctor, "Control judicial de la administración pública", t. I, p. 559. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984). En esto la Corte argentina ha tenido un similar comportamiento al de la norteamericana la cual en el primero de los casos mencionados en esta nota decidió restringir su competencia, invocando una "political question". El caso se presentó así. En el Estado de Rhode Island la legislatura estadual había declarado la ley marcial en todo el territorio del mismo. Un grupo de milicianos irrumpió en la casa de Martin Luther (un zapatero) y de su madre Raquel Luther, buscando a un individuo acusado de traición y los Luther demandaron por los daños provocados por este grupo, argumentando además acerca de la ilegalidad del gobierno instalado en Rhode Island. Los actores estaban patrocinados por un grupo político denominado Asociación Sufragista de Rhode Island, quien pedía la aplicación de la cláusula de la garantía federal de la Constitución (art. IV, sec. 4^a). Daniel Webster fue el abogado de Rhode Island, quien sostuvo que el gobierno legítimo era el existente y la Corte, en enero de 1849, con voto de su Presidente, Roger Taney, desestimó el caso, sosteniendo que decidir cuál era el gobierno legítimo en Rhode Island era una cuestión política ajena a su decisión. La cláusula de garantía pasaba a ser así letra muerta en la Constitución, por obra de un retraimiento de la competencia del tribunal a quien el caso no interesaba y comprometía (vid. SHNAYERSON, Robert, "The illustrated history of the Supreme Court of the United States", ps. 111/112 Harry N. Abrams Inc. Publishers, New York, 1986).

(62) El art. 5^o de la Constitución, fue discutido y aprobado en la sesión del 23 de abril de 1853, juntamente con los arts. 4^o, 6^o 7^o 8^o 9^o y 10, los que resultaron también aprobados en dicha sesión. El acta de la misma no es en absoluto ilustrativa acerca del debate que el mismo produjo, si es que lo hubo. "Se puso en discusión el art. 5^o -dice-. Después de ligeras observaciones y explicaciones que pidieron los sres. Zenteno y Seguí y que fueron satisfechas por los miembros informantes de la comisión se votó y resultó aprobado por unanimidad" (vid. RAVIGNANI, Emilio. "Asambleas constituyentes argentinas", t. IV, p. 506, Talleres de Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1973). Tampoco hecha luz el acta de la sesión del día 23 de setiembre de 1860, fecha en la que se aprobaron las reformas introducidas a la Constitución en ese año, de las cuales se introdujo una modificación, no atinente al régimen municipal, en el art. 5^o (Ravignani, op. cit., ps. 1051/1054). Por último tampoco surge que al respecto haya habido discusión alguna en el seno de la Convención del Estado de Buenos Aires, encargada de la revisión del texto constitucional sancionado en 1853. El tema de la reforma del art. 5^o fue tratado en la sesión ordinaria del día 27 de abril de 1860 y la preocupación de la asamblea se concentró en la supresión del párrafo que permitía al Gobierno Federal revisar las Constituciones provinciales antes de su entrada en vigencia (RAVIGNANI, op. cit., ps. 807/809).

(63) Lo mismo ocurre con la Administración de Justicia y de allí que nada más republicano que la justicia barrial e informal. Una exposición de cómo funcionan estos tribunales en los Estados Unidos, puede verse en: TAWIL, Guido S. y RUIZ COLOMA, Xavier, "Los tribunales de menor cuantía y su experiencia en el derecho norteamericano", en Rev. LA LEY, t. 1988-C, p. 1009.

(64) GARCIA BELSUNCE, Horacio A., "Impuestos y tasas municipales", en "Temas de derecho tributario", ps. 193/230, especialmente 197/198, Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1982.

(65) GIULIANI FONROUGE, Carlos M., "Derecho financiero", t. II, p. 1155, 4ª ed., actualizada por Susana C. Navarrine y Rubén O. Asorey, Depalma, Buenos Aires, 1987.

(66) Autonomía que antes del ciclo de reforma constitucional abierto en las provincias a partir de 1985, ya estaba reconocido por ejemplo en Misiones (art. 161); Formosa (art. 140); Chaco (art. 179) etcétera.

(67) Igual supuesto presentan vg. San Juan (art. 253, Inc. 1º); Salta (art. 169) y Santiago del Estero (art. 220. inc. 8º), entre otras. Curioso es, sin embargo, el caso de La Rioja, la cual al igual que las restantes provincias mencionadas en esta nota reformó su constitución en el último período constitucional y dotó a los municipios de autonomía institucional, política y administrativa (art. 154), sin embargo no establece expresamente la posibilidad de crear impuestos por los municipios, cuyas rentas entre otras fuentes se nutren "del producido de los impuestos que el gobierno provincial o federal recauden en su jurisdicción" (art. 158).

(68) Cabe aclarar que, conforme lo expone Giuliani Fonrouge, esta clasificación, basada en principios económicos fisiocráticos, está hoy día superada, pero se mantiene en países como el nuestro y Estados Unidos, por razones de expresa disposición constitucional (op. cit., t. 1, ps. 317 y 318).

(69) Fallos, t. 188, p. 114, año 1940.

(70) Fallos, t. 191, p. 502, año 1941.

(71) Fallos, t. 149, p. 260, año 1927.

(72) Fallos, t. 298, p. 732.

(73) Para un estudio completo de la cuestión: MARIENHOFF, Miguel S., "Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, ps. 109/115, Buenos Aires, 1971. Debe aclararse que esta obra, como el propio autor lo aclara en una noticia preliminar constituye una reedición sin enmiendas de la primera aparecida en 1939, de modo que la legislación allí indicada no está actualizada. La indico simplemente como ejemplo de cómo han legislado las provincias esta temática.

(74) LOEWENSTEIN. Karl, "Teoría de la Constitución", ps. 353 y sigtes., versión castellana de Alfredo Gallego Anabitarte, Ed. Ariel, Barcelona, 1976.