

Derechos humanos, federalismo y derecho municipal

Enrique J. Marchiaro¹

¹ Abogado (UNL). Doctor en Ciencias Jurídicas (UC Santa Fe). Docente de postgrado UNL, UC Santa Fe, UNQ. Autor de diversas publicaciones y libros sobre derecho municipal. Consultor y capacitador en esta materia. Ejerce la profesión en el ámbito privado.



I

De la pirámide a la red

En nuestros días, nuestro Estado y nuestra sociedad transitan de un modelo jerárquico, que se desdibuja, a otro basado en la coordinación, la integración y la descentralización; es decir, muta hacia un modelo multinivel o directamente complejo.

En otras palabras, pasamos de una sociedad configurada en torno de la metáfora de la pirámide a otra que lo hace en la red. Es un proceso abierto, donde lo viejo constituye parte de lo nuevo y lo nuevo aún no termina de nacer.

“El artículo analiza si la metáfora de la pirámide jurídica como representación estructural de las relaciones entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos internos debe ser reconstruida en razón de la internacionalización del derecho constitucional. En un nivel teórico se sostiene que la pirámide es un concepto vinculado al monismo kelseniano que ha perdido su utilidad, aunque también el dualismo debería sustituirse por una teoría del pluralismo jurídico” (Bogdandy, 2012:22).

En este nuevo escenario, las ciudades no solo ocupan un papel que antaño no tuvieron sino que sus roles son diferentes aún en la dimensión urbana, pues en su función han dejado de ser lugares para integrarse en la red global de flujos.

En la sociedad red la realidad está construida por redes de información que operan sin restricciones de distancia ni tiempo. La red de redes genera una nueva sociedad y una nueva economía, la informacional, con notas de flexibilidad, operatividad, configuración variable y heterarquías y donde los nodos son la clave. Uno de estos nodos son las ciudades.

“La globalización desborda la capacidad de gestión de los estados-nación. No los invalida totalmente, pero los obliga a orientar su política en torno a la adaptación de los sistemas instrumentales de sus países hacia la navegación de los flujos globales...Por otra parte, el estado-nación en casi todo el planeta, está buscando su relegitimación mediante la descentralización administrativa y la participación ciudadana. Se transfieren competencias a gobiernos locales y regionales <lo que conduce a la> construcción de un nuevo sistema institucional, hecho de redes de órganos gubernamentales de distinto nivel, articuladas a distinto nivel. Para cada problema, para cada ámbito de decisión se produce una configuración distinta de la combinatoria administrativa que compone el nuevo estado. Es un estado-red” (Castells, 2000:12).

Así como las ciudades mutan, también el derecho. Pasamos de un sistema jurídico cerrado a uno abierto, de uno es-

tático a otro dinámico, de uno lineal a otro sistémico, de uno jerárquico a otro heterárquico, de uno legalista a otro principista, de uno monológico a otro dialógico.

La otra gran transformación del derecho contemporáneo está dada por el deslizamiento de sus fronteras o contornos: hacia arriba por la globalización e internacionalización y hacia abajo por la descentralización y el federalismo.

Vivimos una reconstrucción de esta forma de Estado, que se recreó a partir del fin del Estado de Bienestar pero luego también del agotamiento del Estado Neoliberal. Todo indica que se está creando un nuevo Estado, por ahora con notas diferentes en las escalas nacional, trasnacional y subnacional, lo que determina caracterizaciones parciales y no totalizantes, pues las condiciones en que se da y las cosmovisiones que le son inherentes no permiten articular una teoría general.

Esta recreación del federalismo se da también desde abajo. “Si es la ley del Estado la que ha de organizar, fundamentar y delimitar la autonomía local, nada impide que los municipios y provincias sean autorizados por ley del Estado para celebrar acuerdos entre ellos con el consentimiento de las Regiones interesadas, pudiendo incluso ir más allá del territorio de éstas; igualmente, nada impide que les autorice para crear un tipo de entes respecto de los cuales la ley del Estado podría asegurar el fundamento, establecer el modelo y dictar el régimen necesario. De esta manera, este federalismo cooperativo, este sistema de las autonomías consociativas, nacería desde abajo. Pero,

¿es importante esta circunstancia? El federalismo puede nacer perfectamente desde abajo”. (La Pégola, 1994:354).

En este panorama ha mutado el papel de los entes subnacionales –y también de los locales-, lo cual se confirma notablemente en cómo van operando los derechos humanos en dichas escalas.

Es que si bien los municipios no son sujetos de la relación federal (Rosatti, 2012) el crecimiento de su rol en todos los aspectos, incluido su papel como productor de derecho, los pone en un sitio diferente, de tal modo que son inductores del proceso federal.

Un proceso que se tensiona, se reconstruye en torno del bloque de derechos humanos, sobre todo desde la reforma constitucional de 1994 que produce una mutación paradigmática de nuestro derecho (Losa, 1995).

2

Derechos humanos y federalismo

Un gran tema de debate es como se aplica el bloque de derechos humanos en los Estados Federales, pues aun cuando instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Viena son absolutamente claros sobre el punto, en los hechos la situación no se corresponde con lo normado.

El art. 28 del citado instrumento americano establece: “1-Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2-Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”.

Los abanicos interpretativos van del mínimo al máximo, en tanto las situaciones que motivaron dicho artículo tienden a evitar incumplimientos del sector nacional o bien del subnacional bajo la excusa de la estructura federal.

Varios países han intentado ampararse en su estructura federal para limitar los efectos internos de la ratificación de tratados de derechos humanos o para restringir el alcance de su responsabilidad internacional. También autoridades locales han pretendido desatenderse de sus obligaciones argumentando que los tratados han sido ratificados por el Estado Federal y no por el estadual.

La Corte IDH entiende con claridad en el caso Garrido y Baigorria que “según jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir con una obligación internacional”.

Sin duda alguna, el artículo 28 debe entenderse entonces como extendiendo las obligaciones que resultan de la CADH a cada unidad componente de la federación.

“El federalismo no es un problema sino una posibilidad. Al crear un doble sistema de garantías constitucionales, los derechos teóricamente tienen mejores posibilidades de ser protegidos. El derecho internacional de los derechos humanos provee un tercer sistema de protección. Por lo tanto de lo que se trata es de buscar la manera de integrar a los tres sistemas plenamente. Y para ello se requiere de voluntad política y no de excusas jurídicas” (Dulitzky, 2014:705).

Los temas del federalismo son complejos, en tanto esta forma de Estado lo es. Pero la gran nota de la sociedad contemporánea es la complejidad, de donde esta cuestión debe ser la regla entre nosotros.

Muchos años antes, cuando este proceso federal apenas se vislumbraba en el mundo, con claridad el maestro del federalismo argentino nos enseñaba que: “Los poderes conservados por las provincias, los concurrentes y los concertados inter jurisdiccionalmente serán la materia de derecho constitucional provincial en lo económico-social. Si el derecho de familia, la propiedad, el contrato de trabajo no son de su competencia, lo son la educación, la salud, el ambiente, el desarrollo, la seguridad social y tantos otros en medida no desdeñable. No hay que exceder la competencia, hay que profundizarla. Si las provincias no la ejercen, quedan en conjetura; si la desbordan, es falta expectativa” (Frías, 1980:160).

El federalismo de concertación y de coordinación -afín al fenómeno de las redes- implica que en temas concurrentes como los derechos humanos, los operadores actúen con flexibilidad y creatividad para superar los bloqueos competenciales que tanto dañaron al federalismo

Así, hay autores que proponen articular competencias bajo el “principio constitucional de actuación conjunta para la tutela de los derechos fundamentales”. De la conjunción de los artículos 41, 42, 43 y 75 inc. 17, 22, 23 y concordantes de la Constitución Nacional argentina, surge este principio, que lleva a la

obligación conjunta de carácter sinérgico de todos los responsables de la tutela, sin importar su nivel territorial.

La responsabilidad ante un niño en situación de calle es configurativa de responsabilidades no solo en el orden municipal, donde se produce el hecho, sino también de los niveles provincial y nacional que han asumido compromisos genéricos de orden interno e internacional en dicha tutela, además de que los órganos superiores generalmente llevan adelante planes económicos con “daños colaterales” que generan estos hechos, precisamente.

No pueden invocarse, frente al núcleo de un derecho fundamental tan delicado, razones de presupuestos inelásticos por parte de Nación o bien esconderse la Provincia detrás de un principio delimitador de competencias propio del federalismo dual.

“La tutela constitucional de una serie de intereses, bienes o valores que, por ser fundamentales, operan transversalmente o en red en nuestro sistema federal de gobierno, exigen de los poderes públicos actuaciones conjuntas no susceptibles de ser obstaculizadas con fundamentos competenciales jurisdiccionales previstos y diseñados para el anterior modelo dual de la aludida organización estatal” (Reyna, 2011:46).

3

La interfaz derechos humanos-derecho municipal

En Argentina como en el resto de América Latina la práctica institucional indica que la vigencia plena de los derechos humanos está muy lejos, sobre todo en materia económica y social. Se les hace muy difícil a los tres niveles del Estado cumplir con los estándares que fija el bloque, pero aun así vemos un fenómeno incipiente: no pocos municipios comienzan a cumplir por sí mismos, aplicando directamente por sí el bloque de derechos humanos, lo cual se comprueba desde el “Derecho a la Ciudad”.

Y allí se da una paradoja institucional: en los casos en que el nivel nacional y el subnacional no aplican el bloque pero sí los municipios, ello se presenta como si fuese un techo en relación al piso que los otros niveles deben asegurar.

Por ello decimos que el piso se parece a un techo: lo real es que cuando los municipios aplican por sí los tratados de derechos humanos lo que hacen simplemente es aplicar el piso, que estos instrumentos mandan para todos los niveles estatales. Quienes están por debajo del piso serían los niveles que omiten estas disposiciones, es decir, están entonces en un subsuelo.

Claro que en los Estados federales el sistema de derechos es de base nacional-subnacional, por ello en principio los municipios no tienen competencia para fijar derechos, salvo aquellos que tienen que ver con sus atribuciones directas (por ejemplo organización institucional, formas de participación, pero no derechos exigidos a terceros por encima de los que fije el sistema nacional-provincial).

“Luego de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, en nuestro constitucionalismo los derechos fundamentales tienen una doble fuente: la nacional y la internacional. Y a su vez, la primera fuente se divide entre los diversos órdenes gubernamentales: federal, provinciales, de la ciudad autónoma de Buenos Aires y municipales, ya que todos ejercitan poder constituyente (aunque de diverso grado)... aunque en el caso municipal es menester aclarar que el alcance de los derechos fundamentales reconocidos es más limitado, ya que se refiere especialmente a derechos políticos y de la vecindad, ya que no tendría mayor sentido otro reconocimiento de derechos de otro tipo, ya garantizados por las otras constituciones” (Hernández, 2008:274).

Ahora bien, cuando el municipio aplica por sí el bloque de derechos humanos debe tener como en todo proceder municipal una sola condición: ajustarse a su competencia. No se puede obrar extramuros en lo territorial ni en lo competencial.

Habrá que distinguir muy bien entre la potestad del Estado de “regular sobre derechos humanos” que “cumplir con los de-

rechos humanos”. En el primer caso se trata de normas que dicta el Estado y se aplican para sí pero también para terceros, haciéndolos exigibles a los ciudadanos respecto de otros ciudadanos.

En el segundo caso se trata simplemente de otorgar aquellas prestaciones, aquellos servicios y aquellos mínimos que imponen los tratados en el obrar estatal. Aquí los municipios están tan obligados como Nación y Provincia respecto de los tratados de derechos humanos, porque son partes del Estado como organización territorial.

“Deberemos potenciar las autonomías provinciales y municipales y desarrollar modernas y maduras relaciones interjurisdiccionales. Asimismo, en el futuro podremos llegar a tener un derecho comunitario como en Europa y esto significará un nuevo rol de regiones, provincias y municipalidades, tanto en la fase ascendente de celebración de tratados internacionales, como en la fase descendente de cumplimiento de esos tratados y del derecho comunitario” (Hernández, 2005; 37).

Insistir con la cuestión de las competencias en el federalismo resulta un tema clave, puesto que se trata de dilucidar ya no solo si los gobiernos locales pueden ser objeto de reclamo sino si además pueden regular derechos en base al bloque de derechos humanos y por encima del piso nacional o provincial.

Los tratados de derechos humanos no crean competencias sino que las reconfiguran: las obligaciones que impone al Estado en su conjunto se ejercen según el grado de atribuciones constitu-

cionales que cada nivel del Estado tiene. Y a los tres, sin duda alguna, les son exigibles, claro que en el orden de su competencia.

Es que desde el mismo campo de los derechos humanos, no pocos sostienen la aplicación a los municipios de las disposiciones del PIDESC: “Siguiendo el criterio del artículo 28 del PIDESC se debe considerar tanto el nivel federal, como los niveles provinciales y municipales: “Lo mismo que en su examen del anterior informe del Canadá, el Comité reitera que los derechos económicos y sociales no deberían relajarse a “principios y objetivos” en las conversaciones actuales entre el Gobierno federal y los territorios y provincias en lo que respecta a los programas sociales. Por tanto, el Comité insta al Gobierno federal a que adopte medidas concretas para garantizar que las provincias y los territorios tengan conciencia de sus obligaciones jurídicas en virtud del Pacto y de que los derechos del Pacto son aplicables en las provincias y territorios con medidas legislativas y de política y mediante el establecimiento de mecanismos de vigilancia y resolución que sean adecuados e independientes” (Tedeschi, 2010:23).

Estamos aquí en el corazón de la interfaz derechos humanos-derecho local. La fase descendente de la aplicación de los tratados tiene en los municipios un actor cada vez más relevante. Además, como la misma construcción de los derechos humanos no es jerárquica sino funcional, los espacios subnacionales adquieren relevancia.

“Uno de los derechos que está en construcción precisamente en la escala local, es el derecho a la ciudad, en el que converge la iniciativa común de diversas redes internacionales de impulsar procesos conducentes a la formulación de una Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad y su adopción como un nuevo derecho humano de carácter colectivo.

Aunque algunas de sus disposiciones replican derechos insertos en los instrumentos de derechos humanos más tradicionales, como los DESC. Es decir, esto se hace en relación directa al tema ciudad, concretizando los mismos en esta escala.

Pero la mayoría son derechos específicos de la cuestión urbana en clave de derechos humanos, lo que constituye en sí una interfaz ciudad-derechos humanos, la cual es un nudo exquisito de articulación local-global” (Marchiaro, 2016:14).

Del derecho a la ciudad hay que pasar obligatoriamente al derecho de la ciudad, que en Argentina es el derecho municipal, en otros lugares es derecho local, lo cual podemos usar como equivalentes para acceder a un panorama básico.

Partimos de una premisa con la que insiste Antonio M. Hernández: “el derecho municipal es el derecho de la ciudad”. Entonces toda transformación en esta unidad territorial implica una mutación del derecho y de las formas de Estado. A su vez, las mutaciones del derecho impactan sobremanera sobre la ciudad.

El derecho municipal -a diferencia del resto- solo existe en interacción con otras ramas (derecho administrativo, derecho pú-

blico provincial y constitucional, derecho ambiental, derecho urbanístico, derecho del consumidor, de la minoridad, económico, etc.) y escalas (supranacional, nacional, provincial e interlocal). Va funcionando más bien como un “derecho en red” y no como un corte o rama del sistema jurídico.

Y aquí hay una clave fundamental para comprender como funciona o que es el derecho municipal. No todo lo que pasa en la ciudad es derecho municipal a secas: muchos fenómenos urbanos son captados por otros derechos, nacionales o subnacionales, y ello no afecta al derecho local ni a la autonomía municipal (Pulvirenti, 2012).

Esto es así porque el derecho municipal solo atiende a los fenómenos “locales”, no a los fenómenos urbanos, pues hay muchos aspectos de la ciudad o de la urbanidad que no son locales. Es más, algunos fenómenos pueden comenzar siendo locales y por su escala luego pasan a ser subnacionales (sectores del medio ambiente) o nacionales (transporte metropolitano).

Claro que lo municipal atiende también a lo interlocal e incluso a lo multinivel, pero desde la escala local que actúa en intersección con estas. Ello es un tema muy nuevo y de carácter crítico sin duda, sobre todo en la faz territorial de estos fenómenos.

El derecho municipal tiene en la autonomía municipal la clave de bóveda para identificar cuáles son los contenidos, los límites, las posibilidades y los conflictos inevitables que como régimen jurídico en el Estado tuvo y tendrá (Avalos, 2004).

La autonomía municipal es así un concepto que implica integración y no ruptura, atención en los procesos más que en las estructuras, en las funciones y no en las supuestas naturalezas jurídicas. En fin, en el futuro más que en un pasado al que ya no podemos volver, pues si la ciudad fue sinónimo de autosuficiencia hoy lo es más bien de un nudo o cruce de procesos.

Derechos humanos y autonomía municipal se constituyen en una verdadera interfase jurídica, lo cual hemos verificado en varios temas que además son de importante debate contemporáneo: el carácter social de la propiedad desarrollado a nivel local (Marchiaro, 2015), las limitaciones a las fumigaciones periurbanas, las consultas populares municipales y aún las restricciones parciales respecto de la mega minería (Marchiaro, 2018), los límites locales a las emergencias públicas en relación a los salarios estatales, la coordinación competencial respecto de la niñez vulnerable, las políticas de salud local en relación a la temática del aborto no punible, la protesta social y la ocupación de la vía pública, el Derecho a la Ciudad y las competencias municipales argentinas.

En todos estos casos tratamos de dar respuesta a una misma pregunta: ¿Pueden los municipios argentinos regular de más en materia de derechos humanos? Las principales respuestas –atento lo provisorio y novedoso del tema– son las siguientes:

- 1- No se discute ya en nuestro derecho que el bloque de derechos humanos obliga a los cuatro órdenes de gobierno argentinos –Nación, Provincia, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios–.

Pero esa obligación se da dentro de cada nivel competencial, cuestión de difícil determinación, sobre todo en áreas que son concurrentes y reclaman coordinación.

2- En materia de derechos –y también de derechos humanos- Nación es la que fija el piso común para todo el país. El mismo puede ser acrecentado a nivel provincial.

3- Los municipios no pueden regular de más respecto de Nación y Provincias en materia de derechos humanos. Se pueden distinguir regulaciones que hagan operativos en el espacio local derechos humanos ya reconocidos por Nación y-o Provincia, dónde podrá incrementarse el nivel de protección, mientras que las que reconozcan derechos no regulados a nivel nacional y-o provincial no son válidas salvo que toquen a materias directamente municipales, tal el caso del medio ambiente o la salud pública.

4- La cuestión competencial, entonces, deviene en clave de lectura de los derechos humanos, en tanto estos comienzan a tener cada vez más vigencia en la escala local. Este tema es una de las claves en esta materia y merece profundizarse por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional.

5- Se registra una línea jurisprudencial –incluso en cabeza de la C.S.J.N.- que determina en ciertas materias que los municipios son responsables directos respecto del bloque de derechos humanos (el derecho a la salud respecto de hospitales públicos municipales, los límites a las emergencias públicas locales respecto de los recortes salariales).

Bibliografía

- Abalos, María G. “El régimen municipal en el derecho público provincial argentino. Principales aspectos”, en “Derecho Público Provincial y Municipal”, Volumen I, autores varios, pág. 347. 2º ed, actualizada, La Ley, Bs. As., 2004.
- Bogdandy, Armin Von. “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo” en “Internacionalización del derecho constitucional-Constitucionalización del derecho internacional”, AAVV, Edudeba, Bs.As, 2012.
- Castells, Manuel. “Globalización, estado y sociedad civil: el nuevo contexto histórico de los derechos humanos”. Revista Isegoría, nro. 22, setiembre 2000.
- Dulitzky, Ariel. “Artículo 28. Cláusula Federal” en “Convención Americana sobre Derechos Humanos.Comentario” AAVV, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Bogotá, 2014.
- Frías, Pedro. “Introducción al derecho público provincial”, 1º ed, Depalma, Bs As, 1980.
- Hernández, Antonio M. “La descentralización del poder en el Estado Argentino” en “La descentralización del poder en el Estado Contemporáneo”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, AA VV, Bs. As, 1º ed, 2005.
- Hernández, Antonio M. “Los derechos y deberes en nuestro constitucionalismo subnacional” en Derecho Público Provincial, AAVV, 1º ed, Lexis Nexis, Bs As, 2008.
- La Pέργola, Antonio. “Los nuevos senderos del federalismo”. 1º edición. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1994.
- Losa, Néstor.”El derecho municipal en la constitución vigente”, 1º ed. Abaco de R. Depalma, Bs.As., 1995.
- Marchiaro, Enrique J. “El art. 1970 del C.C. y C. contempla la función social de la propiedad ? Una respuesta desde el derecho municipal” en Revista de Derecho Público, Autores vs. El derecho público y el nuevo C.C. y C. de la Nación.II. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, diciembre 2015.
- Marchiaro, Enrique. “Derechos humanos y ciudades”, Ediar, 1º ed, Bs As, 2016.

- Marchiaro, Enrique. “¿Siempre será inválida la prohibición local del Fracking?” en Revista de Derecho Ambiental Nro. 54, pág 177. Editorial AbeledoPerrot, Bs.As, junio 2018.
- Pulvirenti, Orlando. “Autonomía municipal en Latinoamérica”. AEA, Madrid, 2012.
- Reyna, Justo. “Globalización, pluralidad sistémica y derecho administrativo: apuntes para un Derecho Administrativo Multidimensional” en Revista de Derecho Administrativo y Constitucional, Ipda, Ed. Formun Ltda., Belo Horizonte, 2011.
- Rosatti, Horacio. “Tratado de derecho municipal”, 4º ed. Amp., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.
- Tedeschi, Sebastián. “Los conflictos urbanos en el territorio y el derecho en América Latina” en Revista electrónica digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental. FDUA, Belo Horizonte, año 9, nro. 54, diciembre 2010.